



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Soevereiniteit of Pluralisme? Nederland en Europa na het Lissabon-Urteil - Preadviezen voor de Jonge Staatsrechterdag 2010

Rijn van Alkemade, J.M.J. van; Uzman, J.

Citation

Rijn van Alkemade, J. M. J. van, & Uzman, J. (2011). *Soevereiniteit of Pluralisme? Nederland en Europa na het Lissabon-Urteil - Preadviezen voor de Jonge Staatsrechterdag 2010*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/16682>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/16682>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

*Soevereiniteit of pluralisme?
Nederland en Europa na het Lissabon-Urteil*

Soevereiniteit of pluralisme?

Nederland en Europa na het *Lissabon-Urteil*

Preadviezen Jonge Staatsrechterdag 2010

redactie:

MR. J.M.J. VAN RIJN VAN ALKEMADE
MR. J. UZMAN

met bijdragen van:

Mr. A. Cuyvers, Mjur (Oxon)
Mr. M. Duchateau
W.J.L. Hulstijn, MA
Mr. A. Kristic, LLM, MPhil
Mr. D.B. Nederlof, LLM
Mr. J.W. van Rossem

Nijmegen – Wolf Legal Publishers – 2011

Deze editie is met steun van de Staatsrechterkring tot stand gekomen.

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2011, J.M.J. van Rijn van Alkemade & J. Uzman en de auteurs

ISBN 978-90-5850-6375

Wolf Legal Publishers
Postbus 31051
6503 CB Nijmegen
www.wolfpublishers.nl

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervaelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Het reprorecht wordt niet uitgeoefend.

No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, made available or communicated to the public, in any form or by any means, without the prior permission in writing of the publisher, unless this is expressly permitted by law.

Woord vooraf

Voor u ligt de bundel preadviezen die werden geschreven ten behoeve van de tweede Staatsrechterdag voor jonge staatsrechtgeleerden, die op 25 mei 2010 werd gehouden in een historische, zij het gelukkig wel voormalige, stadsgevangenis te Leiden.

Op 12 mei 2009 vond in Tilburg de eerste Staatsrechterdag voor promovendi plaats. Het thema van die dag was 'De toekomst van het Staatsrecht: van Staatsrecht naar Constitutioneel Recht?'. Deze eerste Staatsrechterdag was een groot succes. Promovendi en andere jonge staatsrechtjuristen uit alle uithoeken van het land kwamen met elkaar in contact, wisselden ideeën en ervaringen uit en dronken na afloop gezellig een borrel. De dag zelf bestond uit lezingen en workshops. De Tilburgse initiatiefneemsters Anamarija Kristic en Anna Jasiak verdienen daarvoor alle lof. In 2010 was het de beurt aan Leiden om deze succesvolle dag een waardig vervolg te geven.

Bijzonder aan de vorige Staatsrechterdag was dat de toekomst van het Staatsrecht werd geschetst door prominente staatsrechtgeleerden. Op de Staatsrechterdag 2010 werd het stokje overgedragen aan de aanstormende generatie constitutionalisten. Net als vorig jaar speelde de toekomst van het Staatsrecht bij de onderwerpkeuze een belangrijke rol. Dit jaar werd ervoor gekozen om deze toekomst te belichten vanuit, wat door de 'senior-Staatsrechtconferentie' van 2010 wel is betiteld als, een dialogisch perspectief.¹ Het gaat daarbij om een veranderde grondhouding ten opzichte van uiteenlopende juridische concepten. Daarbij kan worden gedacht aan de verhouding tussen rechter en wetgever, maar ook aan de voorrang van het Europese recht in de nationale rechtsorde. Als kapstok voor de discussie fungeerde het veelbesproken *Lissabon-Urteil* van het Duitse *Bundesverfassungsgericht* en de vraag welke inspiratie – in positieve of in negatieve zin – het Nederlandse staatsrecht aan dit arrest kan ontlelen.

Dit jaar vond de beraadslaging plaats aan de hand van een drietal preadviezen. Armin Cuyvers (Universiteit Leiden), Michiel Duchateau, Jan Willem van Rossem en Wouter Hulstijn (allen Rijksuniversiteit Groningen) zijn bereid gevonden hun licht te laten schijnen over de betekenis van het *Lissabon-Urteil*. Anamarija Kristic (Universiteit van Tilburg) en David Nederlof (Universiteit

1 'Functie en betekenis van de Grondwet: een dialogisch perspectief', *Staatsrechtconferentie 2010* (UvT).

van Amsterdam) traden op als referent. Mede dankzij de hoge kwaliteit van de preadviezen en de referentencommentaren, vond er een interessante discussie plaats tussen de preadviseurs, de referenten en het aanwezige publiek. Deze discussie werd vakkundig in goede banen geleid door de dagvoorzitter Wim Voermans.

Deze bundel vormt het tastbare resultaat van die mooie dag. Zij was niet tot stand gekomen zonder de onmisbare hulp van een aantal personen en organisaties. Wim Voermans danken wij zeer, niet alleen voor zijn bereidheid om als dagvoorzitter op te treden, maar ook voor alle hulp en advies waarmee hij ons als organisatoren ondersteunde. Dat laatste geldt ook voor afdelingsvoorzitter Willemien den Ouden en de overige leden van het Dagelijks Bestuur van de Afdeling Staats- en Bestuursrecht, Universiteit Leiden. Afdelingssecretaresse Licette Claproth en student-assistente Machteld Claessens zijn wij veel dank verschuldigd voor de praktische ondersteuning van het project. Zonder de gulle bijdragen van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, de Staatsrechtkring, de Graduate School of Legal Studies van de Universiteit Leiden en het Leids Universiteits Fonds tot slot waren de Staatsrechtstag 2010 en deze bundel bovendien niet mogelijk geweest. Een laatste woord van dank gaat daarom naar hen uit.

Jaap van Rijn van Alkemade & Jerfi Uzman

Inhoudsopgave

WOORD VOORAF	v
I INLEIDING	1
1 Nederlands en Europees staatsrecht in een integrerend Europa – Pluralisme óf principe, of pluralisme als principe? <i>Jerfi Uzman & Jaap van Rijn van Alkemade</i>	3
II PREADVIEZEN EN REFERENTENCOMMENTAAR	19
2 Het <i>Lissabon-Urteil</i> : Pluralisme op Duitse voorwaarden <i>Wouter Hulstijn & Jan Willem van Rossem</i>	21
3 Enige inleidende opmerkingen naar aanleiding van het preadvies van Hulstijn en Van Rossem <i>David Nederlof</i>	47
4 Een soeverein hof bewaakt de soevereine staat om het soevereine volk te behoeden voor een soeverein Europa: Het <i>Lissabon-Urteil</i> als these en antithese voor de verhouding Nederland en EU <i>Armin Cuyvers</i>	49
5 Waartoe is het Europees Parlement op aarde? <i>Michiel Duchateau en Wouter Hulstijn</i>	93
6 Naar een democratische legitimatie van Europa: commentaar naar aanleiding van het preadvies van Duchateau en Hulstijn <i>Anamarija Kristic</i>	115
OVER DE AUTEURS	121

I	INLEIDING
---	-----------

1 | Nederlands en Europees staatsrecht in een integrerend Europa

Pluralisme óf Principe, of Pluralisme als Principe?

Jerfi Uzman & Jaap van Rijn van Alkemade

1 INLEIDING

De afgelopen jaren is veel geschreven over de Europese cultuur. Zou die bestaan? En zo ja, betreft die dan uitsluitend een gezamenlijk bloedig verleden? Eurosceptici beantwoorden die laatste vraag graag bevestigend. De lappendeken die de Europese cultuur kenmerkt, wordt geregeld gecontrasteerd met de beweerdelijk uniforme Amerikaanse cultuur. Eén taal, één God, één hamburgerketen. Wie de Nieuwe Wereld heeft bezocht weet dat het zo niet zit. New Jersey is mijlenver verwijderd van Texas. Maar wat men ook vindt van Amerikanen en hun cultuur: zij houden van duidelijkheid. Groot betekent voor de Amerikaan bijvoorbeeld ook echt groot. Als Europeanen iets gemeenschappelijk hebben, dan is het hun hang naar *onduidelijkheid*, naar tradities en ficties. Zo doet men traditioneel in mei (*May Week*) tentamen in Cambridge. Maar die week beslaat tegenwoordig twee weken en mei is om praktische redenen juni. Dat werk. Een Amerikaan zou het niet verzinnen. En met politieke kwesties is het niet anders. De kaart van Europa kent niet voor niets een indrukwekkende historie van wijzigingen.

Ook over de toekomst van Europa heerst verwarring. Dient de Unie bijvoorbeeld een federatie te zijn of een losse (economische) unie van onafhankelijke staten? De meningen daarover verschillen vooralsnog aanzienlijk. Moet men die onduidelijkheid beschouwen als de charme van Europa of is de Europese Unie als een fietser die voortdurend op de pedalen moet gaan staan omdat hij bij stilstand zou omvallen? Joschka Fischer en Guy Verhofstadt waren die laatste opvatting in het verleden toegedaan.¹ Anderen, zoals de Britse historicus Timothy Garton Ash, zoeken het einddoel van Europa juist in de afwezigheid van een einddoel. Geïnspireerd door Isaiah Berlin staat dan

1 Zie J. Fischer, 'Vom Staatenverbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der Europäischen Integration' (rede o.a. gepubliceerd in *Die Zeit*, 12 mei 2000); G. Verhofstadt, 'Montesquieu en de Europese Unie', toespraak van 18 november 2002, opgenomen in: *Europa: een liberaal project – visionaire toespraken over Europa*, Brussel: PLKC 2009, p. 146-164.

de liberale gedachte centraal dat verschillende uitgangspunten, die als zodanig onverenigbaar zijn, niettemin vreedzaam naast elkaar kunnen bestaan.²

Die laatste benadering, pluralisme is zij wel genoemd, is de afgelopen jaren ook voor het Europese recht van belang gebleken. Want zoals bekend hanteerden het Hof van Justitie en de hoogste rechters van diverse lidstaten van de Unie de afgelopen decennia heel verschillende uitgangspunten als zij het over het karakter van de Europese rechtsorde hadden. De claim van het Hof van Justitie, dat het Europese recht op eigen titel in het recht van de lidstaten doorwerkt, wordt lang niet door alle nationale rechters gedeeld.³ Sommige van die rechters, zoals de voormalige Lords of Appeal in het Verenigd Koninkrijk, benaderden de kwestie pragmatisch. Zij probeerden de rechtspraak van het Hof van Justitie in te passen in de eigen perceptie van soevereiniteit.⁴ Rechters van andere landen, veelal constitutionele hoven, betwistten de soevereiniteitsclaim van het Hof van Justitie expliciet. Het Duitse *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) is daarvan de bekendste exponent.⁵ Onlangs bevestigde dat hof deze rechtspraak in een geruchtmakend arrest: het *Lissabon-Urteil*.⁶ Daarmee kiest de Duitse constitutionele rechter een duidelijk ander uitgangspunt dan de Europese rechter. Kan dat wel? Dwarsboomt de Duitse rechter daarmee niet de gestaag voortgaande integratie van de Unie? En wat heeft die Duitse rechter dan als alternatief te bieden? Laat de Duitse rechter zich hier van zijn meest Europsceptische kant zien, of zit er wel wat in de opstelling die hij kiest? Is er een coherent verhaal denkbaar waarin de uiteenlopende uitgangspunten van de Duitse en de Europese rechter samen een rol spelen?

Het zijn deze vragen die de aanleiding vormden voor de hierna gebundelde preadviezen. Het hoofddoel van deze bundel is tweeledig. Ten eerste wordt bezien welke gevolgen het Lissabon-arrest heeft voor de toekomst van de

2 Timothy Garton Ash, 'Europe's Endangered Liberal Order', *Foreign Affairs* 1998, p. 51-65; T. Garton Ash, 'The Case for Liberal Order', in: T. Garton Ash, *History of the Present*, New York: Vintage Books 2001, p. 279-298. Vgl. ook: J. Livestro, 'Een visie op de toekomst', in: P. Cliteur, H. Franken & W.J.M. Voermans (red.), *Naar een Europese Grondwet*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 87-95, 91.

3 Vgl. HvJEG 15 juli 1964, zaak 6/64, *Jur.* 1964, p. 1199 (*Costa t. E.N.E.L.*). Zie nader o.a. M. Claes, *The National Courts' Mandate in the European Union* (diss. Maastricht), Oxford: Hart Publ. 2006; M. Kumm, 'The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty', *European Law Journal* 2005, p. 262-307.

4 Dat gebeurt dan door aan te nemen dat de communautaire rechtsorde principiële voorrang geniet boven de nationale tot het moment waarop regering en parlement besluiten om het lidmaatschap van de Europese rechtsorde op te zeggen. Vgl. CA 25 juli 1979 [1979] 1 *WLR* 1189 (*Macarthys v. Smith*); HL 11 oktober 1990 [1990] *UKHL* 7 (*Factortame II*). Zie tevens: T.R.S. Allan, 'Parliamentary sovereignty: Lord Dennings dexterous revolution', *Oxford Journal of Legal Studies* 1983, p. 22-33; .W.R. Wade, 'Sovereignty: revolution or evolution?', *Law Quarterly Review* 1996, p. 568.

5 BVerfG 12 oktober 1993, *BVerfGE* 89, 155 (Maastricht). Zie uitvoeriger het preadvies van Hulstijn en Van Rossem.

6 BVerfG 30 juni 2009, *Juristenzeitung* 2009, p. 890-905 (*Lissabon-Urteil*).

Europese Unie en haar constitutionele theorie. Is het arrest in te passen in een coherent Europees verhaal over de relatie tussen Europa en de lidstaten? En welke gevolgen heeft het arrest voor de positie van het Europees Parlement? Ten tweede staat de vraag centraal welke lessen het Nederlandse staatsrecht uit het arrest kan trekken. Kan en moet de Nederlandse rechter zich door zijn Duitse tegenhanger laten inspireren? En is de Nederlandse rechter eigenlijk wel in de positie om zich over het soevereine karakter van de Europese rechtsorde uit te laten? Moet hij dat niet aan de politieke staatsinstellingen overlaten? Het antwoord op die vragen is vooral aan de preadviseurs.

Maar daar blijft het niet bij. Want hoewel de bundel over de verhouding tussen het nationale en het Europese recht gaat, demonstreren de daarin opgenomen preadviezen, wat ons betreft, ook dat het staatsrechtelijk denken in een relatief korte periode een ingrijpende omslag heeft gemaakt. Het denken in termen van hiërarchie, dat het juridische discours lange tijd heeft gekenmerkt, lijkt gestaag te zijn verlaten voor een contextuele benadering. Die benadering, die voor een belangrijk deel stoelt op het waardenpluralisme van Berlin, houdt voor het Europese recht de mogelijkheid in om de voorrang van het Europese recht in de praktijk tegelijkertijd te stoelen op het constitutionele recht van de lidstaten én op een soevereine Europese rechtsorde.⁷ Deze gedachte is niet nieuw of kenmerkend voor het Europese recht. Zij werd ook reeds uitgewerkt met betrekking tot de verhouding tussen het internationale en het nationale recht in het algemeen⁸ en ten aanzien van de verhouding tussen rechter en wetgever in het nationale staatsrecht.⁹ In al die gevallen ziet men een gestage trend van een formele (*authoritative*) benadering, waarin het vooral om het gezag van overheidsorganen gaat, naar een meer materiële (*persuasive*) benadering waarin de kwaliteit van het besluit of de besluitvorming centraal staat.¹⁰ In die zin sluit deze bundel, het gevolg van een Staatsrechtstag voor jonge staatsrechtbeoefenaren, aan bij de Staatsrechtstag van 2009 die de toekomst van het nationale staatsrecht behandelde.

Om wat extra kleur aan die preadviezen te geven, worden in deze inleiding eerst met ruwe kwast wat achtergronden bij die preadviezen geschetst. Met

7 Zie voor een overzicht: M. Aybelj & J. Komárek (eds.), 'Four Visions of Constitutional Pluralism', *EUI Working Paper* 2008/21.

8 Vgl. bijv. M. Kumm, 'The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis', *European Journal of Int. Law* 2004, p. 907-931; M. Kumm, 'Constitutional Democracy Encounters International Law: Terms of Engagement', in: S. Choudhry, *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, p. 256-293.

9 Zie in dat verband bijv. S. Gardbaum, 'The New Commonwealth Model of Constitutionalism', *American Journal of Comparative Law* 2001, p. 707-760, en M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton: Princeton University Press 2009.

10 Zie over *authoritative* en *persuasive authority*, het klassieke essay van H.L.A. Hart, 'Commands and Authoritative Legal Reasons', in: H.L.A. Hart, *Essays on Bentham*, Oxford: Oxford UP 1982, p. 243-267. Tevens: F. Schauer, 'Authority and Authorities', *Virginia Law Review* 2008, p. 1931-1961.

name de huidige rechtspraak van de Nederlandse rechter ten aanzien van de doorwerking van het Europese recht staat daarbij centraal. Bovendien wordt een overzicht gegeven van de belangrijkste overwegingen in het *Lissabon-Urteil*, en worden enige verbanden geschetst tussen de verschillende analyses in de preadviezen.

2 NEDERLAND EN DE DOORWERKING VAN EUROPEES RECHT

Ruimte voor een ander uitgangspunt dan het Hof van Justitie hanteert, werd tot dusver in Nederland niet geclaimd. De voorrang van het Europese recht is door Nederlandse staatsrechtbeoefenaren in het verleden steevast loyaal en meestal pragmatisch benaderd. De traditioneel monistische en open houding van de Nederlandse juristerij heeft daar stellig veel aan bijgedragen. Zo wordt doorgaans aangenomen dat de artikelen 93 en 94 Grondwet irrelevant zijn waar het de doorwerking van Europees Gemeenschapsrecht betreft. Dit was tenminste het standpunt van de Hoge Raad, de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State en het overgrote deel van de literatuur.¹¹ Slechts een enkeling trok dit standpunt in twijfel.¹² Echt veel debat heeft de kwestie de afgelopen jaren niet opgeleverd. In wetenschappelijke kringen werd de kwestie aanvankelijk weinig belang toegekend. Van een dialoog tussen de hoogste rechters en de wetgever was evenmin sprake, hoewel de laatste vooralsnog niet ondubbelzinnig heeft uitgesproken dat hij de opvatting van de Hoge Raad en de Raad van State deelt.¹³ Dat is ook niet zo vreemd. Wie de opstelling van, bijvoorbeeld, de Duitse rechter bezieet, valt op dat deze weliswaar een kritische houding aanneemt jegens de Luxemburgse soevereiniteitsclaim, maar ook dat hij de voorrang van het Europese recht doorgaans loyaal effectueert.¹⁴ De kwestie lijkt dan ook een hogelijk dogmatisch karakter te hebben en van weinig praktische waarde. Voeg daarbij de traditioneel nogal gecompliceerde omgang van het Nederlandse staatsrecht met noties van soevereiniteit en de monistische traditie van de Nederlandse doctrine, en het wordt wel verklaarbaar waarom Nederlandse juristen in het verleden geen verhitte debatten voerden over de vraag of het Nederlandse staatsrecht in één klap van zijn normatieve grondslag was beroofd. Terminologie die in sommige van de ons omringende landen wel is gebezigd.

11 HR 2 november 2004, *NJ* 2005/80 (*Verplichte rusttijden*); ABRvS 7 juli 1995, *AB* 1997/117 m.nt. Beers (*Metten*). Zie tevens: T. Barkhuysen, H.M. Griffioen & W.J.M. Voermans, 'Artikel 93 en 94 Grondwet volgens de Hoge Raad niet van belang voor doorwerking EG-recht', *NJB* 2004, p. 2289-2290; L.F.M. Besselink, H.R.B.M. Kummeling, R. de Lange, P. Mendelts & S. Prechal, *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, Groningen: Europa Law Publ. 2002, p. 30-32.

