

Rechter, D-mark en democratie: het Bundesverfassungsgericht en de Europese Unie

T. Koopmans, 'Rechter, D-mark en democratie het Bundesverfassungsgericht en de Europese Unie', *Nederlandsch Juristenblad* 69 (8), 1994, pp. 245-251.

Op 12 oktober 1993 heeft het Bundesverfassungsgericht in een uitvoerig arrest het groene licht gegeven voor de Duitse bekrachtiging van het Verdrag van Maastricht tot oprichting van de Europese Unie. Het constitutionele hof houdt daarbij echter zoveel slagen om de arm dat men zich kan afvragen of de grondwettelijke bezwaren tegen het Verdrag toch niet gedeeltelijk gehonoreerd zijn. Of gaat het om een achterhoedegevecht?

In dit artikel zal ik pogingen aanwenden om enig commentaar te leveren op het arrest van het Duitse Bundesverfassungsgericht van 12 oktober 1993 zonder de lengte van die beslissing (88 blz. in de getypte versie) te evenaren.¹ In het arrest werd een aantal 'Verfassungsbeschwerden' tegen de goedkeuringswet van het Unieverdrag van Maastricht, en tegen de grondwetswijzigingen die met deze goedkeuring gepaard gingen, verworpen. Ik ga er in dit artikel van uit dat de lezer ten naaste bij weet wat de strekking is van het Verdrag van Maastricht (dat ik verder kortweg 'het Verdrag' noem.² De Verfassungsbeschwerde is een beroep op de federale constitutionele rechter dat iedereen kan instellen die geldend maakt dat zijn grondrechten of 'grundrechtsähnliche' rechten, zoals gewaarborgd door het federale Grundgesetz, zijn geschonden.³ De redenering van het gerecht laat zoveel 'hin und her' zien dat vrijwel iedere commentator er iets van zijn gading in kan vinden.⁴ Het kan bijna geen toeval zijn dat van de rechters die het arrest gewezen hebben er één Sommer heet en een ander Winter. Probleem bij de bestudering is dat men niet gemakkelijk ziet hoe zwaar sommige argumenten wegen en hoe zwaar aan bepaalde bezwaren moet worden getild. En het wordt er niet gemakkelijker op wanneer men zich realiseert dat de uitspraak niet alleen in een Europees of Maastrichts perspectief moet worden gezien maar ook in een intern-Duits perspectief. De democratie speelt – zoals wij zullen zien – in de overwegingen van het gerecht een grote rol, waarbij te bedenken valt dat de toetreding tot de Europese Unie ook gevolgen heeft voor de toekomst van de eigen democratische instellingen. Die instellingen zijn in Duitsland in zo verre breekbaarder dan bij ons dat zij dateren uit 1949, en niet (naar keuze) uit 1477, 1579, 1581 of 1813. Het stelsel van de Bondsrepubliek is daarbij zo ingericht dat het de constitutionele rechter is die als 'Hüter der Verfassung' optreedt, en daarmee ook van de democratie en van de rechtsstaat, begrippen die, in al hun onbepaaldheid, een centrale plaats innemen in de opzet van het Grundgesetz.⁵ Deze bewakersfunctie brengt de constitutionele rechter in concurrentie, en soms ook in aanvaring, met de parlementaire instellingen, in het bijzonder met de rechtstreeks gekozen Bondsdag. De rechter heeft zich daarbij een terrein toegemeten dat aanzienlijk minder speelruimte laat aan de politieke instellingen dan in de meeste andere Europese landen bestaat.⁶ Ik zal eerst de belangrijkste overwegingen van het hof op mijn eigen manier weergeven. Daarna zal ik wat dor hout weggakppen, door te laten zien op welke punten het bij de waardering van de beslissing niet aankomt. Vervolgens zal ik een nadere analyse proberen te geven van wat ik als de kernpunten zie, waarbij ik

met kwistige hand plussen en minnen zal uitdelen. Tenslotte zal ik stilstaan bij de vraag wat de betekenis van het arrest is voor het Europese integratieproces op langere termijn.

De overwegingen van het Bundesverfassungsgericht

Het gerecht zet zijn arrest dadelijk in een principiële sleutel door in de aanvang al te stellen dat het gaat om de Duitse medewerking aan de 'Gründung der Europäischen Union'. Het legt vervolgens uit wat de inhoud is van het Verdrag; vooral bij de totstandkoming van de monetaire unie wordt naar verhouding lang stilgestaan. Daarbij wordt melding gemaakt van de resolutie die de Bondsdag heeft aangenomen toen hij, met zeer ruime meerderheid, de goedkeuringswet van het Verdrag aannam. In die resolutie wordt vastgesteld dat de overgang naar de derde etappe van de monetaire unie, hoewel daarvoor criteria in het Verdrag worden gegeven, niet automatisch verloopt; de Bondsregering zou haar toestemming voor die overgang moeten laten afhangen van de instemming van de Bondsdag. De Bondsregering heeft zich, aldus het arrest, bereid verklaard dat te doen: zij zal zich voor deze belangrijke stap verzekeren van de rugdekking van de parlementaire instellingen.

