

Grondslagen van het Recht

Verwijzingsregelen voor een meergelaagde rechtsorde

Walter VAN GERVEN
buitengewoon hoogleraar KU Leuven

Drie sleutelbegrippen: voorrang of primauteit, subsidiariteit en conforme interpretatie.

1. *Verwijzingsregelen* is een term die bekendheid heeft verworven in het ipr., maar daar binnen een ééngelaagde rechtsordes van een land, met het oog op de regeling van privaatrechtelijke relaties met een extern element. Bv. huwelijk gesloten tussen personen van verschillende nationaliteit, of overeenkomst gesloten in één land die moet uitgevoerd worden in een ander land. Elk nationaal rechtssysteem heeft aldus een aantal ipr regelen van het betrokken land waarin bepaald wordt welk rechtssysteem van het ene of het andere land toepasselijk is op de betrokken relatie met extern karakter. M.a.w., de privaatrechtelijke relatie of elementen daarvan worden door de rechtsorde van een land voor de regeling ervan doorverwezen naar één of meerdere andere rechtsordes. Deze doorverwijzing heeft plaats tussen onderscheiden ééngelaagde nationale rechtsordes. Ingevolge de toewijzing voor bepaalde materies van interprivaatrechtelijke bevoegdheden aan de Europese Unie verkrijgt ook dat recht een eigen ipr dat boven de nationale ipr regelen uitsteekt. De Unie is overigens in april 2007 toegetreden tot de Haagse Conferentie voor IPR in de schoot waarvan talrijke internationale verdragen over een of andere ipr materie tussen talrijke landen zijn tot stand gekomen.

2. Bijna alle landen – ook de unitaire – hebben meer dan één rechtssysteem dat toepasselijk is op hun territorium. Zo bestaan er zelfs binnen een *unitaire* staat ondergeschikte regelingen: gemeentelijke, provinciale. In een *federale* staat die uit verschillende min of meer autonome landsdelen bestaat (*Länder*, kantons, Staten) zijn er naast de federale wetgeving rechtsordes die van toepassing zijn binnen het autonome landsdeel, wetgeving die overigens op een gelijkaardige democratische wijze is tot stand gekomen als de federale wetgeving, d.i., aangenomen door een parlement op voorstel van de deellandregering, en dikwijls uitgevoerd door een eigen administratie. Binnen een federaal land bestaan aldus twee zelfstandige (autonome rechtssystemen): een federale en een deelstatelijke. Als dat land bovendien toetreedt tot een Europese Unie (EU) of Conventie (EVRM) krijgt het er twee *Europese* lagen bij. Bovendien is er, met de jaren, in alle landen, en deelstaten, een *internationale* laag bovenop gekomen, die rechtstreeks toepasselijk is naast de hiervoor reeds genoemde. Zo is er het Verdrag van 11 april 1980 inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende goederen, het WHO of WTO Verdrag en de verdragen betreffende de Verenigde Naties. Onder al deze lagen liggen ook nog de tussen *particulieren* of verenigingen van particulieren gesloten overeenkomsten. Resultaat van deze meergelaagdheid is dat men voor een bepaalde materie niet alleen meer het (ééngelaagde) Belgische recht kan beschrijven, maar het (meergelaagde) *recht in België*.

3. Een vraag, gelijkaardig aan deze die rijst in het ipr – nu echter met betrekking tot *lagen van recht* en niet zoals in het ipr tussen *nationale eenlagige rechtsordes* – is aan welke rechtsslag een bepaalde te reguleren materie het best wordt toegewezen. Welke zijn, m.a.w., de verwijzingsregelen die de verhouding tussen de lagen beheersen. In dit verband komen de drie hiervoor genoemde sleutelwoorden aan de orde. Eerst *voorrang van de hogere rechtsorde* op een lagere rechtsorde.

In algemene regel heeft de hogere regel voorrang op de lagere. Zo heeft het Europese recht voorrang op nationaal recht (Costa/ ENEL, 15 juli 1964), dus ook wanneer het Europese recht slechts secundair recht is (bv. een richtlijn t.a.v. een nationale grondwettelijke regel). Zo ook heeft direct werkend internationaal recht voorrang op Europees recht (Poulsen, 24 november 1992) en op nationaal recht. Het voorrangsbeginsel geldt in het algemeen ook voor de verhouding tussen federaal en statenrecht ('Bundesrecht bricht Landesrecht'), maar niet in België waar de federale en regionale rechtsordeningen gelijke rechtskracht hebben omdat elk niveau exclusieve bevoegdheden heeft.