12 Vgl. o.m. L.F.M. Besselink, 'De zaak-Metten: de Grondwet voorbij', *NJB* 1996, p. 165-172.

13 Vgl. Besselink c.s. 2002, p. 30-32.

14 Aldus ook preadviseur Cuyvers.

Inmiddels is er wel iets veranderd. De Franse en Nederlandse referenda over de Europese Grondwet lieten zien dat het klimaat met betrekking tot Europa duidelijk killer is geworden. Dat geldt specifiek ook de doorwerking van het Europese recht in de nationale rechtsorde. Volgens sommige commentatoren bijvoorbeeld, speelde de soevereiniteitskwestie onder meer een rol bij de afwijzende houding van veel Nederlanders jegens het Grondwettelijk Verdrag.¹⁵ Regering en parlement zoeken naar aanknopingspunten om het Europese recht een halt toe te roepen.¹⁶ Dat geldt overigens niet slechts voor het Unierecht maar evenzeer voor het internationale recht, de mensenrechtenverdragen niet uitgezonderd. Maar niet enkel de politieke actoren hebben hun houding jegens Europa verscherpt. Ook de juristerij beziet het Europese en internationale recht inmiddels niet meer alleen als een complex aan mogelijkheden, maar ook als eventuele bedreiging van nationale waarden. Dat bleek bijvoorbeeld door de ophef omtrent de terreurlijsten van de VN-Veiligheidsraad die via Europese verordeningen verplichtingen scheppen voor nationale autoriteiten.¹⁷ Inmiddels wordt van verschillende kanten de introductie bepleit van een 'grondwettelijke veiligheidsklep' die de voorrang van internationaal of Europees recht zou nuanceren voor normen die conflicteren met fundamentele constitutionele beginselen van de rechtsstaat.¹⁸ Ook bij de Staatscommissie Grondwet, wier rapport onlangs verscheen, prijkte deze kwestie hoog op de agenda. De helft van de leden achtte zo'n bepaling zinvol. De andere helft vond haar niet nodig, maar geen van de leden achtte het op dogmatische gronden onmogelijk dat de Nederlandse Grondwet een dergelijke veiligheidsklep zou bevatten.¹⁹

De vraag rijst wat deze ontwikkelingen voor gevolgen hebben voor de rechtspraak van de Hoge Raad en de Afdeling Bestuursrechtspraak. De tijd lijkt rijp voor een herbezinning op de uitgangspunten die de Nederlandse rechter hanteert bij de doorwerking van het Unierecht in zijn eigen rechtsorde. En of die herbezinning er nu toe leidt dat de huidige koers verlaten wordt of niet, zij zal vermoedelijk tot gevolg hebben dat de Nederlandse rechter moet gaan uitleggen waarom hij zich wel of niet gebonden acht aan de soevereiniteitsclaim van het Luxemburgse Hof.²⁰ Zo'n herbezinning brengt wel allerhan-

15 Vgl. Theo Toonen, Bernard Steunenberg & Wim Voermans, 'Saying No to a European Constitution: Dutch Revolt, Enigma or Pragmatism', *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften* 2005, p. 594-619, 609.

16 Vgl. o.m. *Kamerstukken II*, 2006-2007, 29 861, nr. 15 (motie-Visser), en *Kamerstukken II*, 2008-2009, 19 637, nr. 1253 (motie-De Krom).

17 Zie R.A. Wessel, *The Invasion by International Organisations – De toenemende samenhang tussen de mondiale, Europese en nationale rechtsorde* (Oratie Twente), 2006.

18 Vgl. M.L. van Emmerik, 'De Nederlandse Grondwet in een veellagige rechtsorde', *RM Themis* 2008, p. 145-161; L.F.M. Besselink & R.A. Wessel, *Ontwikkelingen in de internationale rechtsorde en Nederlands constitutioneel recht – Een 'neo-monistische' benadering*, Deventer: Kluwer 2009, p. 106-107.

19 Rapport Staatscommissie Grondwet (2010), p. 125-130.

20 Wij betogen een koerswijziging overigens niet.

de lastige vragen voor de rechter met zich. Zo gaat Cuyvers in zijn preadvies onder meer in op de vraag of de soevereiniteit van de Europese rechtsorde eigenlijk wel een kwestie voor de nationale rechter is. Hij concludeert vanuit een Europees en rechtsfilosofisch perspectief van niet. Maar even met recente staatsrechtelijke discussies over de rechtsvormende taak van de rechter in het achterhoofd: zou het niet een staaltje precaire rechtsvorming *to say the least* zijn als de Hoge Raad of één van de hoogste bestuursrechters op dit punt 'om' zou gaan? Het gaat hier immers niet om de uitleg van een familierechtelijke bepaling uit het BW – hoe belangrijk ook – maar om de normatieve grondslag van (een deel van) het Nederlandse rechtssysteem.²¹ Rechterlijke creativiteit op dat punt is weleens betiteld als '*a juridical coup d'état*'.²² Dat is geen etiket dat je als rechter graag opgeplakt krijgt. Herbezinning betekent op dit punt dus ook: zoeken naar legitimatie voor de gekozen koers. Voor die legitimatie schiet het te kort om simpelweg te verwijzen naar de Luxemburgse rechtspraak. De rechtspraak van een aantal constitutionele hoven in Europa laat zien dat het niet nodig is om de soevereiniteitsclaim van het Hof van Justitie zonder meer over te nemen om toch aan de verdragsverplichtingen te voldoen. En het behoeft geen betoog dat voor het *ontkennen* van de soevereiniteitsclaim al helemaal geen steun in de Luxemburgse rechtspraak te vinden is.

Wat dan? Onze hoogste rechtscolleges zouden uiteraard kunnen aansluiten bij de gedachtevorming binnen de politieke staatsinstellingen, hoewel die voorsnog weinig solide houvast geeft. Zoals gezegd is de wetgever er voorsnog niet toe overgegaan om de rechtspraak van de hoogste rechters over de toepasselijkheid van de Grondwet bij de doorwerking van het Europese recht expliciet tegen te spreken, maar daarmee is zeker niet alles gezegd. Bij de opdrachtverlening aan de Staatscommissie Grondwet achtte het kabinet de vaststelling van de Raad van State dat het Europese recht buiten de artikelen 93 en 94 Gw doorwerkt 'terecht', maar liet het tevens doorschemeren dat versterking van de Grondwet op dit punt een optie te vinden.²³ Een andere bron van legitimatie biedt wellicht een blik over de grens. Op zijn minst kan men inspiratie ontleen aan de rechtspraak van de hoogste rechters in andere Europese landen. Hoewel de constitutionele tradities van dergelijke landen uiteraard verschillen van de Nederlandse rechtspraktijk, worden zij met dezelfde problemen geconfronteerd. Daarbij valt te denken aan de rechtspraak van het BVerfG die in de hier opgenomen preadviezen centraal staat, maar

21 In rechtstheoretische termen: de *Grundnorm* of *ultimate rule of recognition*. Vgl. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1. Ausg. 1934, hrsg. M. Jestaedt), Tübingen: Mohr Siebeck 2008, p. 77-79, en H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (2nd. Ed), Oxford: Oxford UP 1997.

22 A. Stone Sweet, 'The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority', *German Law Journal* 2007, p. 915-927.

23 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 570, nr. 3, p. 35. Een zeer ruime meerderheid van de Staatscommissie zelf achtte opname van een specifieke 'Europabepaling' overigens niet zinvol. Zie *Rapport Staatscommissie Grondwet*, p. 108-110 en 154-157 (minderheidsstandpunt lid Overkleef-Verburg).

bijvoorbeeld ook om de rechtspraak van de Tsjechische constitutionele rechter die op het eerste gezicht een wat gematigder toon lijkt aan te slaan.²⁴ En wat te denken van diens Poolse collega, die de kwestie weliswaar principieel lijkt te benaderen, maar haar tevens effectief op het bord lijkt te leggen van de wetgever?²⁵ Is het voor de Nederlandse rechter misschien mogelijk om zijn rechtsvormende rol met betrekking tot de Europese integratie bescheiden te houden, terwijl hij anderzijds de politieke discussie daarover wel een zetje geeft? Cuyvers ziet daarvoor wel aanknopingspunten in zijn preadvies.

3 HET LISSABON-URTEIL

Zoals gezegd stond in het *Lissabon-Urteil* de vraag centraal of de voorgenomen ratificatie van het Verdrag van Lissabon grondwettig was. Dit verdrag – de opvolger van het Grondwettelijk verdrag – regelt een aantal vergaande wijzigingen met betrekking tot de organisatiestructuur van de Unie om deze aan te passen aan de veranderde realiteit van een Unie van 27 lidstaten.²⁶ Een belangrijke wijziging betreft bijvoorbeeld de nieuwe praktijk van de Raad om op een aantal terreinen voortaan bij gekwalificeerde meerderheid te beslissen in plaats van bij unanimititeit. Voorts wordt de co-decisieprocedure, waarin het Europees Parlement een relatief belangrijke rol vervult, van toepassing op een groter aantal beleidsterreinen. Veelvuldig in de publiciteit kwam ook de introductie van een vaste voorzitter van de Europese Raad. Het verdrag trad uiteindelijk op 1 december 2009 in werking. Daaraan was de ratificatie van het verdrag door de verschillende lidstaten vooraf gegaan.

Van belang in de procedure voor het BVerfG was vooral de vraag of de wijzigingen die het verdrag beoogde, er toe zouden leiden dat de zelfbeschikking van het Duitse electoraat in de toekomst mogelijk onder druk zou komen te staan. Die vraag beantwoordt het BVerfG over de band van het kiesrecht. Dat concretiseert volgens het hof het recht van burgers op effectieve deelname aan het, in Duitsland, gevoerde overheidsbeleid. Zowel de personele bezetting als de inhoudelijke koers van het Duitse overheidsapparaat moeten daarom in wezenlijke mate door het volk worden bepaald. Het hof verwijst in dat verband naar artikel 20 *Grundgesetz* (GG) dat Duitsland een democratische staat verklaart waarin het volk door middel van verkiezingen en vertegenwoordigende organen de bron is van alle overheidsgezag.

24 Zie J. Komárek, 'The Czech Constitutional Court's Second Decision on the Lisbon Treaty of 3 November 2009', *European Constitutional Law Review* 2009, p. 345-352.

25 Zie diens arrest inzake het Europese Arrestatiebevel van 27 april 2005, nr. P 1/05 (vertaling in het Engels te downloaden via de site van het hof: www.trybunal.gov.pl/eng).

26 Zie voor een overzicht bijv.: R. H. van Ooik & R.A. Wessel, 'Het Verdrag van Lissabon: balans en afsluiting', *SEW* 2009, p. 253-260.

Deze bepaling, die de identiteit van het Duitse staatsverband markeert, kan door regering en parlement niet worden herzien aangezien zij door de zogenaamde *Ewigheidsklausel* van artikel 79 GG wordt beschermd. Een dergelijke wijziging zou *de facto* het einde van de huidige Duitse staat *as we know it* betekenen. Daartoe acht het Hof geen van de drie staatsmachten bevoegd: dat zal het volk zelf moeten doen. Een rechtmatige procedure daarvoor schrijft het *Grundgesetz* niet voor. Een dergelijke ontwikkeling lijkt geen juridische maar een feitelijke kwestie die pas achteraf kan worden gelegitimeerd. Aan dergelijke kwesties komt het hof echter niet toe want het acht loyale Duitse medewerking aan de Europese integratie geen breuk met de constitutionele identiteit. Het *Grundgesetz* is, zoals het BVerfG het uitdrukt, immers *Europa-rechtsfreundlich*. Bevoegdhedenoverdracht aan de Unie is dan ook toegestaan. Die kan echter niet zover gaan dat Unieorganen de mogelijkheid krijgen om zelf eigen bevoegdheden te scheppen. Dat laat de constitutionele identiteit weer niet toe. Het hof acht Duitse staatsinstellingen dan ook enkel bevoegd om mee te werken aan, wat het Hof eerder al eens betitelde als, een *Staatenverbund*:

‘eine enge, auf Dauer angelegte Verbindung souverän bleibender Staaten, die auf vertraglicher Grundlage öffentliche Gewalt ausübt, deren Grundordnung jedoch allein der Verfügung der Mitgliedstaaten unterliegt und in der die Völker (...) der Mitgliedstaaten die Subjekte demokratischer Legitimation bleiben’.²⁷

Het BVerfG kwalificeert de samenwerkingsvorm van de Europese Unie, maar bepaalt haar tegelijkertijd mede: het gaat immers om een *Staatenverbund*, niet zozeer omdat het Hof dat als objectieve buitenstaander constateert, maar omdat volgens hem de Duitse grondwet een verdergaande constructie niet toelaat. Zoals gezegd betekent dat primair dat de Duitse wetgever geen quasi blanco cheque kan uitschrijven aan Brussel. Elke overdracht moet beperkt en nauw omlijnd zijn. Het integratieproces mag volgens het hof niet leiden tot een uitholling van het binnenlandse democratische proces in Duitsland. Voor nationaal beleid met betrekking tot wezenlijke overheidsterreinen die de burger en zijn levensomstandigheden direct raken, of die om historisch-culturele redenen op de nationale politiek zijn aangewezen moet ruimte blijven. Daarbij denkt het Hof aan kwesties in de sfeer van het strafrecht, het geweldsmonopolie (de inzet van leger en politie), het belastingrecht, sociale politiek en culturele kwesties zoals taal, onderwijs, media en religie. De bescherming van deze ‘nationale prerogatieven’ is primair een kwestie van de wetgever, maar het hof ziet er graag op toe dat de regering en parlement hun plicht op dit punt niet verzaken.

De kernvraag van het arrest, namelijk of de Duitse ratificatie van Verdrag van Lissabon een schending inhoudt van het kiesrecht, beantwoordt het Hof

27 Zie r.o. 229 van de uitspraak.

uiteindelijk ontkennend. Nu de Unie geen staatachtige entiteit maar een *Staatenverbund* is, behoeft haar democratische legitimatie ook niet van dezelfde orde te zijn als die van de Duitse staat. Uit het Verdrag van Lissabon blijkt volgens het Hof nog maar eens dat de lidstaten niet een, met een nationale staat vergelijkbare, entiteit beogen. Daarin zou namelijk één democratisch gekozen volksvertegenwoordiging centraal staan, en het moge, aldus het BVerfG, duidelijk zijn dat het Europees Parlement (EP) deze rol niet kan spelen. Dit parlement wordt immers (nog) niet door één volk gedragen en ‘solange’ dit het geval is, is de democratische legitimatie van de Unie afhankelijk van de volkeren van de lidstaten en hun parlementen. Het Hof acht het EP, gelet op zijn samenstelling en zijn bevoegdheden, niet toegerust om ‘politische Leitentscheidungen’ te nemen, dus richting te geven aan de Europese samenleving. Een regering van de Unie zou het bijvoorbeeld niet kunnen ‘dragen’, en evenmin is het in staat adequaat Uniebrede politieke scheidslijnen tot uitdrukking te brengen. Het Hof acht dit gebrek structureel en benadrukt dat het Verdrag van Lissabon in die positie van het EP geen wezenlijke verandering brengt. Het onderstreept echter dat de democratische legitimatie in de Unie weliswaar gebrekkig is vanuit het perspectief van een nationale staat, maar mogelijk wel voldoende kan zijn voor het *Staatenverbund* waarvoor het de Unie nog altijd houdt. Een nadrukkelijker rol van het EP kan de legitimatie van dit *Staatenverbund* bovendien wel vergroten.

Uit zijn conclusie dat de Unie voor haar legitimatie afhankelijk is van de parlementen van de lidstaten, volgt volgens het Hof dat de positie van deze parlementen strikt moet worden gehandhaafd. Aan het beginsel van de begrensde bevoegdhedenoverdracht dient daarom streng te worden vastgehouden. De vereenvoudigde verdragswijzigingsprocedure die het Verdrag van Lissabon introduceert kan volgens het Hof echter door die constitutionele beugel. Duitsland dient met dergelijke wijzigingen nog altijd in te stemmen, en daarvoor is, volgens het eigen constitutionele recht, een wet vereist. De verdragswijzigingen betreffende de overgang van het vereiste van unanimité naar een (gekwaliceerd) meerderheidssysteem acht het wel problematisch. Alvorens de vertegenwoordiger van de Duitse regering in de Raad daarmee kan instemmen, dient deze daarvoor toestemming te krijgen van het Duitse parlement. Op de wetgever rust daarom de plicht om de flankerende wetgeving behorend bij de goedkeuringswet inzake het Verdrag van Lissabon in die zin aan te passen. Het Hof verklaart daarom deze toestemmingswet verenigbaar met het *Grundgesetz*, maar draagt de wetgever op om voor nieuwe flankerende wetgeving te zorgen.

4 HET LISSABON-URTEIL VOORBIJ: DE PREADVIEZEN

Het arrest van het Duitse Hof heeft reeds een veelheid aan pennen in beweging gezet.²⁸ Voor de bijdragen in deze bundel zijn drie onderwerpen met name van belang. Een eerste thema betreft de principiële gelding en voorrang van het Europese recht in de rechtsorde van de lidstaten. Het Duitse Hof blijft op het standpunt staan dat de Europese rechtsorde zijn legitimatie uiteindelijk ontleent aan het recht van de lidstaten. Het zoekt de normatieve grondslag voor deze rechtsorde daarom in de constituties van deze lidstaten, en dus kan het Europese recht daarmee niet in strijd zijn. Het Hof meent, plat gezegd, dat elke andere constructie een wezenlijke identiteitswissel zou inhouden van de Duitse staat en daartoe is de Duitse overheid als zodanig niet bevoegd. Waar het in rechtstheoretische termen op neer komt is de vraag of de *Grund-norm*, danwel de *ultimate rule of recognition* van het Duitse recht kan worden gewijzigd zonder tussenkomst van het 'volk'. Deze vaststelling heeft tot gevolg dat het Duitse overheidsverband voorlopig enkel kan meewerken aan, wat het Hof noemt, een *Staatenverbund*. Verdergaande Europese samenwerking zou constitutioneel onmogelijk zijn voor één van de belangrijkste Europese lidstaten. Een kwestie die bijvoorbeeld opduikt is of dit niet een buitengewoon grote politieke broek is die deze nationale rechter hier aantrekt. Is het wel aan een nationale rechter om het proces van Europese integratie zo vergaand te beïnvloeden? Is dat niet een zaak voor de gekozen politieke instellingen? Niet noodzakelijk, meent preadviseur Armin Cuyvers, en hierna proberen wij kort samen te vatten hoe hij tot die stelling komt.²⁹ De vraag rijst bovendien hoe de bevoegdheid van de Duitse constitutionele rechter om zich uit te laten over de status van het Europese recht vanuit het perspectief van de Europese rechtsorde moet worden gewaardeerd.³⁰ Hoe verhoudt het Lissabon-arrest zich tot de zich ontwikkelende Europese constitutionele theorie? En laat het Europese recht in het geheel geen rol toe voor nationale rechters om de werking van het Europese recht te nuanceren, of kunnen in de rechtspraak van het Hof van Justitie aanknopingspunten worden gevonden voor een beperkte vorm van toetsing van Europees recht aan fundamentele constitutionele normen van nationale origine? Op dat tweede thema, de voorrang van Europees recht in het licht van de Europese constitutionele theorie, wordt door de Groningse preadviseurs Wouter Hulstijn en Jan Willem van Rossem, en de Leidenaar Armin Cuyvers ingegaan. Een derde thema betreft de positie van het Europees Parlement.³¹ De motivering van het BVerfG dat het Europese

28 Vgl. Ph. Kiiver, 'Het Lissabon-Urteil van het Duitse Constitutionele Hof: Wat betekent het voor Nederland?', *NJB* 2009, p. 2112-2116; Ph. Kiiver, 'Het Duitse Lissabon-arrest: over democratie en parlementarisme in Europa en de lidstaten', *TvCR* 2010, p. 177-182. Zie voorts de voetnoten 4-6 van het preadvies van Hulstijn en Van Rossem.

29 Zie hierna § 4.1.

30 Zie hierna § 4.2.

31 Zie hierna § 4.3.

project voor wat betreft zijn legitimatie voorlopig afhankelijk is van het constitutionele systeem van de lidstaten, steunt in belangrijke mate op de aanname dat het Europees Parlement vooralsnog niet in staat is om als representant van een Europees volk op te treden. Zolang dat het geval is zou een onbegrensde bevoegdheid op Unieniveau leiden tot een schending van het recht op zelfbeschikking op nationaal niveau. Wat te denken van deze benadering van het Hof. Is het Europees Parlement te vergelijken met nationale parlementen? En hoe bruikbaar is de wijze waarop het Hof het concept (volks)sovereiniteit invult? De Leidse preadviseur Armin Cuyvers gaat op dit punt in debat met de Groningers Michiel Duchateau en Wouter Hulstijn. Wat volgt is een voorproefje van de thematiek die in de preadviezen wordt behandeld en een poging wat raakvlakken tussen de preadviezen te benoemen.