De klachten tegen de goedkeuringswet steunen vooral op de gedachte dat door het Verdrag belangrijke bevoegdheden van de Bondsdag worden overgeheveld naar de Europese instellingen. Daardoor zou tekort worden gedaan aan het grondrechtelijk getinte recht van de klagers om, door het uitbrengen van hun stem bij de Bondsdagverkiezingen, deel te nemen aan de uitoefening van het overheidsgezag ('Staatsgewalt'), dat, in een democratische staat, in de wil van het volk geworteld is. Het Verdrag zou met de overheveling van bevoegdheden zo ver gaan dat het zelfs de 'Kompetenz-Kompetenz' aan de Europese instellingen zou toekennen. Met deze bizarre term wordt in het Duitse staatsrecht bedoeld op het recht om de bevoegdheidsverdeling te veranderen: de Bond heeft dat recht, omdat hij door wijziging van de federale grondwet de grens tussen de bevoegdheden van Bond en Länder kan verleggen; de Länder kunnen dat niet, ook niet door hun grondwetten te wijzigen.⁷ De klagers voeren nu aan dat uit artikel F lid 3 van het Verdrag volgt dat de Europese Unie zich deze Kompetenz-Kompetenz aanmatigt; volgens die bepaling voorziet de Unie zich 'van de middelen die nodig zijn om haar doelstellingen te verwezenlijken en haar beleid ten uitvoer te leggen'.

De klachten tegen de grondwetswijziging doen de Nederlandse lezer wat wonderlijk aan: hoe kan een grondwetswijziging, volgens de regels van het spel totstandgebracht, nu in strijd komen met de grondwet? Daarbij valt echter tweëerlei te bedenken. In

de eerste plaats wordt in de literatuur erkend dat er 'verfassungswidriges Verfassungsrecht' kan zijn; ook het gerecht zelf heeft daar wel eens op gezinspeeld. Dat komt doordat het Grundgesetz, naar vaste rechtspraak van het gerecht, niet alleen een reeks bepalingen inhoudt maar geacht moet worden een 'objektive Wertordnung' in het leven te roepen waaraan niet getornd kan worden.⁸ In de tweede plaats erkent de grondwet zelf dat sommige grondwetswijzigingen niet mogelijk zijn; zo mogen o.a. de federale opzet, en de beginselen die in de bepalingen over grondrechten zijn neergelegd, bij grondwetswijziging niet worden aangetast.⁹ Er is dus – in onnavolgbaar Duits – een 'änderungsfeste Verfassungskern', en de klagers voeren aan dat de betwiste grondwetswijziging inbreuk maakt op hun grondrechten, die tot deze kern behoren.

Het gerecht begint met bijna alle klachten als niet-ontvankelijk van de tafel te poetsen. Ontvankelijk is alleen de klacht tegen de goedkeuringswet, voor zover gebaseerd op de schending van het subjectieve recht deel te nemen aan de verkiezing van de Duitse Bondsdag en dusdoende mee te werken aan de legitimatie van het overheidsgezag door het volk. Dit subjectieve recht wordt geacht in artikel 38 lid 1 Grundgesetz neergelegd te zijn.¹⁰ Het gerecht erkent dat de grondwet de federale wetgever het recht toekent om bevoegdheden over te dragen aan instellingen van de Europese Unie; maar, aldus het gerecht, daarbij kan niet getornd worden aan de minimum-eisen van democratische legitimatie der Duitse overheidsorganen tegenover de burgerij. Artikel 38 wordt zodoende als venster gebruikt om binnen te klimmen in de problematiek van het Verdrag.¹¹ Eenmaal binnengeklommen behandelt het gerecht niet alleen de vragen die met de democratische legitimatie samenhangen maar ook – zonder duidelijke band met die legitimatie – de overgang naar de derde etappe van de monetaire unie. Het politieke debat in de Bondsrepubliek had vooral op dit laatste onderwerp betrekking gehad; buitenlandse waarnemers hadden de indruk dat de instemming met de gemeenschappelijke munt in Bonn vooral ervan afhing, of deze munt wel precies op de D-mark zou lijken.¹²

Bij de bespreking van de inhoudelijke argumenten komt het gerecht tot de slotsom dat het Verdrag geen schending oplevert van de grondwettelijke gewaarborgde minimum-eisen van democratische legitimatie. Het doet dat in een – op het oog – moeizaam verloopende motivering, waarin het begrip 'staat' centraal staat (in één – bij uitzondering korte – zin komt het woord driemaal voor).¹³ Het Verdrag brengt, aldus het gerecht, geen bondsstaat of statenbond tot stand maar een 'statenverbond'. Dat dit verbond als zodanig beschikt over overheidsbevoegdheden, waarvan de uitoefening niet altijd afhangt van de wil van de individuele lidstaten, levert op zichzelf geen obstakel op; het Grundgesetz heeft immers een grote 'Integrationsoffenheit'. Voorwaarde is evenwel dat een van het volk uitgaande legitimatie ook in het statenverbond gewaarborgd is. Het gerecht geeft toe dat de burger, door de overdracht van bevoegdheden aan de Unie, niet alleen invloed verliest: hij kan immers ook, anders dan voorheen, invloed uitoefenen op beslissingen die gemeenschappelijke belangen van de lidstaten en hun burgers betreffen en die in alle lidstaten verbindend zijn. Daarop volgt een enigszins halfslachtige passage, waarin met een enkel woord verwezen wordt naar de nieuwe bevoegdheden die het Verdrag aan het Europees Parlement toekent. Kennelijk is dat niet genoeg om een eventueel tekort aan democratische legitimatie te compenseren; maar men mist een overweging waarin de rol van het Europees Parlement bij het verzekeren van die legitimatie principieel aan de orde zou worden gesteld. De democratische legitimatie moet, aldus het gerecht, plaatsvinden door de terugkoppeling van het optreden van Europese instellingen naar het handelen van vertegenwoordig-

Buitenlandse waarnemers hadden de indruk dat de instemming met de gemeenschappelijke munt in Bonn vooral ervan afhing, of deze munt wel precies op de D-mark zou lijken.

gers van de lidstaten, en daarmee naar de nationale parlementen; de rol van het Europees Parlement komt daar, als een soort extraatje, bij, zij het dat die rol kan toenemen naar gelang de Europese raties verder samengroeien.¹⁴