Op de voorrangregel is de laatste jaren een *belangrijke uitzondering* toegevoegd, met name wat betreft het Europese recht in verhouding met het (Duitse) grondwettelijk recht. Het Duitse Grondwettelijk hof had het namelijk moeilijk met de voorrang van Europees secundair recht op Duits grondwettelijk recht en besliste, in zijn 'So lange I' arrest van 19 mei 1974, dat 'zolang' Europees recht aan de rechtsgenoten geen minstens even grote rechtsbescherming biedt als nationaal recht de voorrang van Europees recht niet geldt. Gevolg van deze rechtspraak was dat het Hof van Justitie, in zijn rechtspraak met betrekking tot grondrechten, aannam dat de bescherming van grondrechten, zoals die in de ECRM lag besloten, 'automatisch deel uitmaakte van het Europese (Unie) recht (zie nu artikel 6 (3) TEU). In een later arrest, 'So lange' II, van 12 oktober 1986 heeft het Duitse Grondwettelijk Hof zijn leer aangepast aan de rechtspraak van het Hof van Justitie). Inmiddels heeft de 'So lange' leer van het Duitse Hof ook in andere EU lidstaten erkenning gevonden. Door het Hof van Justitie werd de leer overigens ook toegepast op de verhouding tussen internationaal en Europees recht, met name in het Kadi-Al Barakaat (arrest van 3 september 2008). In die zaak ging het over de uitvoering door de Europese instellingen van door de VN opgelegde terroristenlijsten. In die zaak kwam, in verband met de mogelijke schending van procedurele grondrechten, de vraag op of internationaal recht afbreuk kon doen aan Europees recht. Het Hof stelde dat dit het geval kon zijn maar maakte een voorbehoud voor Europese grondrechtenbepalingen waaraan internationaal recht desgevallend slechts afbreuk kon doen wanneer de door internationaal recht geboden rechtsbescherming op zijn minst vergelijkbaar was met de rechtsbescherming geboden door het Europese recht.

Uit het voorgaande mag worden afgeleid dat de voorrang van hoger recht slechts doorgang vindt wanneer de rechtsbescherming geboden door hoger recht niet van een minder gehalte (=lagere kwaliteit) is dan die geboden door lagere recht. M.a.w., kwaliteitsvolle rechtsbescherming haalt het op superioriteit.

4. Het criterium hoger/lager recht geeft de voorkeur aan de rechtsorde die hiërarchisch hoogst staat behalve wanneer dit beginsel in conflict treedt met de kwaliteit van rechtsbescherming. In dat geval, zeker waar het gaat over de bescherming van grondrechten, wordt een voorkeur gegeven aan de meest kwaliteitsvolle regelgeving, ook wanneer die in rang het laagst staat. Het beginsel van subsidiariteit – volgens hetwelk, in domeinen die niet volledig aan de Unie (=het hogere niveau) zijn toebedeeld, de Unie slechts mag optreden indien en in de mate dat de doelstellingen van de voorgestelde regeling niet voldoende

kunnen worden verwezenlijkt door de lidstaten, hetzij op centraal, regionaal of lokaal niveau (art. 5 (4) VEU). M.a.w., de voorkeur wordt zoveel mogelijk gegeven aan de overheid die het *dichtst bij de burger* staat. Dit beginsel als verwijzingsregel tussen rechtsordes geeft dus blijk van een democratische reflex van burgers nabijheid. Dit beginsel zou normalerwijze ook kunnen/moeten/worden toegepast als zou blijken dat burgers of burgerverenigingen een opdracht beter aankunnen dan om het even welke overheid, hoog of laag. En dat leek ook de bedoeling te zijn van de encycliek ‘Quadragesimo anno’ die ervan uitging dat overheden zich moesten onthouden van handelen indien burgers het voorgestelde doel beter op eigen krachten konden bereiken dan de overheid. Zo begrepen, behoort subsidiariteit tot de kern van een echte burgerdemocratie. Zo begrepen staat het ook op gespannen voet met het hiërarchisch beginsel en zelfs in enige mate met dat van kwaliteitsvolle rechtsbescherming – omdat burgerdemocratie dan tot eigenrecht kan leiden.