4.1 Het *Lissabon-Urteil* en de rol van de rechter

Waarop baseert het Duitse Hof de bevoegdheid om zich uit te laten over de geldigheid en de voorrang van het Europese recht in de Duitse rechtsorde? En is het wel zo verstandig als nationale rechter om het politieke proces zo ingrijpend te normeren, zoals het BVerfG dat hier doet? De insteek van het Hof is in wezen als volgt. De Duitse grondwet laat, zoals gezegd, een ongelimiteerde bevoegdhedenoverdracht niet toe. Wanneer Europese instellingen, het Hof van Justitie inclusief, dus bevoegdheden veronderstellen waartoe de Duitse wetgever – conform de rechtspraak van het BVerfG zelf, niet *kan* hebben gemachtigd, dan handelen die instellingen *ultra vires*. Aan elke rechter in de Unie, dus ook aan het BVerfG, komt de bevoegdheid toe deze onverbindendheid vast te stellen. Sterker nog: aangezien de Unie gegrondvest is op beginselen van subsidiariteit, attributie en pluralisme bewijst het BVerfG de Unie eigenlijk een dienst. In hun preadvies gaan Hulstijn en Van Rossem in op de vraag of de Duitse rechter zich hier niet te strijdbaar opstelt. Zij menen van niet: door zijn toetsingsbevoegdheid mede te doen steunen op beginselen van communautair recht stelt de Duitse rechter zich juist integratie-vriendelijk en pluralistisch op.

Niettemin wijst Cuyvers de redenering van het BVerfG in zijn preadvies af. Volgens hem schept de mogelijke onverbindendheid van een norm als zodanig nog niet de bevoegdheid om deze onverbindendheid vast te stellen. Als dat wel zo zou zijn, zo benadrukt hij, dan zouden andere Duitse rechters oordelen van het BVerfG waarmee zij het niet eens zijn ook naast zich neer kunnen leggen met het argument dat deze oordelen in hun ogen *ultra vires* zijn.³² Cuyvers raakt daarmee aan een gevoelig debat in de Duitse literatuur,

32 Daarbij dient wel opgemerkt te worden dat het BVerfG in een dergelijk geval het oordeel van de reguliere rechter kan casseren. Een situatie die anders ligt in het geval van de relatie tussen het Hof van Justitie en de nationale rechters.

namelijk omtrent de vraag of wetgeving wegens strijd met hoger recht van rechtswege nietig dan wel vernietigbaar is.³³ Het Hof zelf is steeds van de eerste opvatting uitgegaan, Cuyvers lijkt daarentegen de laatste opvatting te prefereren.³⁴

Dat Cuyvers de ultra-vires-redering van het BVerfG afwijst wil niet zeggen dat hij geen ruimte ziet voor de rechter op nationaal niveau. Hij meent juist dat er weinig alternatieven zijn zolang politici het thema van de voorrang van het Unierecht links laten liggen. Hij wijst dat aan de sterk juridische aard van de Unie. Een actieve rol van de rechter zou de politieke bemoeienis met dit thema kunnen stimuleren. Dit argument van Cuyvers sluit aan bij de meer dialogische benadering van het recht die in de inleiding reeds gesignaleerd werd. Een benadering waarbij rechter en parlement niet tegenover elkaar worden gezet maar worden beschouwd als organen die in samenspraak fungeren. Een benadering bovendien waarin de rechter zelfs hogelijk politieke kwesties niet zonder meer hoeft te mijden, maar juist het pad zou kunnen effenen voor een zinvol politiek debat. De vraag rijst of ook de Nederlandse rechter een dergelijke rol voor zich zou zien weggelegd. Zoals ook Cuyvers opmerkt stelt deze zich doorgaans bescheidener op. Niettemin acht hij enige bemoeienis van de Nederlandse rechter wel wenselijk.

4.2 Voorrangsregels in een pluralistische of veellagige rechtsorde

Als men de argumentatie op basis van *ultra vires* verwerpt, maar wel van mening is dat nationale rechters een rol te spelen hebben in het debat omtrent de Europese integratie, hoe legitimeert men dat dan? Teneinde een rol op te kunnen eisen worden nationale rechters gedwongen te postuleren dat nationaal recht *in ultimo* voorrang toekomt boven het recht van de Europese Unie. Om de noodzaak tot dat paardenmiddel weg te nemen, roept Cuyvers het Hof van Justitie op nationale hoogste rechters een beperkte bevoegdheid te gunnen het Unierecht incidenteel buiten beschouwing te laten. Hij pleit er in dat verband voor om de voorrang van het Unierecht niet als strikte regel op te vatten, maar als een beginsel dat moet kunnen worden afgewogen tegen andere, zwaarwegende constitutionele belangen. Ook hier lijkt het voorstel van Cuyvers exemplarisch voor de tijdgeest: het concept voorrang wordt ontdaan van zijn abstracte karakter en in een meer contextueel en rationeel licht gezet. Voorrang, met andere woorden, niet als doel op zich maar als middel tot een doel (de uniforme en effectieve toepassing van EG-recht) dat

33 Vgl. J. Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, Baden-Baden: Nomos 1980.

34 Vgl. BVerfG 23 oktober 1951, BVerfGE 1, 14 (*Südweststaat*). Zie recent: J.J.J. Sillen, *Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010, p. 142-144.

in uitzonderlijke gevallen moet kunnen wijken voor andere doelen.³⁵ De vraag dringt zich wel op welke criteria of gezichtspunten uiteindelijk beslissend zullen zijn voor de vraag of de voorrang van het communautaire recht doorbroken kan worden. Cuyvers laat zich over deze kwestie – in dit preadvies tenminste – vooralsnog niet uit. Maar wellicht dat hij op dit punt aansluiting zoekt met sommige constitutioneel pluralisten die op zoek zijn naar criteria die een ‘best fit’ waarborgen tussen de effectieve werking van het Unierecht en het coherente en rechtsstatelijke functioneren van de nationale rechtsorden. Het ‘*constitutionalism beyond the state*’ van Mattias Kumm is daarvan een voorbeeld.³⁶

Daarmee is de term ‘constitutioneel pluralisme’ gevallen. Hoe dialogisch en modern de voorstellen van Cuyvers ook aandoen, hij lijkt zich niet te beschouwen als pluralist. De verleiding is groot Cuyvers langs de meetlat van pluralisten en *multilevel* constitutionalisten te leggen die door Hulstijn en Van Rossem is opgesteld ten behoeve van het *Lissabon-Urteil*. Wie dit arrest in de context van de voortschrijdende Europese integratie wil beschouwen, staat immers voor de vraag hoe het zich verhoudt tot de jongste inzichten van de Europese constitutionele theorie. Op die vraag gaan Hulstijn en Van Rossem nader in.

Beide auteurs geven bovendien een overzicht van de belangrijkste verschillen en overeenkomsten tussen de diverse pluralistische concepten. Zo ontstaat een spectrum waarop de verschillende Europese constitutionele theorieën kunnen worden gerangschikt, al naar gelang de mate waarin het concept ‘soevereiniteit’ wordt omarmd danwel wordt afgewezen. Zij gaan vervolgens in op de vraag bij welke theorie het *Lissabon-Urteil* het best aansluit. Beide auteurs laten het arrest aanknopen bij het zogenaamde constitutioneel pluralisme. Anders dan in andere pluralistische theorieën worden nationale soevereiniteitsclaims daarin onafwendbaar beschouwd, maar wordt daarin de nadruk gelegd op conflictmijdend gedrag. Hulstijn en Van Rossem lokaliseren die conflictmijdende opstelling in de verwijzing van het BVerfG naar de *Europarechtsfreundlichkeit* van de Duitse grondwet, hoewel zij er op wijzen dat in de vriendelijkheid van de Duitse rechtsorde jegens Europa, ook een element van terechtwijzing besloten ligt. Het BVerfG legt *Europarechtsfreundlichkeit* uit als welwillendheid jegens een Europa dat *gekenmerkt wordt door pluralisme*. Steekt de Luxemburgse broer de grens van pluralisme over, dan grijpt Karlsruhe in.

35 Zie voor een verwant betoog inzake rationele interpretatie bijv. T.R.S. Allan, *Constitutional Justice*, Oxford: Oxford UP 2000, o.m. p. 231-232.

36 Vgl. Kumm 2005, *a.w.* voetnoot 3.

4.3 Soevereiniteit en Europees Parlement na het *Lissabon-Urteil*

Zoals gezegd steunt de opvatting van het BVerfG dat het Europese recht zijn legitimatie ontleent aan de democratische legitimatie van de nationale parlementen, in belangrijke mate op de gedachte dat het Europees Parlement niet in staat is om als representant van een Europees volk op te treden. Dat roept twee vragen op. Ten eerste, zoals preadviseurs Duchateau en Hulstijn het verwoorden, waartoe het EP *dán* op aarde is. En ten tweede of de aanname dat het EP niet als *de* representant van een Europees volk kan worden beschouwd, ook per definitie de conclusie rechtvaardigt dat de Unie zonder soevereine nationale staten niet democratisch kan zijn. Is, met andere woorden, de koppeling die het BVerfG veronderstelt tussen de concepten democratie, soevereiniteit en staat wel terecht?

De stellingname van het Duitse Hof is, onder meer in de Nederlandstalige literatuur, zwaar bekritiseerd.³⁷ Met name de opvatting van het Hof dat het EP geen evenredige afspiegeling is van het Europese volk, waardoor het beginsel *one (wo)man one vote* niet onverkort opgaat, heeft het moeten ontgelden. In hun preadvies betogen Duchateau en Hulstijn dat critici het Hof te zeer vastpinnen op dat beginsel. Volgens beide preadviseurs gebruikt het Hof de leus slechts om aan te geven dat het kiesrecht een grondrecht is dat onder meer garandeert dat elke stem even zwaar meetelt. Aan democratie als zodanig staat het beginsel echter niet gelijk en het BVerfG heeft dan ook niet willen beweren, aldus beide auteurs. Dat betekent niet dat Duchateau en Hulstijn bij deze stellingname van het Hof geen kanttekeningen plaatsen. Zo plaatsen beide auteurs vraagtekens bij 's Hof's veronderstelling dat het EP 'gedragen' wordt, niet door de Unieburgers of de volkeren van de Unie, maar door de volkeren van de lidstaten. Anders dan het Hof gaan beide preadviseurs er bovendien vanuit dat het EP gedragen wordt door de volkeren van de Unie en niet die van de lidstaten.

Ondanks deze kanttekening delen Duchateau en Hulstijn wel het uitgangspunt van het BVerfG dat volkssoevereiniteit als leidend principe centraal staat bij de werking van het Europese recht. Cuyvers doet dat niet. Volgens hem miskent het Hof het verschil tussen de *interne* soevereiniteit, die bij het volk ligt, en de *externe* soevereiniteit die bij de staat ligt. De toedeling van bevoegdheden heeft, aldus Cuyvers, uitsluitend betrekking op de interne soevereiniteit. Het is het volk dat bevoegdheden schept en toebedeelt aan de staat. Nu de staat als enige begunstigde van overheidsgezag eeuwenlang het monopolie op die bevoegdheden had, vielen volk en staat op het eerste gezicht samen. Het Europese project laat volgens Cuyvers echter zien dat het ook anders kan. Dat biedt het soevereine volk de mogelijkheid om meerdere overheden in te schakelen die elkaar kunnen beconcurreren en controleren. Vanuit democratisch

³⁷ O.m. door Kiiver (2010), *a.w.* noot 28.

oogpunt is daarmee een afkalvende rol van de nationale staat niet per definitie problematisch.

5 TOT SLOT: EEN INLEIDEND UITGELEIDE

Wie spreekt over de toekomst van Europa spreekt tegenwoordig in één adem over de toekomst van Nederland en daarmee het Nederlandse staatsrecht. Die toekomst is de afgelopen jaren verschillende malen ter discussie gesteld, onder meer door Scheltema.³⁸ Zij was bovendien het centrale thema van de eerste Jonge Staatsrechtstag, in 2009 gehouden te Tilburg. Hoewel de preadviezen dit jaar als zodanig betrekking hebben op het *Lissabon-Urteil* en de Europese integratie, illustreren zij tegelijkertijd een ontwikkeling in de wijze van staatsrechtbeoefening in het algemeen. Jonge onderzoekers staan in toenemende mate op de schouders van hen die het recht niet meer zuiver in termen van hiërarchie bezien. Daarmee neemt de aandacht voor de overtuigingskracht van het recht en de institutionele capaciteiten van de organen die rechtsregels scheppen, respectievelijk toepassen, aanzienlijk toe. De hierna opgenomen preadviezen getuigen zoals gezegd van het toegenomen belang van deze nieuwe insteek zonder haar noodzakelijkerwijs te omarmen. Hulstijn en Van Rossem bezagen bijvoorbeeld in hoeverre het *Lissabon-Urteil* past in deze pluralistische wijze van denken. Cuyvers lijkt zich in zijn preadvies niet te beschouwen als pluralist maar zijn benadering heeft met het pluralisme gemeen dat hij op zoek lijkt naar een 'best fit' tussen de Europese rechtsorde en de nationale constitutionele stelsels. Zowel de wijze waarop hij het concept voorrang benadert, als de manier waarop hij de verhouding tussen rechter en wetgever benadert, getuigt daarvan. Een dergelijke benadering schemert ook door bij Duchateau en Hulstijn wanneer zij vaststellen dat het EP het Europese recht uit naam van verschillende volkeren tegelijkertijd kan legitimeren zonder dat hierdoor één Europees volk ontstaat. In de Europese rechtsorde wordt pluralisme, zo kan de conclusie hier zijn, bijna onwillekeurig omarmd. Pluralisme is dan ook niet alléén een kwestie van pragmatisme maar óók, of misschien wel juist, een kwestie van principe.

38 Zie o.m. M. Scheltema, 'Staatsrecht zonder Staat', *NJB* 2006, p. 192-196.

II | PREADVIEZEN EN REFERENTENCOMMENTAAR

2 | Het *Lissabon-Urteil*: pluralisme op Duitse voorwaarden

Wouter Hulstijn & Jan Willen van Rossem

1 INLEIDING

Evenals begin jaren negentig gebeurde, werd het Duitse Constitutionele Hof, het *Bundesverfassungsgericht*, in 2008 door enkele parlementariërs gevraagd zich uit te spreken over de grondwettigheid van een kort daarvoor opgesteld Europees verdrag. Stond in 1992 de rechtmatigheid van het Verdrag van Maastricht ter discussie, ditmaal was het de opvolger van de Europese Grondwet, het Verdrag van Lissabon, waar twijfels over bestonden.¹ Feitelijk zag het Duitse Hof zich met dezelfde vraag geconfronteerd als in 1992 het geval was: laat het *Grundgesetz* wel toe dat de Duitse politieke organen op zo'n grote schaal bevoegdheden overhevelen naar het niveau van de Europese Unie (EU)?

Tot opluchting van velen oordeelde het Hof, net als zestien jaar geleden, dat het nieuwe Verdrag voor de Bondsrepubliek geen onoverkomelijke obstakels opwerpt. De enige horde die moest worden genomen, vormde de verplichting aan het adres van Bondsdag en Bondsraad om de wet op onderdelen zo te wijzigen dat hun betrokkenheid bij bepaalde procedures beter wordt gewaarborgd.² In de kern zag Karlsruhe echter geen grondwettelijke problemen in deelname van Duitsland aan deze nieuwe fase van het Europese eenwordingsproces.

Het *Lissabon-Urteil* is in meerdere opzichten een reprise van het eerder gewezen *Maastricht-Urteil*. Net als in *Maastricht* koppelt het Hof zijn goedkeuring aan deelname van Duitsland aan deze nieuwe stap in het Europese eenwordingsproces aan een benadering die sterk hecht aan behoud van de eigen soevereiniteit en identiteit. Daarnaast plaatst het deze keer wederom kanttekeningen bij het democratische gehalte van de EU. Tegelijkertijd springen ook een aantal opvallende verschillen tussen beide uitspraken in het oog. Zo geeft het Hof zich in *Lissabon* meer rekenschap van het feit dat het *Grundgesetz*

1 BVerfGE 89, 155 (1993) Maastricht; BVerfGE, 2 BvE 2/08 van 30 juni 2009, *Lissabon*.

2 In concrete zin oordeelde het Duitse Hof in Lissabon dat het *Grundgesetz* werd geschonden door drie wetten die de omzetting van het VvL begeleidden. Volgens het Hof schoten deze wetten tekort in het vormgeven van de participatiebevoegdheid van de Duitse wetgever bij een aantal procedures waarbij de Europese instellingen besluitvormingsprocedures kunnen veranderen en bevoegdheden kunnen uitbreiden zonder dat de normale verdragswijzigingsprocedure hoeft te worden gevolgd, met name de zogenaamde passerelle-bepaling (art. 48 lid 7 VEU).

ook een positieve verplichting inhoudt om mee te werken aan het integratieproces. Opmerkelijk is verder dat Karlsruhe in zijn meest recente beslissing duidelijke piketpaaltjes slaat welke beleidsterreinen van bijzonder belang zijn voor de eigen identiteit.

Een ander punt waarin het *Lissabon-Urteil* afwijkt van het *Maastricht-Urteil* is het klimaat waarin de uitspraak wordt gedaan. Het *Maastricht-Urteil* werd uitgesproken toen het constitutionele debat over de EU nog slechts in embryonale fase verkeerde. Het *Lissabon-Urteil* daarentegen komt op een moment dat het constitutionele karakter van de Unie en haar relatie tot de lidstaten veelvuldig onderwerp van discussie is. Je zou zelfs kunnen betogen dat de EU in het bezit is gekomen van een eigen constitutioneel narratief. Veelgebruikte gemeenschappelijke noemer van dit narratief is het concept pluralisme. Deze theorie, waarvan verschillende stromingen zijn te onderscheiden, houdt kort gezegd in dat een perspectief dat enkel oog heeft voor ofwel de Europese ofwel de nationale kant van de zaak, de complexe aard van de Europese rechtsorde niet langer kan verklaren.

Dit preadvies onderzoekt de vraag hoe de *Lissabon*-uitspraak zich verhoudt tot de theorievorming die na het *Maastricht-Urteil* is ontstaan. Een dergelijk onderzoek lijkt om twee redenen relevant. Allereerst is interessant om te bekijken in hoeverre het Hof zich wat heeft aangetrokken van het debat dat, mede door zijn eigen optreden, op gang is gekomen. Belangrijke aanleiding voor het ontstaan van dit debat vormde namelijk het *Maastricht-Urteil*. In de tweede plaats kan worden gewezen op het feit dat de integratie-rechtspraak van het Hof grote invloed uitoefent op de constitutionele jurisprudentie in andere lidstaten en ook in Luxemburg wordt opgemerkt.³ Het belang van *Lissabon* blijft dus niet beperkt tot Duitsland, maar reikt tot over de landsgrenzen.

Om de gestelde vraag te beantwoorden wordt in de hiernavolgende paragraaf eerst tekst en uitleg gegeven over drie belangrijke punten die in de *Lissabon*-uitspraak naar voren komen: het reeds beproefde standpunt van het Duitse Hof over het principe van volkssoevereiniteit, zijn nieuwe focus op het beginsel van *Europarechtsfreundlichkeit* en, ook nieuw, zijn vermeende poging om een 'Staatsaufgabenlehre' te vormen. In paragraaf drie wordt vervolgens uitvoeriger nagegaan wat precies met pluralisme wordt bedoeld en welke aftakkingen binnen deze hoofdstroming kunnen worden onderscheiden. Paragraaf vier tot slot geeft een analyse van de vraag hoe de geïdentificeerde thema's in *Lissabon* zich verhouden tot de pluralistische theorievorming over de EU.

3 Zie over deze invloed Julio Baquero Cruz, 'The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement', 14 *European Law Journal* (2008) 389, p. 397-403.

2 HET LISSABON-URTEIL

Het *Bundesverfassungsgericht* heeft voor zijn *Lissabon-Urteil* in binnen- en buitenland veel kritiek te verduren gekregen.⁴ Ook in Nederland werd het oordeel niet onverdeeld positief ontvangen. Felle kritiek werd onder andere door de Amsterdamse hoogleraar Tom Eijsbouts geuit. Eijsbouts hield in het *Financieele Dagblad* zijn publiek voor dat wie goed luisterde, in de uitspraak van het Hof echo's van het motto 'Ein Land, ein Volk, ein Richter' kon horen.⁵ Meer recent is door Nijmegenaar Henri de Waele een duit in het zakje gedaan. In een artikel met de titel 'Karlsruhe über Alles' uit de Waele scherpe kritiek op het Duitse Constitutionele Hof omdat dit in de *Lissabon*-uitspraak 'twee sporen berijdt'.⁶ Hiermee doelt hij op het feit dat het Hof aan de ene kant, ogenschijnlijk met open vizier, in *Lissabon* onderzoekt of de EU op dit moment voldoet aan de eisen van het Duitse grondwettelijke *Demokratieprinzip*, terwijl het aan de andere kant deze notie zo omschrijft dat het niet in de Unie kan worden vervuld omdat daarvoor de noodzakelijke voorwaarden, zoals soevereiniteit en staatsvolk, ontbreken.