Grondtoon van de redenering van het gerecht is dat het 'die Staatsvölker' zijn de term keert herhaaldelijk terug – die de democratische legitimatie bewerkstelligen. Deze legitimatie verdwijnt als het ware wanneer dat Staatsvolk geen Staatsvolk meer is. Daarom moeten de staten voldoende belangrijke taakgebieden overhouden om de legitimatie in stand te houden. Van belang is dus of na inwerkingtreding van het Verdrag de Bondsdag nog wel taken en bevoegdheden overhoudt van substantieel gewicht. Die toets valt positief uit op een tweetal gronden. In de eerste plaats wordt een redencetruc toegepast, doordat het gerecht oordeelt dat de nieuwe bevoegdheden krachtens Maastricht in wezen bevoegdheden van de lidstaten blijven, zij het gemeenschappelijk uitgeoefend. Daartoe wordt een beroep gedaan op de twee pijlers die het Verdrag aan de bestaande Gemeenschap toevoegt; op die nieuwe terreinen (justitie-politie en buitenlands beleid) gelden immers niet de regelgevende bevoegdheden van artikel 189 EEG-verdrag en de rechtsmacht van het Hof van Justitie.¹⁵ In de tweede plaats stelt het Bundesverfassungsgericht vast dat het Verdrag uit een oogpunt van bevoegdheidsverdeling uitgaat van specifieke toedeling van bevoegdheden ('begrenzte Einzelmächtigung') en dusdoende geen Kompetenz-Kompetenz aan de Unie toekent. Dit laatste punt wordt uitvoerig uit de doeken gedaan: het subsidiariteitsbeginsel zou het stelsel van specifieke toedeling verduidelijken, en het door de klagers ingeroepen artikel 1 lid 3 van het Verdrag maakt daar geen inbreuk op, omdat het slechts een programmatisch karakter heeft.

Terugkomend op artikel 38 Grundgesetz overweegt het gerecht vervolgens dat deze bepaling eist dat vaststaat welke rechten en bevoegdheden nu precies aan de Unie worden overgedragen. Van

belang is daarbij dat de omvang van het overgedragen pakket bevoegdheden voorzienbaar moet zijn voor de wetgever. Aan die toets voldoet het Verdrag, aldus het gerecht.¹⁶ Het arrest voegt echter dreigende woorden toe voor het geval dat later 'wesentliche Aenderungen' van het integratieprogramma mochten intreden die niet door de goedkeuringswet gedekt zouden zijn. Uniebesluiten die de grenzen van de thans overgedragen bevoegdhe-



Foto: Roelof Kauffman

T. Koopmans is Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad.

1. De tekst van het arrest is te vinden in: *Par. Ge.Z.* 1993, p. 429.

2. Korte samenvatting: *NJB* 1992, p. 773. Zie voorts thernummer *SEW* 1992, afl. 8/9 (p. 667 e.v.).

3. Art. 93 lid 1 no. 4A, Grundgesetz.

4. Het door de diensten van het hof vervaardigde kopie ('amtliche Leitsätze') is gepubliceerd in *NJB* 1993, p. 1365.

5. Zie met name art. 20 lid 1-2 en art. 33 lid 1 Grundgesetz.

6. Zie voor een interessant voorbeeld N.E. Bracke *NJB* 1993, p. 1277.

7. Zie Ekkehart Stein, *Staatsrecht* (14e dr. Tübingen 1993) § 26-V-3.

8. Zie Th.L. Bellekom, 'Verfassungsfeinde' en openbare dienst (diss. Leiden 1987) hfdst. 2.

9. Art. 79 lid 3 Grundgesetz.

10. Art. 38 lid 1 bepaalt, voor zover van belang, dat de leden van de Bondsdag in algemene, rechtstreekse, vrije en geheime verkiezingen worden gekozen en dat zij de vertegenwoordigers zijn van het gehele volk. Art. 20 lid 2 bepaalt dat alle overheidsgezag van het volk uitgaat.

11. Deze beeldspraak ontleen ik aan prof.

Bruno de Witte (Interventie colloquium: Amsterdam, 9 dec. 1993).

12. Zie o.a. *de Monde* 4 jan. 1994 ('L'écu doit être un grand mark'). Zie ook A. Szász, *De D-mark als ankermarkt*, *Internat. Spectator* 47 (1993) p. 678.

13. Deel C, I, 2, eerste zin.

14. Deel C, I, 2, b2).

15. Flieets in het arrest heet dit overigens een: 'Rechtsschutzlücke'.

16. Deel C, II, 2, aanvang.

den overschrijden, zouden onverbindend zijn, en het gerecht zelf, zo wordt uitdrukkelijk gesteld, zou eventueel die onverbindendheid kunnen vaststellen.¹⁷ De Unie zou dan als het ware *ultra vires* handelen. Ook elders in het arrest wordt deze ultieme bevoegdheid van de constitutionele rechter naar voren gebracht; dit geluid is in de jurisprudentie van het Bundesverfassungsgericht niet helemaal nieuw.¹⁸

Uit de omstandigheid dat een statenverbond de staten tot uitgangspunt heeft leidt het gerecht af dat de lidstaten 'Herren der Verträge' zijn gebleven.¹⁹ Omdat de Bondsrepubliek als staat tot het Unieverdrag toetreedt, kan zij ook, door een *actus contrarius*, uit de Unie uittreden, ook al bepaalt het Verdrag dat de Unie voor onbepaalde tijd wordt aangegaan. In laatste instantie gelden Europese regels in Duitsland slechts 'kraft des deutschen Rechtsanwendungsbefehls'.