Het subsidiariteitsbeginsel ziet er mooi uit op papier maar is in *werkelijkheid* moeilijk toepasselijk, althans door juristen omdat het uitgaat van een vergelijking van de kwaliteit van verwezenlijking van een doelstelling door een overheid die verder dan wel dichter bij de burgers staat, dan wel door de burgers zelf. Met het beginsel moet dan ook voorzichtig worden omgegaan: burgers nabijheid wordt best verstaan als een exponent van democratisch bestuur. Als een hogere overheid meer democratisch gelegitimeerd is, bv. omdat zij verkozen is, dan een lagere dient het beginsel van subsidiariteit te wijken voor dat van democratische legitimiteit. In die zin kan het beginsel ook worden verstaan als een beginsel dat de voorkeur geeft aan een reflectieve of auto-regulerende regeling boven een rigiede ‘command and control’ regulering, m.a.w. aan een regulering die de burgers minder bezwaart.

5. De meergelaagdheid van onze (en andere) rechtsordes heeft tot gevolg dat omvangrijke globaalregulering (=codificatie) zo goed als uitgesloten is. Het is vrijwel uitgesloten met betrekking tot een bepaalde materie, b.v. civielrecht, alle over de verschillende lagen van de rechtsorde verspreid liggende rechtsregelen in één goed gestructureerd wetboek onder te brengen. Dit zou leiden tot een wetboek met duizenden artikelen. Op zijn best is het mogelijk een alle lagen omvattende regulering op te stellen, bij afzonderlijke wet, van een welbepaalde materie, b.v. vennootschapsrecht. Niettemin moet alles in het werk worden gesteld om tussen de op een bepaald territorium toepasselijke rechtslagen zoveel mogelijk *coherentie* te behouden en de *consistentie* van het daartoe gebruikte arsenaal van begrippen en rechtsbeginselen zo goed mogelijk te bewaren. Daartoe heeft het Hof van Justitie een techniek uitgedacht – conforme of harmonische interpretatie – waarvan het Hof verwacht dat hij door alle rechters (en regelgevers) van de lidstaten wordt angewend. De meest voor de hand liggende stap is de verplichting voor alle rechtbanken van een lidstaat om een bepaling nationaal recht te interpreteren op een manier waardoor zij zo goed mogelijk overeenkomt met een bepaling van Europees recht, bv. een richtlijn (Marleasing, 13 november 1990). Met de jaren heeft het Hof aan deze verplichting een steeds ruimere draagwijdte gegeven. De verplichting geldt nu voor alle nationale bepalingen – ook bepalingen die geen specifieke uitvoering geven aan een bepaling van Europees recht; zij moeten alle in overeenstemming met het Europees recht worden geïnterpreteerd (Pfeiffer, 5 oktober 2004;

Pupino, 16 juni 2005). Een andere techniek, ditmaal uitgedacht door de EU Commissie bijgestaan door een groep van academici, bestaat in het opstellen van een gemeenschappelijke referentiekader dat voor een of ander rechtsgebied geldt. Daar mee beoogt de Commissie coherentie en consistentie in stand te houden door het opstellen van een kader waarin algemene beginselen en juridische concepten worden gedefinieerd, en modelregels worden geformuleerd die wetgevers en rechters als leidraad kunnen gebruiken bij het opstellen van wetgevende of rechterlijke teksten.

6. Voorrang van hoger of lager recht, onder voorbehoud van 'So lange', subsidiariteit van recht 'dichter bij de burger' en harmonieuze interpretatie gecombineerd met gemeenschappelijke referentiekaders zijn technieken die in een meergelaagde rechtsorde worden aangewend om het correcte niveau van regelgeving te bepalen en de coherentie en consistentie van de globale orde zo goed mogelijk te handhaven. De toepassing daarvan veronderstelt het gebruik door de drie machten: wetgevende, administratieve en rechterlijk, van uitvoeringsprocedures die hier verder onbesproken blijven. Het gaat om de plicht tot samenwerking van wetgevers op de onderscheiden vlakken, het opzetten van samenwerkingsnetwerken van toezichthouders en het stellen van prejudiciële vragen tussen rechters.