Het is de vraag of deze kritiek recht doet aan de doelstellingen van het Hof. Hoewel de volgorde waarin het Hof deze vragen behandelt misschien niet echt handig is, kan zijn benadering in *Lissabon* ook worden opgevat als een oprechte uiting van de wens om de Duitse rechtsorde en die van de Europese Unie zoveel mogelijk op elkaar te laten aansluiten. Het probleem waar de Duitse rechter in dit verband mee zit, is dat hij zich niet kan begeven buiten de grenzen die het *Grundgesetz* hem stelt. Aan dit document is hij namelijk in laatste instantie trouw verschuldigd. Deze loyaliteitsverplichting heeft ook gevolgen voor de mate waarin het Constitutionele Hof zich in staat acht mee te werken aan de verwezenlijking van het *Demokratieprinzip* buiten Duitsland. Dat aan deze medewerking een plafond zit, hoeft dus niet *per se* te duiden op kwade wil.

Uit het voorgaande blijkt al dat het voor een goed begrip van het *Lissabon-Urteil* van groot belang is de betekenis van het *Demokratieprinzip* voor de Duitse rechtsorde te begrijpen. Deze notie, die een onlosmakelijk onderdeel van het

4 Zie e.g. Christian Tomuschat, 'The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon', 10 *German Law Journal* (2009) 1259; Roland Bieber, 'Comments on the German Constitutional Court's Decision. 'An Association of Sovereign States'', 5 *European Constitutional Law Review* (2009) 391. Zie verder over het *Lissabon-Urteil* e.g. Dieter Grimm, 'Comments on the German Constitutional Court's Decision on the Lisbon Treaty. Defending Sovereign Statehood against Transforming the European Union into a State', 5 *European Constitutional Law Review* (2009) 353; Daniel Thym, 'In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon Judgment of the German Constitutional Court', 46 *Common Market Law Review* (2009) 1795.

5 Tom Eijsbouts, 'Ein Land, ein Volk, ein Richter', *Het Financieele Dagblad* (3 juli 2009), p. 7.

6 H.C.F.J.A. de Waele, 'Karlsruhe über Alles'. Europese integratie, constitutionele toetsing en democratie volgens het Duitse *Bundesverfassungsgericht*, *RM Themis* 2010, p. 3.

Grundgesetz vormt, is de kurk waarop de beslissing drijft. Het *Demokratieprinzip*, zo wordt duidelijk bij lezing van de *Lissabon*-uitspraak, is geen inhoudsloze formule, maar heeft in het Duitse staatsrecht daadwerkelijke materiële betekenis.⁷ De binnenste kern van het beginsel wordt gevormd door het leerstuk van volkssoevereiniteit. Deze notie is, samen met andere fundamenteën waarop de Bondsrepubliek rust, te vinden in artikel 20 GG⁸ en kan via artikel 38 GG, dat het kiesrecht regelt, voor het Hof worden ingeroepen. Ten aanzien van de vraag wat volkssoevereiniteit nu precies betekent, wordt uit het *Lissabon-Urteil* duidelijk dat zij in ieder geval verband houdt met 'Staatlichkeit'; iets wat de Bondsrepubliek bezit, maar de Europese Unie niet. In combinatie geven deze begrippen weer dat het al het geldend recht in Duitsland rust op de Duitse constitutionele orde. Aan de basis van deze orde, zo valt voorts uit *Lissabon* op te maken, staat het Duitse volk, dat, samengesteld uit burgers, auteur is van het recht dat hem bindt.⁹ Soevereiniteit, is de slotsom, komt dus neer op zelfbinding en zelfbeschikking. In de woorden van het Hof zelf: 'die Bürger sind (...) keine politische Gewalt unterworfen, der sie nicht ausweichen können und die sie nicht prinzipiell personell und sachlich zu gleichem Anteil in Freiheit zu bestimmen vermögen'¹⁰

Deze grondwettelijke interpretatie van het begrip democratie, en in het bijzonder soevereiniteit, heeft gevolgen voor het Europese integratieproces. In de eerste plaats wordt hierdoor relevant of op het niveau van de Unie voldoende democratie bestaat. Omdat de EU soevereine bevoegdheden uitoefent waarmee burgers verplichtingen worden opgelegd, kan het volgens het Hof niet 'ohne Bedeutung sein, ob die auf europäischer Ebene ausgeübte Hoheitsgewalt auch demokratisch legitimiert ist.'¹¹ In de tweede plaats heeft deze opvatting betekenis voor de vraag hoever de Duitse politieke organen mogen gaan in het overdragen van bevoegdheden aan de Unie. Als democratie in de kern betekent dat een volk auteur moet zijn van het recht dat hem bindt, lijkt het noodzakelijk dat dit volk enige zeggenschap behoudt over de wijze waarop in de EU besluitvorming plaatsvindt. In een Europa dat zich – zowel via het Europees Parlement als via de Raad – steeds democratischer organiseert, is dit echter geen garantie. Resultaat: een dilemma dat niet gemakkelijk op te lossen is. Want hoe voorkom je dat democratie die er op supranationaal niveau bijkomt niet tegelijkertijd wegvloeit op nationaal niveau? Sterker nog, hoe garandeer je dat de supranationale democratie gelijkwaardig is aan de nationale democratie?

7 Lissabon, r.o. 247. Een voorlopige Engelse vertaling van het *Lissabon-Urteil* is gepubliceerd op de website van het *Bundesverfassungsgericht*: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html>

8 Art. 20 lid 2 GG luidt: 'Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus.'

9 Lissabon, r.o. 216.

10 Ibid., r.o. 212.

11 Lissabon, r.o. 177; 215.

Voortbouwend op zijn *Maastricht*-uitspraak lost het Hof deze puzzel in *Lissabon* op door het primaat bij de Duitse staat te leggen. Weliswaar juicht de Duitse rechter toe dat de Unie meer en meer op een democratie begint te lijken, ankerpunt voor hem blijft uiteindelijk de eigen grondwettelijke orde. En deze orde schrijft volgens Karlsruhe voor dat niet te marchanderen valt met het feit dat, zolang zij van kracht is, in het democratische proces een betekenisvolle rol moet zijn weggelegd voor de Bondsdag, de belangrijkste representant van het Duitse volk. Dit vereiste heeft twee consequenties: enerzijds betekent het dat de Bondsdag op een bepaalde manier betrokken moet blijven bij besluitvorming in de EU – iets dat tot uiting komt in het concrete *dictum* in de *Lissabon*-uitspraak. Anderzijds betekent het dat de Bondsdag noch de grondwetherzienende organen van de Bondsrepubliek bevoegdheden aan de Unie mogen overdragen als dit resulteert in de verkrijging van *Kompetenz-Kompetenz* door de EU of als hierdoor de grondwettelijke identiteit van Duitsland in het geding komt.¹²

Meer in detail hanteert het *Bundesverfassungsgericht* voor dit argument de volgende redenering: het Duitse volk heeft zichzelf een Grondwet gegeven, waarin het organen belast heeft met wetgeving, bestuur en rechtspraak. Deze organen oefenen bevoegdheden uit voor zover de Grondwet deze heeft verleend. Tot deze bevoegdheden behoort het veranderen van de Grondwet, maar de Grondwet, zo is neergelegd in artikel 79 lid 3 GG, bevat een aantal onveranderbare bepalingen. Onder deze bepalingen is artikel 20 GG. Alleen de grondwetgever, dat is het Duitse volk, kan deze bepalingen wijzigen. De grondwetherziener, dat is het amalgaam van politieke organen dat onder normale omstandigheden bevoegd is het *Grundgesetz* aan te passen, moet blijven binnen de grenzen die hem gesteld zijn door de grondwetgever. Dus zelfs al zou de Duitse politiek willen meewerken aan een zodanige overheveling van bevoegdheden aan de EU dat in Duitsland zelf feitelijk niets meer overblijft, dan is zij daartoe in de ogen van het Hof niet bevoegd. De enige die de Unie tot staat kan verheffen, zo wordt duidelijk in het *Lissabon-Urteil*, is de soeverein, het Duitse volk.¹³

12 *Kompetenz-Kompetenz* betreft de bevoegdheid om te beslissen wie er mag beslissen. Zie *ibid.*, r.o. 233.

13 Dit standpunt van het Hof is niet onomstreden. Het rust namelijk op de premisse dat art. 79 lid 3 GG, de zogenaamde *Ewigkeitsklausel*, zo moet worden uitgelegd dat alleen een beslissing van het Duitse volk als *pouvoir constituant* om de huidige Grondwettelijke ordening opzij te zetten de weg kan vrijmaken voor Europese staatsvorming. Een dergelijke zienswijze wordt echter niet door iedereen onderschreven. Met name de veronderstelling dat art. 79 lid 3 jo. art. 20 GG voorschrijft dat democratie alleen kan worden gerealiseerd binnen het raamwerk van de natiestaat is voor discussie vatbaar. De bepaling is destijds in het *Grundgesetz* opgenomen met de ervaring van 1933 in het achterhoofd. Zij tracht, zo kan worden betoogd, vooral te voorkomen dat een democratisch Duitsland wordt omgevormd tot een dictatuur. Of zij ook uitsluit dat Duitsland kan opgaan in een *democratische* Europese staat, is echter een ander verhaal. Hoe het ook zij, zelfs al zou het mogelijk zijn om de EU binnen de grenzen van het *Grundgesetz* tot staat te verheffen, dan nog lijkt het

Dit alles betekent niet dat het Constitutionele Hof, of meer in het algemeen de Duitse grondwettelijke orde, het proces van Europese integratie vijandig gezind is. Integendeel, zoals Karlsruhe in *Lissabon* niet nalaat te benadrukken, bevat het *Grundgesetz* zelfs meerdere aanwijzingen die duiden op een open houding jegens de EU. Dit begint in de preambule van de Duitse Grondwet. Deze drukt uit dat het Duitse volk zich bij zijn daad van grondwetgeving in 1949 heeft laten inspireren door de wens om 'als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa' de wereldvrede te dienen. Artikel 23 GG, dat naar aanleiding van het Verdrag van Maastricht in 1992 werd ingevoegd, vormt een concretisering van deze wens en regelt dat de Bondsrepubliek, met het oog op zo'n 'vereintes Europa', zal meewerken aan de ontwikkeling van een Europese Unie die democratisch, rechtstatelijk, sociaal en federaal is alsmede grondrechten beschermt. Met deze bepalingen is volgens het Hof gebroken met een machiavellistische en zelfverheerlijkende opvatting van soevereiniteit en teruggekeerd naar de opvatting dat soevereiniteit 'völkerrechtlich geordnete und gebundene Freiheit' is.¹⁴

Het Hof stelt verder in *Lissabon* vast dat de Grondwet de wetgever veel ruimte biedt om in het kader van Europese integratie bevoegdheden aan de Unie over te dragen. Ook beklemtoont het dat het *Grundgesetz* niet zegt welke vorm de Europese integratie uiteindelijk moet krijgen. Wel verhindert de Grondwet volgens Karlsruhe zoals gezegd dat de overdracht van bevoegdheden aan de EU de 'begrenzte Einzelmächtigung' te boven gaat en daardoor de 'souveräne Verfassungsstaatlichkeit' en 'verfassungsrechtliche Identität' aantast.¹⁵ Meewerken aan Europese integratie mag niet buiten de grenzen van de Grondwet en ten koste van de eigen identiteit gebeuren. Artikel 79 lid 3 GG schept een 'Mindeststandard' die ook niet overschreden kan worden in het kader van bovenstatelijke samenwerking op grond van artikel 23 GG.¹⁶ Als hoeder van het *Grundgesetz* beschouwt het Hof zich als aangewezen instantie om na te gaan in hoeverre Europese integratie aan deze voorwaarden voldoet. Hiermee verschaft het zichzelf veel ruimte. De vermeende dubbelhartigheid van het Hof is, in zijn eigen redering, echter een logische consequentie van het *Grundgesetz*.

Het principe dat de open houding van Duitsland ten opzichte van de EU belichaamt, noemt het Hof in het *Lissabon-Urteil Europarechtsfreundlichkeit*. In tegenstelling tot het *Demokratieprinzip*, doet dit beginsel zijn intrede in *Lissabon*. *Europarechtsfreundlichkeit* en *Demokratieprinzip* zijn geen tegengestelde rechten, zo betoogt Karlsruhe, maar volgen beide tegelijk uit de preambule

noodzakelijk dat daar via een referendum een expliciete beslissing van het volk aan ten grondslag ligt. Vgl. Grimm 2009, p. 367-368.

14 *Lissabon*, r.o. 224.

15 *Ibid.*, r.o. 226. Het Verdrag van Lissabon bevat zelf ook waarborgen tegen de aantasting van de nationale identiteit die ligt besloten in de politieke en constitutionele basisstructuren van de lidstaten (art. 4 lid 2 VEU).

16 *Lissabon*, r.o. 230.

en uit artikel 23 GG.¹⁷ Dat het *Grundgesetz Europarechtsfreundlich* is, betekent dat het 'die deutsche Verfassungsorganen, (...) nicht in ihrem politischen Belieben steht, sich an der europäischen Integration zu beteiligen oder nicht.'¹⁸ Sterker nog:

'Das Grundgesetz will eine Europäische Integration [!] und eine internationale Friedensordnung: Es gilt deshalb nicht nur der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit, sondern auch der Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit.'¹⁹

De bewering dat 'Karlsruhe über Alles is', moet daarom worden genuanceerd.²⁰

Maar, *europarechtsfreundlich* betekent niet dat het *Bundesverfassungsgericht* de claim van het Hof van Justitie onderschrijft dat het recht van de Europese Unie uit eigen kracht gelding heeft in de lidstaten.²¹ De autonomie van het Europees recht is een 'sachlich begrenzte überstaatliche Autonomie.'²² *Sachlich begrenzt* betekent dat een aantal beleidsterreinen of 'sferen' van de Duitse samenleving door Europese regelgeving onberoerd moeten blijven, of dat tenminste materiële en formele zeggenschap in beslissende omvang bij de Duitse Verfassungsorganen blijven.²³ Het 'codewoord' in dit verband is *Selbstgestaltungsfähigkeit* of *demokratische Selbstbestimmung*.²⁴ Het *Bundesverfassungsgericht* geeft zelf een overzicht van de *Staatsaufgaben* ten aanzien waarvan de Bondsrepubliek in staat moet blijven zelfstandig beleid te maken en te implementeren. Het Hof noemt vijf terreinen die 'besonders sensibel' zijn, maar terwijl het Hof deze vijf terreinen afbakt, benadrukt het nadrukkelijk dat dit niet betekent dat op deze terreinen de Europese Unie geen activiteiten mag ontplooien of de Bondsrepubliek geen bevoegdheden mag overdragen.²⁵

17 Ibid., r.o. 251 en 255.

18 Lissabon, r.o. 225.

19 Idem.

20 Vgl. de samenvatting van de relevante jurisprudentie van het Hof in: Grimm 2009, p. 353-358.

21 Lissabon, r.o. 343: Het recht van de Europese Unie heeft gelding in de Bondsrepubliek voor zover een 'Zustimmungsgesetz' hiertoe een 'Rechtsanwendungsbefehl' geeft. Een dergelijke wet is de noodzakelijke grondslag voor de gelding van Unierecht in Duitsland en schept tegelijk de grenzen waarbinnen Unierecht gelding toekomt. Dus zelfs als in de toekomst voorrang van Unierecht in de Verdragen zou worden opgenomen, zou dit geen 'steekhoudend argument' opleveren voor de stelling dat hiermee soevereine statelijkheid of de constitutionele identiteit wordt opgegeven. Het *Bundesverfassungsgericht* behoudt zich ook het recht voor zelf te controleren of het Unierecht, zoals dat op grond van een toestemmingswet gelding heeft in Duitsland, binnen de grenzen van de 'Einzelermächtigung' en Verdragstaken van de Unie blijft: Ibid., r.o. 278, 298, 334, 338, passim.

22 Ibid., r.o. 231.

23 Ibid., r.o. 253.

24 Ibid., r.o. 260: 'Demokratische Selbstbestimmung erfordert hier, dass die jeweilige durch solche Traditionen und Überzeugungen verbundene politische Gemeinschaft das Subjekt demokratischer Legitimation bleibt.'

25 Ibid., r.o. 252, 259.

Bovendien eist het Hof niet dat het *Demokratieprinzip* zoals het *Grundgesetz* dat voor Duitsland voorschrijft op dezelfde wijze in de Europese Unie wordt verwezenlijkt. Of anders gezegd, het democratiebeginsel zoals dat in Duitsland geldt, geldt niet ten aanzien van de Europese Unie omdat het geen staat is en geen volk heeft. Maar dit betekent niet dat een democratisch Europa niet belangrijk is.²⁶ Naarmate de instellingen van de Europese Unie zelfstandiger worden en wat bevoegdheden betreft een 'staatsanaloges Niveau' bereiken, moet de democratische legitimiteit meegroeien.²⁷ Immers, onder deze voorwaarde (artikel 23 GG) is de Bondsrepubliek lid van de Europese Unie. Tegelijkertijd legt deze voorwaarde Duitsland ook de dure plicht op een eventueel 'Missverhältnis' tussen macht, bevoegdheden en legitimiteit helpen te herstellen of, in het uiterste geval, 'sogar' niet verder mee te werken in de Europese Unie. Waar een gebod om niet verder mee te werken precies op uitdraait, zegt het Hof overigens niet met zoveel woorden. In theorie is uittreding in zo'n geval een mogelijkheid; een recht dat formeel door het Verdrag van Lissabon wordt gevestigd, maar door de Duitse rechter op basis van zijn soevereiniteitsleer al langer werd geclaimd.²⁸ Conform het principe van *Europarechtsfreundlichkeit* lijkt echter een aannemelijkere interpretatie te zijn dat het Hof in een dergelijke situatie een 'politiek van de lege stoel' voorstaat.²⁹

3 EUROPESE CONSTITUTIONELE THEORIE

'How the True World Became a Fable.' Zo begint het vaak aangehaalde artikel van Julio Baquero Cruz over de bruuske wijze waarop de overzichtelijke wereld van veel juristen Europees recht wankelde toen het *Bundesverfassungs-*

26 Ibid., r.o. 266-267, 271-272, 276, 278 (maar uiteraard hanteert het Hof 'verfassungsstaatliche Erfordernisse' (ibid., r.o. 280; 289), het moet immers de Grondwet uitleggen). Ibid., r.o. 263 is feitelijk niet meer dan een oproep aan het Duitse volk altijd te kiezen voor democratie, immers dat het Hof stelt dat na 'eine freie Entscheidung des Volkes jenseits [!] der gegenwärtigen Geltungskraft des Grundgesetzes (...) demokratische Anforderungen auf einem Niveau eingehalten werden [müssten], das den Anforderungen an die demokratische Legitimation eines staatlich organisierten Herrschaftsverbandes vollständig entspräche', is niet meer dan een appel, omdat op het moment van die Beslissing het *Bundesverfassungsgericht* en zijn arresten hun grondwettelijke positie en hun rechtskracht hebben verloren. Vgl. Thym, 'Lisbon Decision', *CMLR* 2009, p. 1803, noot 44, die hier een positief recht uit afleidt.

27 Lissabon, r.o. 264. Maar het Verdrag van Lissabon 'führt nicht auf eine neue Entwicklungsstufe der Demokratie.' (Ibid., r.o. 295.)