Wat de monetaire unie betreft haal ik een drietal elementen naar voren. Het gerecht beslist in de eerste plaats, overeenkomstig de resolutie van de Bondsdag, dat de overgang naar de derde etappe, en daarmee naar de volledige monetaire integratie, niet automatisch is. De datum van de aanvang wordt weliswaar in het Verdrag vastgelegd, maar dat is een taakstelling en niet meer. Vervol-

In Duitsland is de soevereiniteit mooi speelgoed geworden nu eindelijk, na bijna vijftig jaar, de nationale onafhankelijkheid weer volledig is geworden.

gens stelt het gerecht vast dat de monetaire unie krachtens het Verdrag op prijsstabiliteit gericht is; de monetaire gemeenschap zou daarom werken als 'Stabilitätsgemeinschaft'. Teverden oordeelt het gerecht dat dit in overeenstemming is met wat voor het Duitse constitutionele recht moet worden aangenomen. Tenslotte geeft het gerecht te kennen dat er ook voor de politiek nog wel een taak overblijft: men kan zich nl. afvragen of een monetaire unie wel kan werken en een werkelijke prijsstabiliteit kan waarborgen zolang er niet tevens een volledige politieke unie tot stand is gebracht, maar, vindt het gerecht, voor die beslissing is 'rechtlich Raum', m.a.w. de politieke instellingen kunnen juridisch gezien zowel in de ene als in de andere zin beslissen.²⁰ Van de band met art. 38 Grundgesetz wordt in de hele passage over de monetaire unie niet meer gerept.

Aan het eind van het arrest maant het gerecht de Europese instellingen en de Duitse organen nog even aan om de democratische fundamenteën van de Europese Unie stapsgewijs uit te bouwen, hand in hand met de verdere integratie. Dat doet het echter niet dan na nogmaals in herinnering gebracht te hebben dat het Verdrag gebaseerd is op specifieke toedeling van bevoegdheden. Elk van die bevoegdheidstoedelingen kan, aldus het gerecht, in het licht van de daarmee nagestreefde doelen worden uitgelegd; maar het bestaan van doelstellingen schept op zichzelf nog geen bevoegdheden. Daarom zou in het Verdrag geen plaats zijn voor inherente bevoegdheden of 'implied powers' (zoals uit het Amerikaanse staatsrecht bekend) – en, voegt het hof toe, ook niet voor een zo groot mogelijke uitputting van gemeenschapsbe-

voegdheden op grond van de leer van het '*effet utile*'. Deze laatste term verwijst naar een van de sleutelbegrippen uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie.²¹ Om daar geen misverstand over te laten bestaan zegt het arrest er nog bij dat een uitlegging van het Verdrag die op een uitbreiding daarvan zou neerkomen naar Duits recht onverbindend zou zijn.²² Hier keert de *ultra vires* leer van het Bundesverfassungsgericht dus nog een keer terug, maar nu met betrekking tot rechterlijke uitspraken.

Het dorre hout

In Duitsland heeft de discussie over het arrest dadelijk een wat grimmige toon gekregen toen bleek dat de literatuurverwijzingen (de Duitse rechter pleegt daar royaal in te zijn) niet allemaal klopten. Het was met name vervelend dat één van de auteurs aan wie ten onrechte een door het gerecht verworpen gedachtengang was aangewreven – nl. dat doelstellingen competentie zouden scheppen – lid was van het Hof van Justitie van de EG. Voor redenering en resultaat maakt dat niet veel verschil; het tekent wel de atmosfeer waarin het Bundesverfassungsgericht klaarblijkelijk heeft gewerkt. Een zekere rivaliteit met het Hof van Justitie is daar waarschijnlijk niet vreemd aan geweest.

Er zijn, behalve citaten, ook argumenten gebezigd waarbij het beter is niet al te lang stil te staan. In zijn nogal lyrisch gestemde passages over het 'Staatsvolk' valt het gerecht bijv. terug op de gedachte van de homogeniteit van de bevolking als wezenskenmerk van de democratie, met een beroep op Hermann Heller.²³ De implicatie is kennelijk dat een stedeling uit Aarhus of Aberdeen zich niet erg homogeen zal voelen met een boer uit de Peleponnesus of een kloosterling uit Trapani. Daar steekt op zichzelf wel iets in, maar het is als argument lichtelijk lachwekkend in een tijd waarin honderdduizenden Turken in Berlijn wonen en waarin Londen, *for all practical purposes*, een multi-etnische stad is geworden. Als de homogeniteit van het 'Staatsvolk' al mocht worden bedreigd, dan is het van binnen, en niet door de monetaire unie.

Het lijkt mij ook niet erg zinvol lang stil te staan bij de uittredingsleer van het gerecht. Dat is m.i. constitutionele theorie, die slechts een uiterst dunne band heeft met de werkelijkheid. De Britse rechtspraak heeft jarenlang op het standpunt gestaan dat de onafhankelijkheid van de toenmalige Commonwealth landen zoals Canada en Australië bij gewone wet tot stand was gebracht en derhalve ook bij gewone wet kon worden teruggedraaid. Eén van de law lords was zo vriendelijk daarbij op te merken: 'But that is theory and has no relation to realities'.²⁴ Op die wijze moet men m.i. ook de uittredingsleer van het gerecht bezien.²⁵ Het gerecht erkent dat het verdrag onopzegbaar is, maar gaat er van uit dat de lidstaten niettemin, als soevereine staten, de mogelijkheid hebben aan hun deelneming een einde te maken. Dit soort gedachtensprongen blijft noodzakelijk zolang juristen in de ban blijven van het soevereiniteitsdenken; en dat is kennelijk nog altijd zo. In Duitsland komt daar nog bij dat de soevereiniteit mooi speelgoed is geworden nu eindelijk, na bijna vijftig jaar, de nationale onafhankelijkheid weer volledig is geworden.

Ik ga er hierbij van uit dat uittreding uit het proces van economische integratie, althans door één van de oorspronkelijke zes lidstaten, die al veertig jaar lang in het integratieproces zijn betrokken, onwaarschijnlijk is op het onmogelijke af. Het zou misschien anders kunnen liggen voor de monetaire unie, wanneer de Bondsrepubliek tot de overtuiging mocht komen – al dan niet met goedkeuring van het Bundesverfassungsgericht – dat deze geen 'Stabilitätsgemeinschaft' blijkt te zijn. Een lidstaat kan zich echter niet losmaken van de monetaire samenwerking, en blijven

Het belangrijkste bezwaar van het arrest is het totale gebrek aan vernieuwend denken. De staat, de soevereiniteit, het staatsvolk, de legitimatie via algemene verkiezingen, het had allemaal in 1920 bedacht kunnen zijn.

deelnemen aan het overige integratieproces, zonder toestemming van zijn partners, en het ziet er niet erg naar uit dat zo'n toestemming gauw zal worden gegeven. Het economische probleem ligt eerder omgekeerd: een aantal lidstaten buiten de mark-zone zal onder het juk van de prijsstabiliteit door moeten. Als men het arrest leest, zou men overigens bijna vergeten dat het Verdrag naast de prijsstabiliteit nog drie andere parameters hanteert om de convergentie te constateren die Europa rijp maakt voor de monetaire integratie (staatsschuld, begrotingstekort, rentestand). Ook over de hooggestemde ontboezeningen over de prijsstabiliteit heb ik niet veel te zeggen. Het gezag van rechterlijke oordelen steunt m.i. goeddeels op de overtuigingskracht van de motivering (in het licht, uiteraard, van het voorgelegde probleem en van de stukken van het geding). Het is mij niet duidelijk waarom een rechterlijk oordeel over typisch economische begrippen meer betekenis zou hebben dan de mening van de parlementaire meerderheid of van de Bundesfinanzminister. Het rechterlijk proza over het verband tussen prijsstabiliteit en monetaire samenwerking deed mij dan ook terugdenken aan het begin van de jaren tachtig, toen de Duitse bisschoppen, door wie-weet-welke inspiratie geleid, van de kansel een boodschap lieten lezen over de exorbitante hoogte van de staatsschuld (het liep tegen de Bonds-verkiezingen). Schoenmakers zijn niet de enige vaklieden die beter bij hun leest kunnen blijven.

Tenslotte komt het mij voor dat de lange beschouwing over de Kompetenz-Kompetenz niet werkelijk interessant is. Enerzijds wordt de hele problematiek in sterke mate ingegeven door aan het Duitse staatsrecht ontleende denkcategorieën, die voor de Nederlandse waarnemer slechts een beperkte betekenis hebben. Anderzijds ligt de slotsom waartoe het hof gekomen is nogal voor de hand: ook onder het oude EEG-Verdrag is er altijd van uitgegaan dat er specifieke bevoegdheidstoedelingen waren

(‘*énumération des pouvoirs*’ of ‘*compétences d’attribution*’ in communautair Frans)²⁷, en het is moeilijk in te zien hoe of waarom het Maastrichtse Verdrag daar een einde aan zou maken. Een heel andere vraag is, welke consequenties uit deze stand van zaken getrokken moeten worden. Er is nog een derde reden om niet al te veel aandacht te besteden aan de Kompetenz-Kompetenz: tegen de tijd dat het gerecht dit vraagstuk aanvat heeft zijn redenering een zo hoog abstractieniveau bereikt dat de lezer bijna vergeet dat het allemaal ook echt ergens om gaat.

De kernpunten

Het belangrijkste bezwaar van het arrest is het totale gebrek aan vernieuwend denken. De staat, de soevereiniteit, het staatsvolk, de legitimatie via algemene verkiezingen, het had allemaal in 1920 bedacht kunnen zijn.²⁸ De Europese integratie confronteert ons met nieuwe problemen waarvoor het oude begrippenapparaat niet toereikend is. Zij laat aan de ene kant een al veertig jaar lang doorlopend proces zien, waarin aanhoudend nieuwe taken en bevoegdheden op Europees niveau gelokaliseerd worden. Aan de andere kant leidt dit integratieproces niet waarneembaar tot functieverlies van de lidstaten (voor zover sommige functies verloren gingen kwamen er andere bij). Begrippen als staat en soevereiniteit hebben in dit opzicht geen verklarend vermogen meer; zij kunnen ook niet een aanvaardbare leidraad opleveren voor verder handelen. Wij moeten langzamerhand andere conceptuele wegen inslaan.

Hier tegen zou misschien kunnen worden ingebracht dat het niet aan de rechter is om leiding te geven aan conceptuele vernieuwingen. In de eerste plaats zijn er echter rechters aan te wijzen die met succes bezig zijn oude rechtsbegrippen door nieuwe te vervangen. Men hoeft niet eens aan het US Supreme Court te denken, dat zich in dit opzicht terecht een zekere naam heeft verworven; onze eigen Hoge Raad blijft niet in gebreke.²⁹ In de tweede plaats heeft het Bundesverfassungsgericht er zelf voor gekozen om – na een venster gevonden te hebben – de nieuwe stap in de richting van verdere Europese integratie aan een juridisch oordeel te onderwerpen aan de hand van zijn (deels zelfgemaakte) constitutionele begrippenapparaat. Als de rechter er voor kiest oordelen te geven over internationale economische ontwikkelingen, zou hij er goed aan doen zich te voorzien van de intellectuele constructies waarmee die ontwikkelingen in kaart gebracht kunnen worden. Het enige nieuwe in het arrest is de term ‘statenverbond’; dat is een woord waarmee kennelijk het federalistische spook bezworen moet worden maar waarmee geen enkele positieve gedachte wordt aangereikt. Wij blijven zodoende met nodeloos staatsdenken zitten.