28 Ibid., r.o. 329-330.

29 Ibid., r.o. 264. Ook de interpretatie van de Verdragsbepalingen op het terrein van justitiële samenwerking, die volgens het Hof alleen bij extensieve interpretatie niet te rijmen zouden zijn met de soevereiniteit van de lidstaten, pleit voor de stelling dat het Hof de Europese gedachte is toegedaan (Ibid., r.o. 361 e.v.). Het Hof bestrijdt ook de aantijging ('Vorwurf') dat het Europees integratieproces economische belangen vooropstelt ten koste van sociaal beleid (ibid., r.o. 394 e.v.).

gericht in oktober 1993 naar buiten kwam met zijn *Maastricht-Urteil*.³⁰ Voordat deze uitspraak werd gedaan leek er voor hen weinig reden om te twijfelen aan de op integratie gerichte, communautaire logica die lag besloten in de serie constitutionele arresten van het Europese Hof van Justitie (HvJ) waarmee in 1962, met de zaak *Van Gend&Loos*, een – achteraf – spectaculair begin was gemaakt.³¹ De paar afwijkende geluiden die voor die tijd uit de mond van nationale rechters waren gehoord werden meer als geïsoleerde bedrijfsongelukjes of als goedbedoelde correcties gezien dan als een serieuze bedreiging voor het constitutionele narratief van het Europese Hof.³² Na de publicatie van het lijvige *Maastricht-Urteil* bleek deze zonnige visie echter niet meer onomstreden. Juristen zagen zich nu gesteld voor twee waarheden; naast het op autonomie van de EG/EU gebaseerde narratief van het HvJ, het oorsprongsverhaal van Karlsruhe dat de grondslag voor de gelding van Europees recht stevig in de boezem van het nationale constitutionele recht neerlegde. Een impasse waar ogenschijnlijk niet uit te komen viel.

Toch leek zich halverwege de jaren negentig voorzichtig een conceptuele oplossing aan te dienen. Deze oplossing, die vooral na het echec van de Europese Grondwet veel wind in de zeilen kreeg, werd voorzien van het etiket pluralisme. Kern van dit pluralisme vormt de premisse dat de relatie tussen de EU en haar lidstaten zich niet laat duiden in termen van hiërarchie. Van aanhangers van de etatistische school wordt verwacht dat zij het statische, binaire denkschema ‘staat-internationale organisatie’ laten varen; van aanhangers van de Europese school dat zij zich niet blindstaren op de autonomie- en voorrangscclaim van het Europese Hof, feitelijk een variant op voornoemd denkschema. In plaats hiervan bieden pluralisten een benadering die uitgaat van de gelijkheid en verwevenheid van het statelijke en supranationale overheidsniveau. Enigszins paradoxaal vormde zodoende een uitspraak die zelf stevig was verankerd in hiërarchisch denken het begin van een theorievorming die de alfa en de omega van de traditionele rechtstheorie dat elke norm herleidbaar moet zijn tot een ‘hoogste’ norm ter discussie stelt en probeert te vervangen door een nieuwe benadering van de relatie tussen rechtsplichten.

De eerste commentator die de multi-inzetbare notie pluralisme op een specifiek Europese leest schoeide, was de Brit Neil MacCormick.³³ Volgens

30 Baquero Cruz 2008, p. 389.

31 Zaak 26/62, *Van Gend & Loos* [1963] ECR 3. Zie verder Zaak 6/64, *Costa v. ENEL* [1964] ECR 1203; Zaak 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125; Zaak 106/77, *Simmmenthal II* [1978] ECR 629; Zaak 294/83, *Les Verts* [1986] ECR 1339; *Advies 1/91 (EER)* [1991] ECR I-6079.

32 Zie voor een kort overzicht van Duitse, Italiaanse en Franse rechtspraak: Paul Craig en Gráinne de Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford: OUP 2007, p. 353-365.

33 Neil MacCormick, ‘The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now’, 2 *European Law Journal* (1995) 259. Zie verder van MacCormick: ‘Beyond the Sovereign State’, 56 *Modern Law Review* (1993) 1; *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth* (Oxford University Press, Oxford 1999).

MacCormick bewees het *Maastricht-Urteil* dat zich in de Europese constitutionele ruimte een *status quo* had gevormd van rechtsordes die elkaar weliswaar overlappen, maar tegelijkertijd ten opzichte van elkaar autonoom en zelf-referentieel zijn gebleven. Dit heeft tot gevolg dat bij de beantwoording van de vraag of een gegeven Europese of nationale norm in een gegeven situatie geldig en toepasselijk is telkens meerdere wegen begaanbaar zijn. Of en waarom zulks het geval is, hangt af van het perspectief waarvoor wordt gekozen: het Europese dan wel het nationale. Uit MacCormicks eerste aanzet tot een pluralistische visie op het samenstel van communautaire en statelijke rechtsordes vloeide in de jaren die hierop volgden meerdere varianten voort. Allemaal probeerden deze een passend antwoord te geven op de conceptuele vragen en uitdagingen die sinds *Maastricht* van belang zijn geworden. Hoe zit het in een pluralistische ordening bijvoorbeeld met het binnen de jurisprudentie van het HvJ zo belangrijke principe van rechtseenheid? Wordt dat geheel overboord gegooid of is er binnen een pluralistische visie ruimte voor een normatieve stelregel die dat beginsel nog enigszins kan bevorderen? Daaraan gerelateerd: wat te doen in het geval van een werkelijk constitutioneel conflict tussen het Europese Hof en één of meer van zijn evenknieën op nationaal niveau? Voorziet pluralisme in een mechanisme dat een dergelijke aanvaring kan voorkomen? En tot slot: wat vormt de legitimatie van een pluralistische ordening?

Grofweg vallen er drie scholen te onderscheiden die vanuit een pluralistische invalshoek deze vragen te lijf zijn gegaan. De stroming die in dit verband de meeste aandacht schenkt aan het belang van eenheid in de relatie tussen EU en lidstaten is die van multilevel constitutionalisme.³⁴ Volgens deze theorie is in de loop van het integratieproces één Europees constitutioneel systeem tot stand gekomen dat, zoals de naam aangeeft, als kenmerk heeft dat het uit meerdere, gelijkwaardige lagen bestaat. Bouwstenen van dit systeem zijn zowel de Europese verdragen als de constituties van de 27 lidstaten. Samen vormen deze constitutionele niveaus, die in een relatie van permanente afhankelijkheid tot elkaar staan en elkaar ook ingrijpend wederzijds beïnvloeden, binnen het concept van multilevel constitutionalisme de democratische expressie van een Europese soeverein: de gezamenlijkheid van burgers van de EU. Binnen de verschillende overheidslagen die de Unie rijk is, handelt en organiseert deze soeverein zich nu eens in de hoedanigheid van burgers van een

34 De voornaamste woordvoerder van deze stroming is de Duitser Ingolf Pernice. Zie van zijn hand: 'Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: Constitution-Making Revisited?', 36 *Common Market Law Review* (1999) 703; 'Multilevel Constitutionalism in the European Union', 27 *European Law Review* (2002) 511; 'The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action', 15 *Columbia Journal of European Law* (2009) 349. Een Nederlandse pendant van de theorie van multilevel constitutionalisme is het van Leonard Besselink afkomstige concept van een samengestelde constitutie. Zie L.F.M. Besselink, *Een samengestelde Europese constitutie/A composite European constitution*, Groningen: Europa Law Publishing 2007.

specifieke lidstaat, dan weer in de hoedanigheid van Unieburgers.³⁵ Volgens deze benadering heeft de EU er dus voor gezorgd dat soevereiniteit niet langer een notie is die burgers opgesloten houdt binnen de grenzen van de eigen staat, maar is geëvolueerd in een beginsel dat hen juist in staat stelt die grenzen te doorbreken zonder daar een andere, in dit geval Europese staat voor terug te krijgen.

Met de nadruk die zij legt op de legitimerende en samenbindende kracht van soevereiniteit wijkt de theorie van multilevel constitutionalisme af van het pluralisme van MacCormick. Bij de laatste vormt soevereiniteit een fenomeen waarvoor in de door de komst van de EU geschapen heterarchische ordening geen ruimte meer is.³⁶ Een tussenpositie in dit verband wordt ingenomen door twee stromingen die gewoonlijk allebei als constitutioneel pluralisme worden betiteld en hier gemakshalve zullen worden beschreven als *normatief* pluralisme en *politiek* pluralisme.³⁷ In tegenstelling tot MacCormick stellen deze stromingen binnen het pluralisme dat de enkele aanvaarding van het feit dat op het grondgebied van de lidstaten twee, autonoom van elkaar opererende rechtsordes actief zijn, het concept soevereiniteit niet van zijn bestaansrecht berooft. Anders dan bij multilevel constitutionalisme vormt soevereiniteit bij constitutioneel pluralisme echter geen notie die de gelding van het Europese constitutionele systeem als geheel kan verklaren. Zoals er 28 constituties zijn binnen dit systeem – die van de 27 lidstaten plus de constitutie van de EU – zijn er ook 28 soevereinen aan te wijzen die allemaal serieus genomen moeten worden. Uit het probleem dat uit de aard der zaak lijkt te volgen dat de soevereiniteitsaanspraken van de lidstaten en die van de Unie elkaar uitsluiten, redt het concept van constitutioneel pluralisme zich door te onderstrepen dat het aan soevereiniteit eigen is dat het om een claim draait. Soevereiniteit, zo kan worden geredeneerd, is een ‘speech act’, en waar, zoals het geval is in het kader van de EU, twee ‘speech acts’ tegenover elkaar staan, is er voor de jurist geen enkele manier om erachter te komen welke claim de voorkeur dient te krijgen.³⁸

Sterker dan multilevel constitutionalisme getuigt constitutioneel pluralisme dus van een werkelijk pluralistische aanpak. Zij accepteert dat er onoverbrug-

35 Zie Pernice 1999, p. 377.

36 MacCormick vergeleek soevereiniteit met maagdelijkheid; ‘something that can be lost by one without another’s gaining it’. Zie MacCormick, *Questioning Sovereignty*, 126.

37 Zie e.g. Neil Walker, ‘The Idea of Constitutional Pluralism’, 65 *The Modern Law Review* (2002) 317; Miguel Poiares Maduro, ‘Contrapunctual Law: Europe’s Constitutional Pluralism in Action’, in: Neil Walker (red.), *Sovereignty in Transition*, Oxford en Portland: Hart 2003, p. 501; Mattias Kumm, ‘The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty’, 11 *European Law Journal* (2005) 262; R. Barents, ‘De voorrang van unierecht in het perspectief van constitutioneel pluralisme’, 58 *SEW* (2009) 44; Gareth Davies, ‘Constitutional Disagreement in Europe and the Search for Pluralism’, Eric Stein Working Paper 1/2010.

38 Vgl. Hans Lindahl, ‘Sovereignty and Representation in the European Union’, in: Walker 2003, p. 87.

bare claims op tafel liggen met betrekking tot de fundering van de Unie en probeert vanuit die positie tot zoveel mogelijk eenheid en samenhang in de Europese constitutionele ruimte te komen. Deze eenheid en samenhang zoekt het concept in tal van overbruggingsmechanismes (prejudiciële procedure, loyaliteitsbeginsel, betrokkenheid van nationale parlementen, grondwettelijke integratieclausules) en stootkussens (bescherming van grondrechten, democratische participatie) die in de Europese Verdragen en nationale constituties zijn ingebouwd, en in de bereidheid van de verschillende actoren (rechters, politici en burgers) om het integratieproces gesmeerd te laten verlopen. Het probleem van soevereiniteit, zo zou kunnen worden betoogd, wordt hierdoor geneutraliseerd;³⁹ existentiële conflicten vermeden. In dit openlaten van de soevereiniteitsvraag ligt meteen ook de legitimatie en grondslag van constitutioneel pluralisme besloten. Doordat politieke en juridische actoren in het samenspel tussen EU en lidstaten worden gedwongen via verschillende kanalen tot harmonieuze oplossingen te komen, maak je, zo is de gedachte, de negatieve effecten die van soevereiniteit en hiërarchie uitgaan onschadelijk.⁴⁰

Een belangrijke vraag in de context van constitutioneel pluralisme is hoe de opdracht om Europese en nationale rechtsorde met elkaar te verzoenen precies moet worden gekwalificeerd. Zijn de verschillende actoren binnen de Unie en in de lidstaten, en dan in het bijzonder rechters, hiertoe rechtens verplicht? Hier wordt het eerder genoemde onderscheid tussen normatief pluralisme en politiek pluralisme relevant. Volgens de eerste variant, waar vertrekend Advocaat-Generaal Miguel Maduro onder meer woordvoerder van is, moet dit inderdaad zo worden gezien. Binnen deze visie worden de in beginsel autonome rechtsordes van de Unie en de lidstaten met elkaar verbonden door een lijmmiddel dat, wanneer puntje bij paaltje komt, als recht is te beschouwen.⁴¹ Dit lijmmiddel bestaat uit een bundel van overkoepelende (meta-)juridische normen en beginselen, die een zekere mate van coherentie in de Europese rechtsorde garanderen en er tegelijk voor moeten zorgen dat het typisch pluralistische karakter hiervan niet verwatert.⁴² Politiek pluralisme, de tweede variant, daarentegen stelt dat het serieus nemen van de claims van Unie en lidstaat ertoe leidt dat van een normatieve verbinding tussen beide rechtsordes geen sprake kan zijn. Volgens deze denkrichting, die wordt vertolkt door René Barents, is de vraag hoe rechters omgaan met een situatie waar

39 Zie András Jakab, 'Neutralizing the Sovereignty Question: Compromise Strategies in Constitutional Argumentation before European Integration and since', 2 *European Constitutional Law Review* (2006) 375.

40 Zie Maduro, 'Contrapunctual Law', in: Walker 2003, p. 522-523.

41 Vgl. 'Editorial: The Law of the Laws' – Overcoming Pluralism', 4 *European Constitutional Law Review* (2008) 395.

42 Hoe deze overkoepelende normen eruit zien, verschilt van auteur tot auteur. Maduro bijvoorbeeld zoekt de oplossing vooral in procedureel getinte normen, terwijl Kumm uitkomt bij meer materiële normen. McCormick tot slot ziet in zijn latere werk in dit verband voor internationaal recht een belangrijke rol weggelegd.

het primaat van het Unierecht lijnrecht tegenover het primaat van het constitutionele recht komt te staan er één van politieke macht.⁴³ Echte autonomie zou meebrengen dat rechters enkel en alleen vanuit hun eigen normatieve kader kunnen redeneren. In hoeverre de EU en de lidstaten erin slagen de eenheid binnen hun ordening te bewaren is daarom uiteindelijk een kwestie van politieke wil.

Aan het slot van deze paragraaf nog de opmerking dat je je kan afvragen of de labels multilevel constitutionalisme en constitutioneel pluralisme, of althans de problemen die deze noties proberen te vangen wel zo vernieuwend zijn. Feitelijk treft men dezelfde vraagstukken namelijk ook in federale theorieën aan. De reden dat het integratieproces weinig in verband wordt gebracht met federalisme lijkt vooral te zijn dat dit begrip vrijwel onmiddellijk wordt geassocieerd met *staatsvorming*.⁴⁴ Een staat is echter niet de enige organisatievorm die federale kenmerken kan hebben. Sterker nog, zoals begin 20^{ste} eeuw naar voren is gebracht door de Duitser Carl Schmitt en eind 18^{de} eeuw door de Amerikaan James Madison, is een echte federatie misschien juist wel een entiteit waarin, anders dan in een staat, de soevereiniteitsvraag wordt gecamoufleerd, waardoor de EU plotseling opduikt als archetype federatie.⁴⁵ Voordeel van een benadering waarin federalisme centraal staat, zou kunnen zijn dat een schat aan comparatieve informatie beschikbaar komt die nu verborgen blijft. Aan de andere kant is de term historisch misschien wel zo zwaar beladen dat hij in de context van de EU altijd zal blijven werken als een rode lap op een stier.

4 ANALYSE

4.1 Soevereiniteit

Misschien wel de belangrijkste pijler waarop het *Lissabon-Urteil* rust, is het beginsel van volkssoevereiniteit. Dit principe vervult, zoals eerder naar voren kwam, volgens het *Bundesverfassungsgericht* met betrekking tot de gelding en toepassing van Europese normen op Duitse bodem tegelijkertijd een bron en een waarborgfunctie. Enerzijds vormt soevereiniteit de sleutel voor een goed begrip van de vraag waarom Europees recht eigenlijk verbindend is in Duitsland. Het begrip vormt de binnenste kern van het *Demokratieprinzip*. Als zodanig geeft het weer dat de onderworpenheid van Duitse burgers en Duitse

⁴³ Barents 2009, p. 51-52.

⁴⁴ Zie Jan Willem van Rossem, 'Het F-woord', *NJB* 2009, p. 2688.

⁴⁵ Zie Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin: Duncker & Humblot 1993, p. 366-391; James Madison in Federalist Paper 39. Zie ook Stefan Oeter, 'Federalism and Democracy', in: Armin von Bogdandy en Jürgen Bast (red.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford en Portland: Hart 2007, p. 43.

staatsorganen aan Europese regels *in ultimo* het resultaat is van een beslissing van het Duitse volk. Anderzijds brengt soevereiniteit mee dat Europese integratie, wat Duitsland betreft, onoverkomelijke grenzen kent. Zolang de Duitse Grondwet van kracht is, kan de EU niet uitstijgen boven de status van *Staatenverbund* en zal er ten aanzien van bepaalde procedures en beleidsterreinen een betekenisvolle rol moeten zijn weggelegd voor de belangrijkste representant van het soevereine Duitse volk, de Bondsdag.

Hoe verhoudt dit uitgangspunt zich tot de verschillende pluralistische theorieën die hierboven aan de orde kwamen? Sec genomen lijkt de idee van volkssoevereiniteit zich niet goed te verdragen met een pluralistische opvatting van de Europese rechtsorde. Inherent aan het leerstuk van soevereiniteit, althans volgens de interpretatie die het Hof eraan geeft, is namelijk dat het hiërarchie veronderstelt. Concreet in de jurisprudentie van het Hof: de gelding van alle Europese recht, primair en secundair, kan uiteindelijk worden teruggevoerd op de verschillende goedkeuringswetten die in de loop van het integratieproces zijn aangenomen. Op hun beurt vinden deze goedkeuringswetten weer hun grondslag en beperking in het *Grundgesetz*, waarvoor in laatste instantie het Duitse soevereine volk als ultieme constitutionele bron geldt.⁴⁶ Pluralisme daarentegen, zo werd zojuist geconstateerd, gaat uit van een heterarchische relatie tussen de rechtsordes van de EU en die van de lidstaten. Uniek aan het Europese integratieproject, benadrukken de verschillende constitutionele theorieën die onder de algemene noemer pluralisme samenkomen, is dat in de loop van jaren een bouwwerk tot stand is gekomen waarin autonome gezagsstructuren elkaar overlappen en waarin staten en burgers zich optimaal kunnen ontplooien. Een benadering die soevereiniteit, staat en volk als voornaamste referentiepunten neemt, lijkt de zaak onnodig op de spits te drijven.

Moet de conclusie dus luiden dat soevereiniteit *à la* Karlsruhe en pluralisme elkaar uitsluiten? Niet *per se*. Dat hangt af van de vraag voor welke variant van pluralisme wordt gekozen. Indien dat multilevel constitutionalisme is, dan moet het antwoord bevestigend zijn. Kenmerkend voor die stroming is dat de soevereiniteit in Europa, in wisselende gedaantes, bij de gezamenlijkheid van burgers van de EU ligt. Zulks valt niet te rijmen met het standpunt van het *Bundesverfassungsgericht*. Binnen het denkraam van het Duitse Hof is soevereiniteit een postulaat dat niet op twee plekken tegelijk aanwezig kan zijn. Ofwel het Duitse volk is soeverein, ofwel de conclusie moet luiden dat zich een Europees volk heeft gevormd waarin het Duitse volk is opgegaan. Volgens Karlsruhe is soevereiniteit niet iets dat kan worden gedeeld of 'gepooled'; een veronderstelling die wel in de theorie van multilevel constitutiona-

46 Zie Grimm 2009, p. 354-355.

lisme besloten ligt.⁴⁷ Dit gegeven verklaart ook waarom het Duitse Hof de soevereiniteitsvraag, anders dan aanhangers van multilevel constitutionalisme, zo nadrukkelijk koppelt aan het principe van statelijkheid. Voor multilevel constitutionalisten vormt het fenomeen staat 'slechts' één van ruimten waarin de wil van (een deel van) de burgers van de Unie tot uiting kan komen. Bij het Hof daarentegen zijn staten *verfasster politischer Primärraum*.⁴⁸ Essentieel in deze benadering is dat de staat de vorm is waarin een politieke gemeenschap zijn zelfbeschikkingsrecht realiseert, of anders gezegd, zijn soevereiniteit uitoefent.⁴⁹ Ergens moet een plek zijn waar dit zelfbeschikkingsrecht kan worden aangewend voor concrete beslismacht, of, om de preciezere Duitse term te gebruiken, *Kompetenz-Kompetenz*.

Op basis van enerzijds een analyse van het democratische karakter van de EU en anderzijds een analyse van het *Grundgesetz* legt het *Bundesverfassungsgericht* het constitutionele primaat bij de Duitse staat. Tegelijkertijd laat het Hof echter ook heel bewust de mogelijkheid open dat het Duitse volk, opererend als *pouvoir constituant*, ervoor kiest dit primaat te verleggen naar het niveau van de EU.⁵⁰ In dat geval zou de Unie worden gepromoveerd van *Staatenverbund* tot staat en de lidstaten gedegradeerd van echte staten tot lidmaten zonder onafhankelijke grondslag. Toegegeven, dit is een niet erg waarschijnlijk scenario.⁵¹ De boodschap is echter helder: zonder haar betekenis te verliezen kan soevereiniteit niet, zoals het geval is bij de theorie van multilevel constitutionalisme, zomaar van kleur verschieten en de staat vormt het aangewezen vehikel om dit te garanderen.

Waar multilevel constitutionalisme zich duidelijk niet met de benadering van het Duitse Hof in *Lissabon* laat verzoenen, laat de variant constitutioneel pluralisme een wat genuanceerder beeld zien. De crux van constitutioneel pluralisme, zo kwam eerder naar voren, is dat de theorie als het ware boven de partijen gaat staan. Zowel in het geval van normatief pluralisme als in het geval van politiek pluralisme wordt geaccepteerd dat er meerdere perspectieven mogelijk zijn wat betreft de vraag waarom Europees recht geldt. Dit heeft tot gevolg dat een vergelijking tussen constitutioneel pluralisme en de redenering van Karlsruhe eigenlijk van meet af aan mank gaat. De premisse waarop de eerste doctrine berust, is namelijk dat zij begrip heeft voor het feit dat het Hof van Justitie in Luxemburg en nationale (constitutionele) rechters in de lidstaten in beginsel niet anders kunnen dan opkomen voor de onderscheidenlijke rechtsordes waar zij deel van uitmaken. Anders gezegd: dat constitutioneel

47 Zie Neil Walker, 'Late Sovereignty in the European Union', in: Walker 2009, p. 13-15; Jan Willem van Rossem, 'Patrolling the Borders of the EU Legal Order: Constitutional Repercussions of the Kadi Judgment', 5 *Croatian Yearbook of European Law and Policy* (2009) 93, p. 99-100.

48 Lissabon, r.o. 301.

49 Ibid., r.o. 280.

50 Lissabon, r.o. 179 en 263.

51 Zie supra, noot 13.

pluralisme een heterarchische ordening aandraagt volgt uit het feit dat het *Bundesverfassungsgericht* geen andere keuze heeft dan zich op het standpunt van nationale hiërarchie te stellen.

Wil een projectie van de theorie van constitutioneel pluralisme op het *Lissabon-Urteil* zin hebben, dan zal de aandacht niet moeten worden gericht op de vraag of het Duitse Hof gelijk heeft met zijn these dat de EU ten aanzien van Duitsland een afgeleid constitutioneel karakter heeft, maar op de vraag in hoeverre het soevereiniteitsstandpunt dat aan deze these ten grondslag ligt ruimte laat voor een houding die de aanspraak van de Unie op autonomie respecteert. Geschikt aanknopingspunt voor een dergelijke analyse lijkt het door Karlsruhe in zijn *Lissabon*-uitspraak gelanceerde concept van *Europarechtsfreundlichkeit*. Dit suggereert op het eerste gezicht immers dat het heel wel denkbaar is dat een aanpak die vasthoudt aan de soevereiniteit van het eigen volk niet meteen ook, zoals wel beweerd is, vijandig is aan het ideaal van Europese integratie. Of vormt het begrip feitelijk een holle frase die bedoeld is om de harde boodschap van het Hof aan het adres van de EU enigszins te verzachten?

4.2 Europarechtsfreundlichkeit

Het Duitse principe van *Europarechtsfreundlichkeit* ligt, zoals eerder werd aangestipt, besloten in de preambule van het *Grundgesetz* en in artikel 23. Samen drukken deze bepalingen uit dat het lidmaatschap van Duitsland van de EU geen vrijblijvende aangelegenheid is maar een positieve verplichting voor Duitse staatsorganen inhoudt. In de reeds aangehaalde woorden van het *Bundesverfassungsgericht* in het *Lissabon-Urteil*: 'Das Grundgesetz will eine europäische Integration (...)'.⁵² *Europarechtsfreundlichkeit* betekent in algemene zin dat de Duitse grondwettelijke orde open staat voor intensieve samenwerking op Europees niveau. Dat zulke samenwerking ingrijpende gevolgen kan hebben voor de manier waarop de staat functioneert, ontgaat uiteraard ook het Duitse Hof niet. Karlsruhe erkent dat in het kader van Europese integratie vergaande bevoegdheden ('Hoheitsrechte') aan de EU kunnen worden overgedragen.⁵³ In dezelfde trant geeft het Hof aan dat meewerking van Duitsland in de zin van artikel 23 GG niet beperkt blijft tot verantwoordelijkheid voor de uitbouw van een economische en monetaire Unie. Het voorschrijft, zo verklaart de Duitse rechter, draagt de belofte van een politieke Unie in zich, compleet met instituties die aan onafhankelijke oordeelsvorming doen en bevoegdheden uitoefenen die raken aan de kern 'des staatlichen Kompetenz-raums'.⁵⁴

52 Lissabon, r.o. 225.

53 Ibid., r.o. 226.

54 Ibid., r.o. 237; 248.

Zoals gezegd, is het *Bundesverfassungsgericht* echter ook van mening dat er principiële grenzen zijn aan de mate van openheid die de Duitse grondwettelijke orde kan tonen. Deze grenzen vinden hun grondslag in het aan het *Demokratieprinzip* verwante beginsel van volkssoevereiniteit en komen meer concreet aan de oppervlakte in artikel 79 lid 3 GG. Zij houden, kort gezegd, in dat het integratieproces niet mag tornen aan het attributiebeginsel en – ook een noviteit in het *Lissabon-Urteil* – aan de grondwettelijke identiteit van Duitsland.⁵⁵ Gebeurt dit wel, dan houdt het Duitse Hof zich ten aanzien van Duitsland het recht voor om de onverbindendheid van een Europese maatregel uit te spreken. In het eerste geval – bijvoorbeeld indien blijkt dat een aan de EU overgedragen bevoegdheid zo ruim wordt uitgelegd dat feitelijk van een nieuwe (niet-getransfereerde) bevoegdheid moet worden gesproken – doet het dat door de maatregel in kwestie *ultra vires* te verklaren.⁵⁶ In het tweede geval zou onverbindendheid voortvloeien uit schending van de grondwettelijke kernprincipes die zijn neergelegd in artikel 1 en artikel 20 GG.

Mocht het ooit zover komen dat het Hof een Europese norm ongeldig verklaart,⁵⁷ dan zou het volgens Karlsruhe niet correct zijn om dit als ‘Europa-feindlich’ af te doen. Sterker nog, zo’n rechterlijke toets zou zelfs een daad van *Europarechtsfreundlichkeit* kunnen zijn. Over de identiteitscontrole stelt het Hof:

‘Die Ausübung dieser verfassungsrechtlich radizierten Prüfungskompetenz folgt dem Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, und sie widerspricht deshalb auch nicht dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (...); anders können die von Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV-Lissabon anerkannten grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen souveräner Mitgliedstaaten bei fortschreitender Integration nicht gewahrt werden.’⁵⁸

Deze overweging geeft een fraai inkijkje in de manier waarop het Hof het beginsel van *Europarechtsfreundlichkeit* interpreteert. In de eerste plaats bevestigt deze passage dat Karlsruhe van mening is dat het inroepen van de eigen

55 Ibid., r.o. 226; 239. Zie Thym, ‘In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon Judgment of the German Constitutional Court’, 46 *Common Market Law Review* (2009) 1795, p. 1805-1807.

56 De EU mag zich, zolang het *Grundgesetz* van kracht is, immers niet meester maken van *Kompetenz-Kompetenz*.

57 Tot op heden heeft het *Bundesverfassungsgericht* zijn dreigement om in een dergelijk geval een Europese norm buiten toepassing te laten nog nooit uitgevoerd. Het kwam hier dichtbij in zijn oordeel over de grondwettigheid van het Europees Arrestatiebevel, een kaderbesluit aangenomen onder de voormalige derde pijler (BVerfGE 113, 273 (2002)). Het defect aan de omzettingwet, dat het Hof in deze zaak constateerde, had echter niet te maken met het Arrestatiebevel als zodanig maar met de omzetting daarvan. Niettemin deed het arrest de nodige wenkbrauwen fronsen. Zie Jan Komárek, ‘European Constitutionalism and the European Arrest Warrant: In Search of the Limits of ‘Contrapunctual Principles’’, 9 *Common Market Law Review* (2007) 16.

58 Lissabon, r.o. 240.

soevereiniteit niet ten koste hoeft te gaan van een open houding tegenover Europa. Wat daarnaast opvalt, is dat het Hof zich hierbij niet alleen baseert op het *Grundgesetz*, maar ook aanknoopt bij het Europese recht. Dat het zich bevoegd acht ingeval van een overtreding van de grondwettelijke identiteit van Duitsland corrigerend op te treden ten opzichte van Europese regelgeving, volgt kennelijk evengoed uit de Verdragen zelf; om precies te zijn de in artikel 4 lid 2 VEU neergelegde identiteitsclausule.⁵⁹

‘(D)ie verfassungs- und die unionsrechtliche Gewährleistung der nationalen Verfassungsidentität im europäischen Rechtsraum’, zo maakt het Hof duidelijk, gaan ‘Hand in Hand’.⁶⁰

De volgende vraag is of het beginsel van *Europarechtsfreundlichkeit* ook past binnen theorieën van constitutioneel pluralisme. Wordt het begrip, om maar wat te noemen, daarvoor door het Hof niet te strijdbaar ingekleurd? Dit lijkt geen terechte conclusie. Constitutioneel pluralisme veronderstelt niet alleen dat actoren aan weerszijden van het spectrum conflictvermijdend te werk gaan, maar houdt ook een verantwoordelijkheid voor deze actoren in om zich actief met het integratieproces te bemoeien. Dat de grenzen tussen het Europese en het nationale niveau daarbij scherp in de gaten worden gehouden, is geen diskwalificatie van het Europese ideaal. Eerder getuigt zo’n houding van een bepaald verantwoordelijkheidsbesef om het pluralistische karakter van de Europese rechtsorde te behouden. Artikel 23 GG kan ook in dit licht worden gezien. Door deze bepaling in 1992 in het *Grundgesetz* op te nemen, toonde de Duitse grondwetherziener zich bewust van het feit dat het integratieproces van bijzondere constitutionele betekenis is.⁶¹ Op zijn beurt, zo kan worden betoogd, handelde het Hof in overeenstemming met zijn *Integrationsverantwor-*

⁵⁹ Art. 6 lid 3 EU (oud).

⁶⁰ Lissabon, r.o. 240. Ook voor wat betreft de *ultra vires*-controle wijst het Hof op een grondslag in de Verdragen. Hier zijn het de beginselen van attributie en subsidiariteit (artikel 5 lid 1 en 2 VEU) die leidend zijn.

⁶¹ Hier zou de Nederlandse grondwetgever/herziener een voorbeeld aan kunnen nemen. Meer in het algemeen is het frappant dat Nederlandse juristen vaak vooraan staan om het *Bundesverfassungsgericht* om zijn Europa-kritische houding op de vingers te tikken, maar tegelijkertijd weinig oog hebben voor het feit dat het Nederlandse constitutionele recht en Nederlandse constitutionele actoren, als het er op aan komt, nauwelijks oog hebben voor het Europese integratieproces. Denk in dit verband behalve aan het feit dat in de Grondwet iedere verwijzing naar het Nederlandse lidmaatschap van de EU ontbreekt, bijvoorbeeld aan de klakkeloze manier waarop Nederlandse rechters de *Costa/ENEL*-jurisprudentie van het HvJ omarmen; vergeleken met rechters in andere lidstaten een tamelijk unieke positie. Zie ABRvS 7 juli 1995, AB 1997, 117 (*Metten*); HR 2 november 2004, NJ 2005, 80 (*Rusttijden*). Mogelijk zullen de aanbevelingen van de Staatscommissie Grondwet, die binnenkort aan de regering verslag zal uitbrengen, de opmaat vormen voor verandering in dit opzicht. Zie alvast W.J.L. Hulstijn en J.W.C. van Rossem, ‘Grondwetgever, let op uw saeck!’, in: D.J. Elzinga en W.J.M. Voermans red., *Brieven aan de staatscommissie*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 57.

tung door ex artikel 23 GG de Duitse wetgevende organen te verplichten de wet op onderdelen zo te wijzigen dat hun betrokkenheid bij het Europese besluitvormingsproces gewaarborgd is. Pluralistisch aan het *Lissabon-Urteil* is tot slot dat het *Bundesverfassungsgericht* bij zijn beslissing nadrukkelijk aansluiting zoekt bij het Europese recht. In dit verband kan behalve op de identiteitsclausule bijvoorbeeld gewezen worden op verwijzingen naar het attributie- en subsidiariteitsbeginsel.

Een andere vraag is of het *Lissabon-Urteil* ook oog heeft voor constitutioneel pluralisme als theorie die oproept tot tolerantie en respect voor van elkaar afwijkende uitgangspunten. Ook op dit punt lijkt het oordeel de toets der kritiek op het eerste gezicht te kunnen doorstaan. *Lissabon* staat in een onderhand rijke traditie van integratie-jurisprudentie waarvan de boodschap is dat het Duitse Constitutionele Hof alleen in uitzonderingsgevallen tussenbeide komt.⁶² Enerzijds betreft dit de zogenaamde *Solange*-rechtspraak, die heeft opgeleverd dat Karlsruhe er in beginsel op vertrouwt dat grondrechtenbescherming in goede handen is bij het HvJ in Luxemburg.⁶³ Anderzijds betreft dit de *Maastricht*-lijn, die, zoals zojuist is besproken, inhoudt dat het Hof zich via de goedkeuringswet bevoegd verklaart te toetsen of de EU haar bevoegdheden niet overschrijdt.

Toch steekt hier iets. Zeker, door zich terughoudend op te stellen tegenover geldigheidsvragen van Europese regelgeving betoont Karlsruhe zich gevoelig voor de *Sonderweg* die in 1957 met het Verdrag van Rome is ingezet. Een constitutioneel pluralist zal evenwel minder onder de indruk zijn over het fundament waarop deze terughoudendheid rust. Voorop in het oordeel van het Hof, ook als het rept van *Europarechtsfreundlichkeit*, staat de claim van soevereiniteit van het Duitse volk. Veel minder aandacht wordt besteed aan de *merites* van de eigenschappen waarop de EU, in het bijzonder via haar spreekbuis het HvJ, aanspraak maakt. Karlsruhe gaat hier op onderdelen zelfs vrij plichtmatig mee om. Zo erkent het Hof wel, zoals eerder ter sprake is gekomen, dat de 'Verfassung Europas' een zekere mate van autonomie vestigt, maar is het, althans in conceptuele zin, niet bereid om deze autonomie heel veel meer volume toe te dichten dan die van een standaard internationale organisatie.⁶⁴ Tot op bepaalde hoogte is dit begrijpelijk. Het principe van soevereiniteit brengt in de ogen van het *Bundesverfassungsgericht* mee dat de lidstaten *Herren der Verträge* blijven; autonomie van de Unie kan derhalve hooguit een afgeleid karakter hebben.⁶⁵

Wat niettemin enigszins wringt, is dat het Hof er niet goed in slaagt duidelijk te maken waarin de EU nu zoveel anders is dan een organisatie als bijvoorbeeld de Verenigde Naties. Anders gezegd: waarin verschilt *Europa-*

62 Lissabon, r.o. 337-338.

63 BVerfGE 37, 271 (1974) Solange I; BVerfGE 73, 339 (1986) Solange II.

64 Lissabon, r.o. 231.

65 Idem.

rechtsfreundlichkeit precies van *Völkerrechtsfreundlichkeit*?⁶⁶ Om de bijzondere status van de EU accent te geven, kwam het Hof in de *Maastricht*-uitspraak aanzetten met de term *Staatenverbund* (in tegenstelling tot *Staatenbund*). Het blijft alleen onduidelijk wat de toevoeging van 'ver' per saldo oplevert.⁶⁷ Of het moet zijn dat de Unie een organisatie is waarin publiek gezag ('öffentliche Gewalt') wordt uitgeoefend.⁶⁸ Dit is echter een weinig onderscheidend criterium. In ieder geval niet één die het begrip supranationaliteit, waar Karlsruhe met betrekking tot de EU veelvuldig naar verwijst, van een eigen betekenis voorziet. Nogmaals: het kan zijn dat je dit ook niet van het Hof kunt vragen. Het is in de eerste plaats loyaliteit verschuldigd aan de eigen rechtsorde. Deze loyaliteitsverplichting staat mogelijk niet toe dat wordt geconcludeerd dat de EU meer is dan een verbond waarin zeer intensief door staten wordt samengewerkt. Vanuit het perspectief van constitutioneel pluralisme, dat uitgaat van respect voor elkaars opvattingen, blijft dit evenwel wat mager.

Het gevoel dat het Hof de EU niet altijd met open vizier tegemoet treedt, komt ook bij lezing van andere passages bovendrijven. Een goed voorbeeld is de bespreking van Karlsruhe van de betekenis van het Unieburgerschap.⁶⁹ Volgens de Duitse rechter is deze status afgeleid van en een aanvulling op het nationale burgerschap. Iets anders zou de suggestie kunnen wekken van het bestaan van een Europees volk en dat is er volgens het Hof niet. Met deze stellingname wijkt het echter af van de verdragstekst. Deze spreekt sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon niet meer van een burgerschap dat het nationale burgerschap *aanvult*, maar van een burgerschap dat *naast* het nationale burgerschap komt.⁷⁰ Wat deze wijziging precies behelst, valt niet direct te zeggen.⁷¹ Uit documenten van de Europese Conventie lijkt niettemin naar voren te komen dat hiermee de aanzet wordt gegeven voor een conceptuele ommezwaai in het denken over de status van Unieburger;⁷² iets dat al langer zichtbaar is in de rechtspraak van het HvJ.⁷³ Karlsruhe hoeft het hier natuurlijk niet mee eens te zijn. Het had het Hof echter gesierd als het op zijn minst had erkend dat de figuur van een Europese politieke gemeenschap, in ieder geval als juridisch construct, weer een stapje dichterbij is gekomen.

66 Vgl. *ibid.*, r.o. 225.

67 Vgl. ook Hans D. Jarass and Bodo Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar*, München: Verlag C.H. Beck 2004, p. 613-614.

68 Lissabon, r.o. 229.

69 Lissabon, r.o. 279-284; p. 346-349.

70 Zie resp. art. 17 lid 1 EG (oud) en art. 9 VEU.

71 Zie A.A.M. Schrauwen, 'Naar een waarlijk 'fundamentele status'? Democratie en Europees Burgerschap na het Verdrag van Lissabon', *SEW* 2008, p. 288-289.

72 CONV 369/02.

73 Zie recentelijk zaak C-135/08, Rottmann, arrest van 2 maart 2010.

4.3 Staatsaufgaben

Het *Bundesverfassungsgericht* laat er geen misverstand over bestaan dat bepaalde beleidsterreinen vanwege hun specifieke aard niet in aanmerking komen voor volledige en onvoorwaardelijke overheveling naar het niveau van de Unie. Democratische besluitvorming ten aanzien van deze terreinen moet in Duitsland plaatsvinden. De Bondsdag en de Duitse publieke opinie komen de hoofdrollen toe. Deze 'Staatsaufgabenlehre'⁷⁴ werpt de vraag op of aan de overwegingen van het Hof een materieel criterium is te ontlelen op grond waarvan beoordeeld kan worden welke beleidsterreinen wel en welke niet kunnen worden overgedragen. Met andere woorden: zijn sommige beleids-terreinen (rechten) meer soeverein dan andere en waarom?