Het tweede belangrijke element van het arrest is de *ultra vires* leer van het Bundesverfassungsgericht. Naar de letter genomen beslist het gerecht hiermee dat het zelf bevoegd is gemeenschaps-

17. Deel C, I, 3, slotalinea.

18. Voor de grondrechtenbescherming in het zgn. Solangebeshluss. Zie SEW 1975, p. 452, m. nt. A. Geelhoed; zie voorts SEW 1980, p. 619.

19. Dit is een bekend debat onder de Duitse ‘Europarechtler’. Zie o.a. Ulrich Everling, *Das Europäische Gemeinschaftsrecht im Spannungsfeld von Politik und Wirtschaft* (Baden-Baden 1985) p. 86 e.v.

20. Deel C, II, 2f), slotalinea’s.

21. Zie Beutler-Bieber-Pipkorn-Streil, Die

Europäische Gemeinschaft – Rechtsordnung und Politik (3e dr., Baden-Baden 1987) no. 7.2.4.5.

22. Deel C, II, 3b).

23. *Gesammelte Schriften II*, p. 421 (Politische Demokratie und soziale Homogenität).

24. Viscount Sankey, in *British Coal Corporation v. the King* [1935] AC 500.

25. Anders N.E. Bracke, *Het Bundesverfassungsgericht en het Verdrag van Maastricht*, RegelMaat 1993, p. 201.

26. Zie Szász t.a.p. (nt. 12).

27. Zie Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen* (4e dr., Deventer 1987) p. 81-82.

28. Het is toen ook wel bedacht. Zie o.a. Harold J. Laski, *A grammar of politics* (1925, heruitg. Londen 1967) hfdst. 2 en 8; F. Stier Somlo, *Politik* (2e dr., Leipzig 1911) dl. 1.

29. Men denke aan de bescherming van het gezinsleven. Zie Hand. NJV 120 (1990) dl. I.

Het Bundesverfassungsgericht kan moeilijk verkroppen dat anderen dan het gerecht zelf het laatste woord zouden hebben over de uitoefening van rechten en bevoegdheden op Duits territorium.

besluiten nietig te verklaren die lijden aan overschrijding van bevoegdheid, en dat het dan zelf ook wel zal bepalen waar de grenzen van die bevoegdheid liggen. Bevoegdheidsoverschrijding is één van de gronden voor nietigverklaring in het gemeenschapsrecht; de actie tot nietigverklaring dient aanhangig te worden gemaakt bij het Hof van Justitie van de EG.³⁰ Daarnaast kunnen justitiabelen ook de ongeldigheid van het besluit inroepen in een geding voor de nationale rechter, maar deze zal dan de geldigheidsvraag bij wijze van prejudiciële verwijzing hebben voor te leggen aan het Hof van Justitie. Het Hof van Justitie staat op het standpunt dat het bij uitsluiting bevoegd is de ongeldigheid uit te spreken – de nationale rechter kan dat niet doen.³¹ Hoe verhoudt zich nu de leer van het Bundesverfassungsgericht tot dit stelsel? Het is niet duidelijk of volgens het gerecht de Duitse rechter zich over de geldigheid van het desbetreffende gemeenschapsbesluit kan uitspreken zonder eerst het oordeel van het Hof van Justitie te hebben ingewonnen via de prejudiciële procedure. Indien het Bundesverfassungsgericht zelf de rechter zou zijn die de bevoegdheidsoverschrijding vaststelt, zou het gerecht volgens het Verdrag zelfs verplicht zijn de geldigheidsvraag naar het Luxemburgse college te verwijzen.³² Het arrest kijkt daar niet van. Dat is curieus, omdat het gerecht elders wel melding maakt van de ‘Kooperationsverhältnis’ met het Hof van Justitie. Toch kan men moeilijk aannemen dat het Duitse gerecht een uitspraak heeft willen doen die duidelijk in strijd is met sinds jaar en dag bestaande, en ook door Duitse rechters trouw toegepaste, regels van gemeenschapsrecht. Zoals het Bundesverfassungsgericht zelf een methode van ‘verfassungskonforme Auslegung’ van wetgeving pleegt te volgen, zo zal men m.i. naar gelang van het mogelijke de uitspraken van het gerecht ‘vertragskonform’ moeten interpreteren. Ik houd het er daarom maar op dat het gerecht bedoeld heeft zijn oordeel over de geldigheid van gemeenschapsbesluiten te doen voorafgaan door prejudiciële verwijzing. Een derde punt is m.i. de uithaal naar de jurisprudentie van het Hof van Justitie, in het bijzonder naar die over het ‘*effet utile*’. Anders dan het arrest het doet voorkomen steunt die rechtspraak niet op de gedachte dat de omschrijving van een doel of een taakstelling in de Europese verdragen voldoende zou zijn om tot het bestaan van de daartoe benodigde bevoegdheden te concluderen. Wel oordeelt het Hof dat bij de uitlegging van aard en omvang van gemeenschapsbevoegdheden gelet moet worden op het doel waartoe die bevoegdheden zijn verleend – een methode waarvan het Bundesverfassungsgericht uitdrukkelijk de juistheid onderschrijft – en op de samenhang met andere bevoegdheden. Op het ‘nuttig effect’ verlaat het Hof van Justitie zich vooral bij het opsporen van beginselen als rechtstreekse werking en voorrang van het gemeenschapsrecht, waarbij de gedachte is dat zonder

toepassing van die beginselen de aan gemeenschapsinstellingen verleende bevoegdheden zinloos zouden zijn.³³ Al met al krijgt men de indruk dat het Bundesverfassungsgericht een verkeerd mikpunt heeft gekozen voor de kritiek die het kennelijk heeft op het Hof van Justitie. Misschien heeft het gerecht zich toch door gevoelens van rivaliteit laten leiden. Die rivaliteit is niet helemaal onbegrijpelijk: het Hof van Justitie heeft er naar gestreefd een centrale plaats te verwerven bij de langzame uitbouw van het gemeenschapsrecht en bij de doorwerking daarvan in de nationale rechtsordes; het Bundesverfassungsgericht kan moeilijk verkroppen dat anderen dan het gerecht zelf het laatste woord zouden hebben over de uitoefening van rechten en bevoegdheden op Duits territorium. De Duitse constitutionele rechter staat daarin niet alleen: ook het Italiaanse constitutionele hof heeft in het verleden wel eens de rechterlijke verzenen tegen de communautaire prikkels geslagen.³⁴ Bij mijn weten heeft een constitutioneel gerecht nog nooit een prejudiciële vraag gesteld aan het Hof van Justitie (zulke hoven bestaan in 8 van de 12 lidstaten, als ik het Belgische Arbitragehof en het Ierse Supreme Court – waarvan de positie enigszins vergelijkbaar is met die van het Amerikaanse hooggerechtshof – meetel). Toch biedt juist de prejudiciële procedure de mogelijkheid te komen tot wat wel een ‘dialoog tussen rechters’ wordt genoemd.³⁵ Niemand heeft het monopolie van de communautaire wijsheid; maar het is moeilijk te ontkennen dat het Hof van Justitie voor de oplossing van bepaalde vragen in een bevoorrechte positie verkeert. Het Hof heeft toegang tot informatiebronnen waar nationale rechters van verstoken zijn, o.a. door zijn bevoegdheid in elke zaak inlichtingen in te winnen bij gemeenschapsinstellingen en bij regeringen van lidstaten.³⁶ Er is misschien meer; zoals een Engelse rechter over het Hof opmerkte: ‘It has a panoramic view of the Community and its institutions, a detailed knowledge of the treaties and of much subordinate legislation under them, and an intimate familiarity with the functioning of the Community market which no national judge denied the collective experience of the Court of Justice could hope to achieve’.³⁷ Het wil er bij mij niet in dat zoiets erkend kan worden in Londen maar in Karlsruhe niet zou worden gezien. Van belang zijn tenslotte de overwegingen met betrekking tot de overgang naar de derde etappe van de monetaire unie. Dat er geen automatisme is bij die overgang is niets nieuws; er is een besluit nodig welke lidstaten op dat moment voldoen aan de convergentiecriteria, en bij de onderhandelingen is al vastgesteld, overigens op aandringen van de monetair zwakke lidstaten, dat dit een ‘politiek’ besluit zou zijn – d.w.z. niet uitsluitend ingegeven door economisch rekenwerk. Wat het gerecht schijnt te willen toevoegen is dat de Bondsregering zich daarbij als het ware geen oor moet laten aannaaien en strikte naleving moet eisen van de convergentiecriteria. Daarin schuilt een zekere paradox, omdat grotere striktheid bij de toepassing van die criteria de overgang weer dichter bij een zuiver economische beoordeling kan brengen, en daarmee bij automatisme. Het gerecht aanvaardt in elk geval dat het ‘Staatsvolk’ zijn oordeel over de overgang nog eventjes uitsprekt als het zover is, door uitdrukkelijk de door de Bondsdag geclaimde zeggenschap te erkennen. In die claim staat de Bondsdag niet alleen; te onzent heeft de Tweede Kamer een amendement aangenomen waarin hetzelfde verlangen is vastgelegd.³⁸

Uit intern-Duits perspectief gezien heeft het Bundesverfassungsgericht duidelijk gemaakt dat geen belangrijke politieke ontwikkelingen kunnen plaatsvinden zonder zijn *placet*, en dat dit niet anders wordt wanneer aan die ontwikkelingen vorm wordt gegeven bij verdrag. Toen de destijds zeer betwiste *Ostverträge* tot stand kwamen, onder het kanselierschap van Brandt, legde het gerecht zich nog beperkingen op bij de beoordeling; het bezigde zelfs de term *judicial restraint*.³⁹ Van die houding is in de uitspraak over Maastricht geen enkel spoor te vinden; integendeel, het gerecht acht zich geroepen op alle punten van het Duitse Maastricht-debat zijn rechterlijke licht te laten schijnen. Het is waar dat in dit debat juridische gezichtspunten waarschijnlijk een grotere rol hebben gespeeld dan bij eerdere verdragen het geval is geweest; maar het gerecht gaat buitengewoon ver in de eigen uitleg van open politieke en economische begrippen.