Het Hof noemt vijf terreinen die 'besonders sensibel' zijn: strafrecht en strafprocesrecht, het geweldsmonopolie van de staat, inclusief vragen van oorlog en vrede, belastingheffing en besteding van belastinggeld, in het bijzonder voor zover deze uitgaven 'sozialpolitisch' gemotiveerd zijn en cultureel-bepaalde opvattingen ten aanzien van onder andere het familierecht, het onderwijssysteem en de omgang met religie.⁷⁵ Maar terwijl het Hof deze vijf terreinen afbakt, benadrukt het nadrukkelijk dat dit niet betekent dat op deze terreinen de Europese Unie geen activiteiten mag ontplooiën of de Bondsrepubliek geen bevoegdheden mag overdragen. Dat het om een zo beperkt mogelijke afbakening gaat, maakt het Hof heel duidelijk:

'Nur die Entscheidung über den jeweiligen konkreten Einsatz [der Bundeswehr] hängt von der konstitutiven Zustimmung des Deutschen Bundestages ab.'⁷⁶; 'Eine das Demokratieprinzip (...) verletzende Übertragung des Budgetrechts des Bundestages läge vor, wenn die Festlegung (...) der den Bürger treffenden Abgaben in wesentlichem Umfang supranationalisiert würde.'⁷⁷; 'Entscheidend ist aber, dass die Gesamtverantwortung mit ausreichenden politischen Freiräumen für Einnahmen und Ausgaben noch im Deutschen Bundestag getroffen werden kann.'⁷⁸; '(...) auch wenn Koordinierung [im Bereich des Sozialstaatsprinzips] bis hin zur allmählichen Angleichung nicht ausgeschlossen ist.'⁷⁹

Het Hof probeert kortom het juiste midden te houden tussen de constitutionele rechteplichten *Demokratieprinzip* en *Europarechtsfreundlichkeit*.

Leidend bij deze afbakening is het democratiebeginsel. Democratie betekent dat de Bondsdag, die het volk representeert, vormende invloed op de politieke ontwikkelingen in Duitsland behoudt en daartoe moet hij eigen beleidsterreinen

74 De Waele 2010, p. 9.

75 Lissabon, r.o. 252.

76 Lissabon, r.o. 255 (cursivering toegevoegd).

77 Ibid., r.o. 256 (cursivering toegevoegd).

78 Idem (cursivering toegevoegd).

79 Ibid., r.o. 259 (cursivering toegevoegd).

behouden of moet de Bondsregering doorslaggevende ('maßgebliche') invloed in het Europese besluitvormingproces kunnen uitoefenen.⁸⁰ Het democratiebeginsel garandeert dat politieke beslissingen uitdrukkingen zijn van de wil van het volk. Dit principe gaat dan ook 'verder' dan de claim dat de lidstaten *Herren der Verträge* zijn.⁸¹ Welke beleidsterreinen tot de staatseigen taken gerekend moeten worden, lijkt dus afhankelijk van hun verhouding tot de democratische 'Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaates'.⁸² Maar welke bevoegdheden wel gedeeld of overgedragen kunnen worden is niet vooraf en definitief bepaald.

Volgens Grimm is deze lijst van gevoelige beleidsterreinen een *obiter dictum* en dus niet noodzakelijk voor het oordeel.⁸³ Grimm verklaart deze lijst uit de geschiedenis van het integratieproces. Belangrijke veranderingen in het doel en de middelen van Europese integratie zijn tot stand gebracht door judiciële en administratieve beslissingen, zonder beslissende betrokkenheid van de lidstaten. In dit licht moet de plicht tot actieve betrokkenheid van de Bondsdag bij verdragsveranderingen middels de bijzondere procedures worden gezien.⁸⁴

Het democratiebeginsel zelf is ook geen wet van Meden en Perzen. In zijn *Maastricht*-uitspraak maakte het Hof duidelijk dat de oprichting van een politiek onafhankelijke Europese Centrale Bank, consequentie van de oprichting van de EMU, aan het democratiebeginsel raakt, maar dat de voorgestelde grondwetswijziging een toelaatbare modificatie van dit principe was en in overeenstemming met artikel 79 lid 3 GG.⁸⁵ In *Lissabon* zegt het bovendien dat het *Demokratieprinzip* niet betekent dat vooraf een lijst is vast te stellen met essentiële, soevereine, bevoegdheden die de staat niet uit handen kan geven. Tegelijkertijd moeten de lidstaten wel altijd genoeg politieke en bestuurlijke ruimte hebben om zelf de eigen maatschappelijke en economische verhoudingen vorm te geven.⁸⁶

Dat Duitsland een democratie is, betekent dat sommige zaken alleen Duitsland aangaan. Echter, welke en hoeveel beleidsterreinen hiertoe gerekend moeten worden is op basis van het democratiebeginsel niet vooraf vast te stellen. Het criterium waarmee het Hof wil waarborgen dat Duitsland een democratie blijft, in overeenstemming met de artikelen 4 en 5 VEU, is niet het democratiebeginsel, maar of de Duitse constitutionele organen die de volkswil

80 Ibid., r.o. 246.

81 Ibid., r.o. 247.

82 Ibid., r.o. 252.

83 Grimm 2009, p. 368.

84 Ibid., 370.

85 Maduro 2003, p. 208. N.B.: in het licht van de huidige ontwikkelingen rond de ECB is het wrang te lezen dat het Hof deze modificaties geoorloofd achtte om beslissingen die de geldhoeveelheid en geldwaarde beïnvloeden aan de invloed van politieke besluitvorming te onttrekken.

86 Lissabon, r.o. 248-249; Grimm, 'Defending Sovereign Statehood', 368.

tot uitdrukking brengen in voldoende mate de 'Lebensverhältnisse' in Duitsland kunnen bepalen. Kortom, er zijn dus essentiële en soevereine rechten, maar welke dat zijn is contingent en wordt beoordeeld aan de hand van een 'impact-op-de-burgers' criterium: de levensomstandigheden – en de nationale identiteit – van de burgers worden door harmonisering van de breedte van spoorbielzen niet geraakt, maar wel door bijvoorbeeld harmonisering van het familierecht.

Welke gevolgen heeft deze opvatting van het Duitse Hof voor een pluralisme van rechtsordes? De nationale en de Europese rechtsorde(s) dulden geen recht boven zich, maar omdat dit antagonisme in de praktijk tot weinig problemen leidt, kun je, zo is de gedachte, in plaats van een hiërarchie, wellicht beter van een heterarchie of pluralisme van rechtsordes spreken. Om deze (rechts)-toestand te bewaren moeten beide rechtsordes rekening met elkaar houden, wat niet wil zeggen dat een rechtsorde zich aan de ander moet onderwerpen. Pluralisme van rechtsordes is in deze opvatting een goede zaak en er is geen belang gediend bij een nieuwe hiërarchie. Dit betekent dat rechters zich alleen op hun eigen rechtsorde kunnen beroepen en derhalve niet het antagonisme tussen beide rechtsordes hoeven op te lossen. Wel moeten zij volgens sommigen vonnis wijzen in een rechtstaal die ook toegankelijk is voor de andere rechtsorde.⁸⁷ Verder wordt wel betoogd dat rechters een rechtsplicht hebben om in ieder geval te proberen, zo goed als het kan, conflicten te voorkomen en naar eenheid toe te werken.⁸⁸

Er is iets voor te zeggen dat het *Bundesverfassungsgericht* zich pluralistisch heeft opgesteld: het heeft recht gesproken volgens het eigen constitutionele recht, maar tegelijk het Unierecht zo uitgelegd dat dit niet in strijd is met Duits recht.⁸⁹ De genoemde essentiële bevoegdheden kunnen bovendien best gedeeld worden met de instellingen van de EU. Het wil de zaak niet op de spits drijven. Maar tegelijkertijd fungeren deze essentiële bevoegdheden als een soort metonymieën: in hun beperktheid verwijzen ze naar een veel groter belang, namelijk dat Duitsland genoeg vrijheid moet behouden om zelf te beslissen over de sociaal-economische levensomstandigheden van zijn burgers. Deze opvatting heeft potentieel vérstrekkender consequenties dan simpele bescherming van grondrechten. Immers, botsing van grondrechten vindt plaats op constitutioneel niveau, terwijl alledaagse EU-wetgeving volgens het Duitse Hof al tot gevolg kan hebben dat Duitsland niet langer als volwaardige demo-

⁸⁷ Maduro 2003, p. 529-530.

⁸⁸ Davies 2010, p. 12.

⁸⁹ Zie bijvoorbeeld Lissabon, r.o. 239: 'Es ist deshalb von Verfassungen wegen gefordert, entweder dynamische Vertragsvorschriften mit Blankettcharakter nicht zu vereinbaren oder, wenn sie noch in einer Weise ausgelegt werden können, die die nationale Integrationsverantwortung wahrt, jedenfalls geeignete innerstaatliche Sicherungen zur effektiven Wahrnehmung dieser Verantwortung zu treffen.' (Cursivering toegevoegd.) Met enige goede wil kun je hierin een handreiking aan de pluralistische theorieën lezen.

cratie kan functioneren, wat kan betekenen dat het Hof deze wetgeving onverbindend verklaart.⁹⁰

Het gaat te ver om te zeggen dat het *Bundesverfassungsgericht* in *Lissabon* een catalogus, of een leer van staatstaken presenteert. De woorden 'catalogus' of 'leer' suggereren dat bij voorbaat vastligt wat tot de essentiële taken van de Duitse democratie gerekend moeten worden. Het Hof doet echter iets anders: het zegt dat in een democratie *per definitie* sommige zaken alleen door het nationale parlement kunnen worden geregeld. Welke dat zijn hangt van het oordeel van de nationale organen en, in laatste instantie, van het oordeel van het Hof af. Hoewel het *Lissabon-Urteil* met een beetje goede wil in een pluralistische rechtsbeschouwing kan worden ingepast, kan dus uiteindelijk niet worden ontkend dat het Hof, zoals altijd, voor eigen parochie preekt.

4.4 Conclusie

In dit preadvies werd de vraag gesteld hoe de *Lissabon*-uitspraak zich verhoudt tot de pluralistische theorievorming die na het *Maastricht-Urteil* ten aanzien van de Europese Unie en haar lidstaten is ontstaan. De *Maastricht*-uitspraak, die zelf diep was doordrenkt van klassiek soevereiniteitsdenken, vormde volgens de heersende opinie de opmaat voor deze theorievorming. Een interessante vraag is dan ook of het Hof na 16 jaar aanleiding heeft gezien stelling te nemen in dit debat en zijn 'leven gebeterd heeft'. De meningen hierover zijn verdeeld. *Lissabon* is een doctrinaire allegaar. Iedereen vindt in de uitspraak wel iets van zijn gading. Critici wijzen erop dat het Hof in *Lissabon*, evenals begin jaren negentig in *Maastricht*, halsstarrig vasthoudt aan het primaat van de Duitse staat. De beslissing biedt echter ook aanknopingspunten voor een pluralistischer blik op de constitutionele relatie tussen Duitsland en de EU. In dit opzicht is vooral de in de *Lissabon*-uitspraak geïntroduceerde notie van *Europarechtsfreundlichkeit* van belang.

Wat men ook van de uitspraak vindt, bij het scheiden van de markt kan niet ontkend worden dat het Duitse Hof in *Lissabon* veel meer belangstelling heeft voor de Europese kant van de zaak dan in *Maastricht* het geval was. Zo ging het in laatstgenoemd arrest maar mondjesmaat in op de vraag hoe de EU zich als democratie ontwikkelt en wat de betekenis van het Europees Parlement is. Toegegeven, de overgave die het Hof in het *Lissabon-Urteil* aan de dag legt om dit vraagstuk te onderzoeken zal niet iedereen overtuigen. Dit neemt echter niet weg dat Karlsruhe hiermee, overeenkomstig artikel 23 GG, wel lijkt aan te tonen zich bewust te zijn van het feit dat het ten aanzien van Europese integratie de kop niet in het zand kan steken. Of dit een direct gevolg is van het academisch debat dat na publicatie van de *Maastricht*-uit-

90 Davies 2010, p. 6, 9 en 15.

spraak op gang is gekomen, kan niet met zekerheid worden gezegd. Niettemin zijn er wel aanwijzingen dat de rechters in Karlsruhe zich realiseren dat zij in het proces van Europese integratie een belangrijke stem hebben.⁹¹

Hoe de *Lissabon*-uitspraak precies in pluralistische theorieën valt in te passen, is een vraag, die naar haar aard niet gemakkelijk te beantwoorden is. Pluralisme heeft als kenmerk dat zij grenzen overschrijdt en heeft, als theorie, geen last van de constitutionele restricties waar een rechter mee te maken heeft. Wat echter wel met zekerheid te zeggen valt, is dat de uitspraak van het Hof moeilijk samengaat met de theorie van multilevel constitutionalisme; het concept dat binnen de algemene stroming pluralisme het meest aandringt op eenheid in de Europese rechtsorde. Zulke eenheid zit er wat betreft het *Bundesverfassungsgericht* simpelweg niet in. Nog afgezien van het feit dat het dit conceptueel niet mogelijk acht, staat het *Grundgesetz* volgens Karlsruhe niet toe te concluderen dat er naast een Duitse soeverein ook een Europese bestaat. Dit ligt anders bij het concept constitutioneel pluralisme. Deze stroming erkent dat het voor Europese en nationale rechters (en politieke organen) moeilijk is buiten het terrein van hun eigen recht te treden. Wel vraagt constitutioneel pluralisme hun, vanuit een relatie van wederzijds respect, zoveel mogelijk gebruik te maken van verschillende mechanismen om dit gat te overbruggen.

Dit preadvies concludeert op basis van het *Lissabon-Urteil* dat het Hof bereid is mee te werken aan de uitbouw van een ordening waarin het Duitse belang niet het enige is dat telt. Het Hof probeert, met een blik op zowel het eigen constitutionele recht als het Europese recht, een juiste balans te vinden tussen de schatplichtigheid die het heeft aan het *Grundgesetz* en aan Duitse verplichtingen, via hetzelfde *Grundgesetz*, onder de Europese Verdragen. Hiervan getuigt onder andere de plicht die het Hof zichzelf oplegt om alleen bij hoge uitzondering in te grijpen in het integratieproces. En als het Hof zou ingrijpen, dan zou het een dergelijke interventie, mits het inderdaad een grensgeval betreft, ook niet zien als een diskwalificatie van Europese samenwerking. Veelzeggend in dit verband is dat het *Bundesverfassungsgericht* ten aanzien van zijn controlebevoegdheid aan het slot van zijn *Lissabon*-uitspraak een expliciete vergelijking trekt met de befaamde *Kadi*-uitspraak van het HvJ.⁹² Met een beroep op de fundamentele beginselen van de EU-rechtsorde wees het Luxemburgse Hof in dit arrest de claim af dat het niet de geldigheid kon toetsen van een verordening die de omzetting vormde van een resolutie van de VN-Veiligheidsraad omdat deze resolutie 'hoger' recht zou zijn.⁹³ Karlsruhe wijst er op dat ook

91 Zie bijvoorbeeld van Paul Kirchhof, de belangrijkste auteur van het Maastricht-Urteil: 'The Legal Structure of the European Union as a Union of States', in: Von Bogdandy en Bast 2007, p. 765.

92 *Lissabon*, r.o. 340.

93 Gevoegde zaken C-402/05 P en C-415/05 P, *Kadi en Al Barakaat v Raad en Commissie* [2008] n.n.g.

Luxemburg van mening is dat de ‘Selbstbehauptung eigener Identität als Rechtsgemeinschaft’ een reden kan zijn om af te wijken van verplichtingen die normaal dienen te worden gerespecteerd. Tegelijkertijd laat het Duitse Hof zo via de achterdeur weten dat het de figuur van pluralisme niet (langer) als kwalijke ontwikkeling ziet.⁹⁴

Wat tot dusver onbesproken is gebleven, is bij welke vorm van constitutioneel pluralisme het *Lissabon-Urteil* het best aansluit. Geeft de uitspraak aanleiding voor de conclusie dat het *Bundesverfassungsgericht* zich ook in normatief opzicht gehouden voelt om bij te dragen aan de ontwikkeling en instandhouding van de Europese rechtsorde of moet de slotsom luiden dat het de bewerkstelling van eenheid in deze rechtsorde baseert op politieke wil? Bestudering van *Lissabon* doet het laatste vermoeden. Dat het Hof zichzelf en de Bondsrepubliek verplicht bij te dragen aan Europese integratie kan uiteindelijk enkel worden teruggevoerd op het *Grundgesetz*. Er is, zo lijkt het, wat Karlsruhe betreft geen overkoepelende Europese (meta)norm die dit voorschrijft. Als het erop aankomt, volgt het Hof zijn eigen weg; iets dat bijvoorbeeld tot uiting komt in zijn geringe bereidheid om gebruik te maken van de prejudiciële procedure.⁹⁵ Bij deze weg laat het zich leiden door twee constitutionele plichten, namelijk het hooghouden van de nationale democratie en het tot stand brengen van een verenigd Europa. Ook ten aanzien van de laatste plicht heeft het Duitse volk, de *pouvoir constituant* van het *Grundgesetz*, het laatste woord. Pluralisme is prima, maar wel op Duitse voorwaarden.

⁹⁴ Grimm 2009, p. 370.

⁹⁵ Zo had het bijvoorbeeld voor de hand gelegen dat Karlsruhe, conform de verplichting van art. 234 EG (oud), het HvJ om raad had gevraagd in de eerder genoemde zaak over Europees Arrestatiebevel. Zie supra, noot 57.

3 Enige inleidende opmerkingen n.a.v. ‘Het Lissabon-Urteil: pluralisme op Duitse voorwaarden’ door Hulstijn en Van Rossem

David Nederlof [■]

De auteurs hebben gekozen voor een meer beschouwende en genuanceerde kijk op de Lissabon uitspraak van het *Bundesverfassungsgericht*, met name als het gaat om de houding van het Hof ten opzichte van de Europese integratie. Waar andere commentatoren de uitspraak van het Hof vooral zien als een bedreiging voor de Europese integratie, trachten de auteurs hier een tegenwicht aan te bieden door de Lissabon uitspraak te bezien in termen van pluralisme. Hieruit zou blijken dat het Hof zich wel degelijk rekenschap geeft van het belang van Europese integratie, zij het dat het de nodige voorwaarden formuleert waaronder Duitse participatie hierin kan plaatsvinden. In die zin moet ook de titel van het preadvies ‘pluralisme op Duitse voorwaarden’ worden bezien. Waar de auteurs hier en daar een kritische noot plaatsen bij de uitspraak van het Hof, worden deze mede geplaatst in het licht van de positie en rol van het Hof, dat nu eenmaal de Duitse Grondwet en de bescherming hiervan als uitgangspunt heeft. In die zin lijkt ‘Duitse voorwaarden’ meer als constatering dan als kritiek te moeten worden opgevat.

Enige kanttekeningen bij de opvatting dat het Hof door het benadrukken van de *Europarechtsfreundlichkeit* in de Lissabon uitspraak eigenlijk een positieve houding heeft ten opzichte van de Unie en de positie van het Europese recht in de Duitse rechtsorde zijn echter te plaatsen.

Als constitutioneel pluralisme wordt opgevat als enerzijds de bevestiging van de autonomie van de eigen rechtsorde en anderzijds de gerichtheid op een zekere samenwerking met in dit geval de Europese rechtsorde, dan lijkt het Hof toch vooral de nadruk te leggen op dat eerste. Bovendien wordt de *Europarechtsfreundlichkeit* stevig geclausuleerd op basis daarvan. De vraag is bovendien of het Hof de *Europarechtsfreundlichkeit* niet te veel clausuleert om te kunnen stellen dat beide aspecten in balans zijn.

Een andere opmerking in dit verband is dat het Hof nu weliswaar de *Europarechtsfreundlichkeit* benadrukt, maar tegelijk wat betreft de bescherming van de Duitse rechtsorde nu een stap verder gaat dan in het *Maastricht-Urteil* door ook verenigbaarheid met de Duitse constitutionele identiteit als voorwaar-

■ Dit betreft een weergave van de uitgesproken tekst.

de te stellen voor de gelding van Europees recht in de Duitse rechtsorde. De vraag daarbij is of beide ontwikkelingen elkaar niet opheffen.

Een ander punt van kritiek op de uitspraak die ook in Duitsland zelf veel gehoord is, is dat de *Europarechtsfreundlichkeit* wel erg specifiek wordt ingevuld en geclausuleerd door het Hof. Dit laat vervolgens weinig ruimte aan de politieke organen om hier een eigen invulling aan te geven. De vraag daarbij is of het Hof hierin niet te ver gaat. Bijvoorbeeld als het Hof stelt dat indien de Unie zich verder ontwikkelt zonder toenemend democratisch gehalte, Duitsland niet langer kan participeren in die Unie. Het lidmaatschap van Duitsland van de Unie lijkt echter toch bij uitstek een politieke vraag te zijn.