De wijze waarop het gerecht met de democratische legitimatie omspringt laat een wat wrange smaak achter. Binnen elk van de lidstaten vindt versterking plaats van de positie van de executieve doordat – op allerlei terrein, en ook buiten de Europese integratie – de internationale vervlechtingen toenemen en daarmee het aantal beleidsgebieden groeit waarop internationale afspraken worden gemaakt of bovennationale regelgeving tot stand komt. Het besluitvormingsproces in de Europese Gemeenschappen vertoont een ‚democratisch tekort’ waarover al veel is geschreven.⁴⁰ Uit een oogpunt van democratische legitimatie heeft het echter onmiskenbaar het voordeel dat voorstellen worden gepubliceerd, dat een parlementair debat plaatsvindt (al is de uitslag daarvan als regel niet bindend) en dat belanghebbenden hun stem kunnen laten horen om hetzij de eigen regering hetzij de EG Commissie onder druk te zetten. Andere vormen van internationaal overleg spelen zich geheel in het duister af; slechts het resultaat ervan wordt aan de parlementaire instellingen, en daarmee aan de publieke opinie, voorgelegd, en het is dan *à prendre ou à laisser*. In dat licht gezien is het moeilijk te begrijpen waarom het Bundesverfassungsgericht juist de twee nieuwe ‘pijlers’ die Maastricht toevoegt (justitie-politie en buitenlands beleid), en die geheel volgens een traditioneel intergouvernementeel samenwerkingsmodel zijn opgesteld, naar voren haalt om te laten zien dat het met de democratische legitimatie onder het Verdrag wel meevalt. Het heeft zich dan wel erg laten verblinden door zijn eigen conceptie van ‘Staatsvolk’. De Nederlandse Tweede Kamer gaf van meer realiteitsbesef blijk toen het bij de goedkeuring van de Schengen-akkoorden juist de vrees uitsprak dat de daarin belichaamde intergouvernementele samenwerking tekort zou doen aan de parlementaire inspraak, aan het politieke debat en aan de rechtsbescherming.⁴¹ De toon van het arrest van het Bundesverfassungsgericht is op dit punt duidelijk anti-communautair.

De anti-communautaire toon in het arrest wordt versterkt door de ongeclausuleerde wijze waarop het gerecht zich bevoegd schijnt te achten de competentiegrenzen van de Gemeenschap te bewaken. Het is mogelijk dat de soep hier minder heet zal wor-

De anti-communautaire toon in het arrest wordt versterkt door de ongeclausuleerde wijze waarop het gerecht zich bevoegd schijnt te achten de competentiegrenzen van de Gemeenschap te bewaken.

den gegeten dan zij is opgediend, maar dat neemt niet weg dat het arrest een verkeerd signaal geeft: aan de Duitse rechters, die zich tot nu toe bijna zonder uitzondering trouw van hun communautaire verplichtingen hebben gekweten, en aan de constitutionele hoven van andere lidstaten, die in de verleiding zouden kunnen komen hun eigen beoordelingsmarge niet geringer te maken dan die van hun Duitse collega's.⁴²

Op korte termijn is het belangrijkste gevolg van het arrest dat het Verdrag op 1 november 1993 in werking kon treden. De Bondsregering en de regeringen van andere lidstaten hebben het arrest dan ook begroet als een positieve stap.⁴³ Het Verdrag beoogt de weg vrij te maken voor verdere Europese integratie; maar op het enige werkelijk ingrijpende onderwerp, de monetaire unie, is een hypotheek gelegd door de verpolitiserings van de convergentiecriteria. Misschien heeft het Bundesverfassungsgericht zich de mogelijkheid willen voorbehouden om ook over de overgang naar de derde etappe zijn zegje te zeggen. Een andere lezing van het arrest is evenwel verdedigbaar. Met het Verdrag legt de Bondsrepubliek, zo kort na de Duitse hereniging, zich definitief vast op de koers van de Europese integratie. Hoe meer het integratieproces doorzet, hoe geringer de invloed zal worden van nationale constitutionele hoven. De goedkeuring van het Verdrag gaf het Bundesverfassungsgericht nog éénmaal de gelegenheid om alle reserves naar voren te brengen die het van Duits constitutioneel oogpunt uit voelt tegen de onomkeerbaarheid van het integratieproces, en tegen de daarmee gepaard gaande bedreiging van de invloed der eigen parlementaire instellingen.

Bekijkt men het arrest als deel van de politieke ontwikkelingen in de Bondsrepubliek, dan is de laatste veronderstelling zo gek nog niet. De overwegingen van het Bundesverfassungsgericht zouden alleen zoveel aanvaardbaarder zijn geweest als er een kleine indicatie in te vinden was over de wijze waarop bij voortgaande integratie de democratische legitimatie gestalte zal moeten krijgen. Dat is tenslotte het hoofdprobleem, en het is door het arrest geen stap dichterbij een oplossing gebracht. De ECU zal het misschien nog wel gemakkelijker krijgen dan de democratie. □

30. Art. 173, al. 1, EEG-Verdrag.

31. Zaak 314/85, Foto Frost, Jur. 1987, p. 4199; SEW 1988, p. 638, m.nt. R.H. Lauwaars.

32. Art. 177, al. 3, EEG-Verdrag (ongewijzigd).

33. Kapteyn-VerLoren, a.w. (nt. 27) p. 33-35.

34. Zie R.H. Lauwaars, SEW 1987, p. 528.

35. Lord Mackenzie Stuart in: Schermers e.a. (eds.), Article 177 EEC: experiences and problems (Amsterdam-New York 1987) p. 337.

36. Art. 21 lid 2 Statuut Hof van Justitie.

37. Justice Bingham (*as he then was*) in Customs and Excise v. Samex [1983] All E.R. 1042.

38. Tweede Kamer, 22 647 (R 1437) nr 51 (amendement-Melkert c.s.); zie thans art. 5 goedkeuringwet (Stb. 1992, 672).

39. BVerfGE 40 no. 16 (Ostverträge), 1975.

40. Zie o.a. Laurent Cohen-Tanugi, L'Europe en danger (Parijs 1992) p. 110 e.v.; advies SER

over Europese Politieke Unie (publ. SER 91/16) nr 2.3; N.E. Bracke, SEW 1993, p. 153.

41. Zie NJB 1992, p. 242 en p. 596. Vgl. voorts NJB 1991, afl. 5 (p. 161 e.v.); 'special' NJCM-Bulletin 1991, afl. 8 (p. 745 e.v.).

42. Zo ook Chr. Tomuschat, Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts, Eur.Gr.Z. 1993, p. 489.

43. De Nederlandse regering in een brief aan de Tweede Kamer (22 647 nr 56).