Daarnaast zijn enige opmerkingen te maken ten aanzien van het concept pluralisme.

De auteurs stellen dat de Lissabon uitspraak niet te verenigen is met het concept *Multilevel constitutionalism*. Dit komt echter voor een belangrijk deel omdat het Hof een zwart-wit benadering kiest waarin Duitsland een staat is met een volk en de Unie beide aspecten in het geheel niet heeft. Daarmee ontkent het Hof dat de Unie ook maar enige vorm van statelijkheid heeft verkregen en tevens de ontwikkeling van het Europees burgerschap. De auteurs tonen begrip voor deze benadering en gaan hier verder niet al te zeer op in, waardoor de vraag blijft hangen of dit nu een onvermijdelijk standpunt van het Hof is, of dat het Hof, door een tussenpositie in te nemen, de ontwikkelingen van de Unie meer had kunnen erkennen en daarmee meer in de buurt had kunnen komen van het concept van *Multilevel constitutionalism*?

Een kwestie waar de auteurs niet echt op ingaan is hoe de pluralistische positie van het Hof zich in de toekomst zal ontwikkelen. Een interessant punt daarbij is dat het Hof zich eigenlijk alle vrijheid voorbehoudt om in te grijpen bij bevoegdheidsoverschrijding en strijd met de constitutionele identiteit. De *Europarechtsfreundlichkeit* kan dan een reden zijn om terughoudend hierin te zijn, maar het is voor het Hof, tot op heden in ieder geval, geen reden om een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie. De vraag hierbij, die ook in Duitsland door een aantal juristen is opgeworpen, is of het Hof niet moet worden verplicht om, als het op die gronden toetst, een prejudiciële vraag te stellen.

Een laatste opmerking ten aanzien van de titel van het preadvies, is dat het natuurlijk vooral opzienbarend was geweest als in dit geval pluralisme niet op Duitse voorwaarden was geweest. Pluralisme op Duitse voorwaarden lijkt een logisch gevolg van het feit dat het Duitse Hof deze uitspraak gedaan heeft. In die lijn zou ook gesteld kunnen worden dat het Hof van Justitie een pluralistische benadering kiest, zij het op Europese voorwaarden. De vraag is dan of pluralisme een bruikbaar concept is als ieder Hof daar zijn eigen voorwaarden aan verbindt en een eigen interpretatie aan geeft.

- 4 | Een soeverein hof bewaakt de soevereine staat om het soevereine volk te behoeden voor een soeverein Europa
- Het *Lissabon-Urteil* als these en antithese voor de verhouding van Nederland tot de EU

Armin Cuyvers

- 1 INLEIDING: CONSTRUCTIEVE ELEMENTEN VOOR DE VERHOUDING NEDERLAND EN EUROPA

Zowel de Kwantummechanica als de relativiteitsleer zijn herhaaldelijk bewezen. Helaas zijn ze (nog) niet met elkaar te verenigen, zo wordt mij althans verteld. De verhouding tussen nationale rechtsordes en de EU lijkt het juridische equivalent van dit enigma, zij het gelukkig op minder kosmische schaal. Enerzijds lijkt de claim plausibel dat een 'overkoepelend' Europees rechtssysteem, alleen al om coherent te kunnen zijn, voorrang moet hebben. *De facto* erkent de juridische praktijk van alle dag deze voorrang dan ook al zesenvierzig jaar, ondanks theoretische reserves. Anderzijds kan ook de logica overtuigen dat een Verdrag in laatste instantie nooit boven een nationale Grondwet kan staan. Zeker niet waar de autoriteit van dat Verdrag is afgeleid van die Grondwet.¹ Logica die ondersteund wordt door het feitelijke gegeven dat uiteindelijke politieke legitimiteit en macht nog altijd bij de verschillende lidvolkeren ligt, terwijl in geval van een conflict diezelfde volkeren voor de nationale (constitutionele) hoven zullen kiezen, en niet voor Hof van Justitie (HvJ).

Net als in de natuurkunde zijn ook in het recht de mogelijke visies over hoe om te gaan met deze spanning beperkt. Men kan ten eerste verdedigen dat één kamp toch de beste kaarten heeft, en tegenargumenten proberen te ontkrachten of negeren. Ten tweede kan men gaan voor de Nobelprijs met een 'unified theory' die beide kampen samenbrengt. Als derde is er de optie om nut, noodzaak en haalbaarheid van unificatie te ontkennen. In deze laatste

1 Zie voor een omgekeerde redering overigens reeds het latere werk van Kelsen, die de geldigheid van nationale rechtsordes juist herleidt tot de internationale rechtsorde, die in die zin, als 'Grundnorm' voor alle nationale systemen juist normatief fundamenteel is. Zie bijvoorbeeld H. Kelsen, 'Sovereignty and International Law', *Georgetown Law Journal* (48), p. 627 e.v.

benadering kan men het enigma accepteren of juist zelfs omarmen, zoals pluralistische theorieën plachten te doen.²

Geen van de kampen lijkt dicht bij een overwinning.³ Enkele kernvragen achter de Europese integratie blijven daarmee eenvoudigweg onbeantwoord, en uiten zich uiteindelijk in juridische problemen. Waar ligt bijvoorbeeld de uiteindelijke (juridische) autoriteit om te bepalen *dat* er een conflict is tussen Nederlands en Europees recht, en om vervolgens de consequenties van dat conflict te bepalen? En wie kan en moet eigenlijk weer bepalen wie deze bevoegdheid heeft? Fundamentele vragen die in de volle vaart van de lopende integratie, en misschien wel juist door die vaart, beantwoord moeten worden.⁴

2 Zie met name het werk van J.J. Weiler, voor een beschrijving van de beschavende werking van deze paradox. Zie bijvoorbeeld J.J. Weiler, *The Constitution of Europe: 'Do the New Clothes Have an Emperor?'* Cambridge: CUP 1993 en met name hoofdstuk X: 'To be a European Citizen: Eros and Civilization', p. 324 e.v. en J.J. Weiler, 'Federalism without Constitutionalism: Europe's Sonderweg', in: K. Nicolaïdis en R. Howse (eds.), *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the United States and Europe*, Oxford: OUP 2000, p. 57. Zie voor enkele van de leidende figuren in het – in toenemende mate zelf plurale – pluralisme naast Weiler, I. Pernice, 'The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action', 15 *Columbia Journal of European Law* (2009) 349; A. von Bogdandy, 'Founding Principles of EU law: A Theoretical and Doctrinal Sketch', 16 *European Law Journal* (2010) 95; N. Walker, 'The Idea of Constitutional Pluralism', 65 *The Modern Law Review* (2002) 317; M.P. Maduro, 'Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action', in: Neil Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford en Portland: Hart 2003, p. 501 e.v. of M. Kumm, 'The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty', 11 *European Law Journal* (2005) 262. Gezien de insteek van deze bijdrage zal niet nader worden ingegaan op de vele interessante en diverse gezichtspunten die het pluralisme biedt. Daarvoor wordt de lezer nader verwezen naar de bijdrage van W. Hulstijn en J.W. van Rossem in deze bundel.

3 Deze bijdrage zelf ziet met name de eerste strategie als onontkoombaar in de nabije toekomst, waarbij de visie van de nationale constitutionele hoven gevolgd zal moeten worden. Dit alleen al vanwege het feit dat de fundamentele politieke macht en legitimiteit voorlopig zal blijven liggen bij de lidstaten die de nationale hoven vertegenwoordigen. Wel probeert deze bijdrage te laten zien hoe binnen dit gegeven een juridische situatie bereikt kan worden die de situatie onder een 'unified theory' praktisch kan benaderen, ook al lijkt die 'unified theory' zelf theoretisch onhaalbaar.

4 P. Schmitter, 'Federalism & Democracy: Tocqueville inverted or perverted?', beschikbaar via <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/SPS/Profiles/Schmitter/Tocqueville4.pdf>, p. 11. Aan een kant is het natuurlijk merkwaardig dat zulke fundamentele, en vrij evidente, vragen na meer dan 50 jaar nog steeds niet zijn opgelost. Aan de andere kant is het ook niet reëel ideaaltypische eisen te stellen aan de EU. Dit soort vragen over ultieme hiërarchie en relatieve verhoudingen zijn in veel lidstaten ook niet theoretisch sluitend of bevredigend beantwoord. Vergelijk alleen al de oudste Grondwet ter wereld, in de VS, waar de verhouding tussen de staten en de federale overheid, of tussen de verschillende machten omstreden zijn en schommelingen vertonen in dominantie visies. Wellicht is in die zin het probleem ook juist dat dit soort vragen normaal niet juridisch besloten wordt, maar behoren tot een van de continue vragen in het politieke domein.

1.2 De uitdaging van het *Bundesverfassungsgericht*

Het Duitse constitutionele hof, het *Bundesverfassungsgericht*, heeft al jaren een even omstreden als leidende positie bij de gedachtevorming omtrent deze vragen.⁵ Het *Lissabon-Urteil*, over de verenigbaarheid van het Verdrag van Lissabon met de Duitse Grondwet (GG), is de meest recente positiebepaling van het *Bundesverfassungsgericht* (hierna het Hof), en kan qua belang nauwelijks overschat worden.⁶

Het Hof werpt een fundamentele verdediging op van de soevereïne staat als hart-longmachine van een soevereïnvolk onder democratisch zelfbestuur.⁷ Om die reden stelt het grenzen aan de maximale integratie onder de huidige Duitse Grondwet⁸ en ontkent het de ultieme voorrang van Europees recht.⁹ Binnen deze grenzen is de Duitse Grondwet, en rechter, echter *Europarecht-vriendlich*.¹⁰

De uitspraak is scherp en vergaand. Het vormt een hernieuwde poging om een exclusieve conceptualisering van de EU als een verbond van soevereïne staten theoretisch te onderbouwen. Iedere afwijking van deze conceptie, behalve een federale Europese staat, wordt gediskwalificeerd als inherent onverenigbaar met democratie. Het Hof poneert daarmee een *offensieve antithese* tegen zowel de 'klassieke' leer van het Hof van Justitie, welke uitgaat van

5 Zie reeds BVerfGE 37, 271 (1974) Solange I; en BVerfGE 73, 339 (1986) Solange II, met verder Brunner (*Maastricht-Urteil*) BvR 2134/92 en 2159/92 Brunner v. European Union Treaty, uitspraak van 12 oktober 1993, BVerfGE 89, 155 (1993), met de Engelse vertaling in [1994] 1 CMLR 57. Zie in het algemeen, tussen de zeer uitgebreide literatuur die dit arrest teweeg heeft gebracht M. Herdegen, 'Maastricht and the German Constitutional Court: Constitutional restraints for an Ever Closer Union' (1994) 31 CMLR (1994) 235 en S.J. Boom, 'The European Union after the Maastricht Decision: Will Germany be the Virginia of Europe?', 43 Am. J. Comp. L. (1995) 177.

6 2 BvE 2/08 van 30 juni 2009. Hier zal gebruik worden gemaakt van de Engelse vertaling, beschikbaar via het Hof zelf op: http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html Wanneer naar het arrest verwezen wordt zal dit kortheidshalve alleen zijn met 'Lissabon' en een paragraafnummer.

7 Zie o.a. *Lissabon*, r.o. 224 en 226.

8 Zie bijv. *Lissabon*, r.o. 228, 263-4, en 252 e.v. 'What has always been deemed especially sensitive for the ability of a constitutional state to democratically shape itself are decisions on substantive and formal criminal law (1), on the disposition of the police monopoly on the use of force towards the interior and of the military monopoly on the use of force towards the exterior (2), the fundamental fiscal decisions on public revenue and public expenditure, with the latter being particularly motivated, inter alia, by social-policy considerations (3), decisions on the shaping of circumstances of life in a social state (4) and decisions which are of particular importance culturally, for instance as regards family law, the school and education system and dealing with religious communities (5).

9 *Lissabon*, o.a. r.o. 330.

10 Hoewel de uitspraak ook enkele positieve en constructieve elementen voor integratie bevat, ligt de kern toch in het stellen van grenzen. Met erkenning voor deze constructieve elementen, zal deze bijdrage zich daarom met name richten op de grenzen die het Hof stelt.

absolute voorrang van Europees recht,¹¹ als tegen de (academisch) steeds populairdere post-nationale, post-soevereine, pluralistische benaderingen.

De uitspraak legt verschillende zwakke plekken in deze concurrerende concepties van Europese integratie bloot, en levert in het algemeen een belangrijke bijdrage en stimulans aan de discussie. Zo lijkt de positie van het Hof beter aan te sluiten bij de politieke realiteit van dit moment en de feitelijke machtsverhouding tussen de lidstaten en de EU dan concurrerende theorieën.¹²

Geheel in lijn met de traditie van het Hof is de uitspraak echter ook gegarandeerd omstreden en gebaseerd op enkele theoretische zwarte gaten.¹³ Hoewel de fel bekritiseerde verwijzing naar een prepolitiek, organisch 'volk' verdwenen is,¹⁴ zijn in plaats daarvan nieuwe vergaande posities ingenomen over bijvoorbeeld democratie, soevereiniteit en de relatie tussen beiden. Posities die ten dele rusten op generalisaties of weinig overtuigende aannames, zoals de claim dat alleen systemen met 'one man one vote' waarlijk democratisch kunnen zijn.¹⁵

Als gevolg bevat de uitspraak, in de ogen van dit preadvies, te veel zwakheden om direct over te nemen, maar ook teveel kernen van nuchtere waarheid om naast je neer te kunnen leggen. Daar komt bij dat dit niet slechts een van de vele meningen over de verhouding tussen de EU en de lidstaten is. Het is de rechterlijke *kwalificatie* daarvan door de hoogste rechter van de belangrijkste lidstaat van de Unie. De uitspraak is daarmee een bepalende factor in hetzelfde integratiefenomeen dat het probeert te duiden. Zelfs indien men het niet met de benadering eens is, en een alternatieve visie op integratie preferiert, zal deze alternatieve visie moeten incorporeren dat een centrale speler als het *Bundesverfassungsgericht* uit blijft gaan van een verbond van soevereine staten. Een positie waarin het bovendien gevolgd wordt door andere constitutionele hoven.¹⁶ Gezien de consistentie in de visie van het Hof op dit punt, en de constitutionele verankering van de positie van het Hof in de

11 Hoe 'ondergetheoretiseerd' deze claim van het Hof deze ook mag zijn, omvat deze in ieder geval de claim van totale voorrang. Zie met name zaak 6/64, *Costa v. E.N.E.L.* [1964] ECR 1203; en zaak 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125; Zaak 106/77.

12 Zie voor een nuchtere en feitelijke analyse van de nog steeds zeer dominante macht van de lidstaten A. Moravcsik: 'The European Constitutional Compromise and the Neofunctionalist Legacy', *Journal of European Public Policy* 12:2 (2005), p. 349 e.v. en 'Federalism in the European Union: Rhetoric and Reality', in: K. Nicolaïdis en R. Howse, (eds.), *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the US and the EU*, Oxford: Oxford University Press 2001. Gebaseerd op deze analyse kan men zich zelfs afvragen of het *Bundesverfassungsgericht* zich niet te bedreigd voelt door de EU.

13 C. Schönberger, 'Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigone at Sea', 10 *German Law Journal* 1209, D. Thym, 'In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon Judgment of the German Constitutional Court', 46 *Common Market Law Review* (2009) 1795.

14 Zie nog slechts de veel minder vergaande verwijzing in paragraaf 251. Thym 2009, p. 1816.

15 'Editorial', 5 *European Constitutional Law Review* (2009).

16 J. Baquero Cruz, 'The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement', 14 *European Law Journal* (2008) 397.

‘eeuwigheidsclausule’ van de Duitse Grondwet, zal deze rechtspraak bovendien nog voor langere tijd een factor van betekenis blijven.

Zowel qua onderwerp, inhoud en auteur is dit derhalve een uitspraak die allen, ook de Nederlandse rechtsorde, uitdaagt om de eigen positie ten opzichte van Europa veel explicieter en fundamenteeler te overwegen dan wellicht tot nu toe gedaan is.

1.3 Doel en structuur

Dit preadvies hoopt bij te dragen aan die overweging door een constructieve analyse van het *Lissabon-Urteil*. Gezien de breedte (en omvang) van het arrest zal deze bijdrage zich beperken tot drie elementen daaruit. Daarnaast zal van de vrije vorm van het preadvies misbruik gemaakt worden om, gebaseerd op ieder van deze drie analyses, kort enkele embryonale voorstellen te doen voor de Nederlandse positiebepaling ten opzichte van Europees recht.

Eerst zal worden ingegaan op de inzichten die het arrest levert voor de voorvraag of de rechter überhaupt wel de aangewezen instantie is om te beslissen over de aard en grenzen van integratie. Gepleit zal worden voor een sterkere rol voor de Nederlandse Grondwet en rechter (§ 2).

Vervolgens zal in worden gegaan op de *ultra vires* en identiteitscontrole die het Hof aankondigt, en op de vraag waar het Hof de eigen autoriteit voor het uitoefenen van deze controle op fundeert. Op basis daarvan wordt gekeken naar een eventuele basis in de Nederlandse rechtsorde voor dergelijke controle, maar wordt vooral voorgesteld om de voorrang van Europees recht niet langer als regel maar als principe te hanteren, met als doel het voorkomen van directe conflicten die een *ultra vires* toets op basis van nationaal recht noodzakelijk maken (§ 3).

Als laatste wordt ingegaan op het hart van de uitspraak: de verdediging van een specifieke conceptie van soevereiniteit, die gekoppeld wordt aan concepties van democratie en staat (§ 4). Hoewel de poging om via de modernisering van klassieke concepten van constitutionele theorie een brug te slaan tussen de legitimiteitsstructuur van de Lidstaten en die van de EU geheel wordt ondersteund, kiest het Hof helaas voor een onnodig defensieve en gesloten conceptie van externe, statelijke soevereiniteit. Ook het vooronderstelde noodzakelijke verband tussen democratie, staat en soevereiniteit is problematisch. Voorgesteld wordt dat, door te kiezen voor daadwerkelijke soevereiniteit van het *volk*, in plaats van voor een soevereine *staat*, soevereiniteit een veel constructievere basis kan vormen voor Europese integratie.

Benadrukt moet worden dat de in dit preadvies gedane voorzetten op hun beurt weer vele problemen met zich meebrengen en, zoals bijna iedere poging een oplossing te bieden voor deze problematiek, noodzakelijk grenzen aan

hubris. Hopelijk kunnen zij echter bijdragen, zowel met hun tekortkomingen als eventuele merites, aan een constructieve ontwikkeling in het debat.

In het kader van efficiëntie zal geen samenvatting van de uitspraak gegeven worden, waarvoor wordt verwezen naar de algemene inleiding bij deze preadviezen, alsmede naar de verschillende andere uitstekende samenvattingen die reeds voorhanden zijn.¹⁷ Slechts die delen van het arrest worden besproken die relevant zijn voor de geselecteerde punten.

2 PROLEGOMENA: WIE BESLIST EN WAAROM?

Een niet onbelangrijke voorvraag is natuurlijk of de fundamentele verhouding tussen lidstaten en de EU wel door een rechter bepaald moet en kan worden. Zowel normatief als functioneel kan men vraagtekens zetten. Is normatief gezien dit democratisch zwak gelegitimeerde deel van de Trias wel aangewezen voor fundamentele keuzes over aard en toekomst van het bestel? En is het niet merkwaardig dat de veel bredere vraag naar de verhouding tussen lidstaten en de EU wordt gecondenseerd tot een *juridische* vraag?

Functioneel kan men zich afvragen of de rechterlijke macht wel in staat is constructieve oplossingen te bieden, zeker waar deze wellicht een *incoherent* compromis tussen verschillende posities vergen. Leidt de rechtelijke functie en logica zowel de nationale rechter als de Europese rechter immers niet onherroepelijk tot de conclusie dat de respectievelijke rechtsorde die zij bewaken de hoogste is, en daarmee tot een onvermijdelijk en onoplosbaar conflict?

Ook voor deze voorvraag is het Duitse voorbeeld instructief. Naast het eenvoudige feit dat er weinig alternatief voor de rechter is op de middellange termijn (2.1 en 2.2), kan de rechterlijke macht juist een sterke normatieve basis en democratische legitimiteit claimen. Daarnaast kan de rechter ook juist een actor zijn in het meer betrekken van de nationale politiek (2.3), wat wel weer nieuwe vragen doet rijzen over de gewenste verhouding tussen een actieve rechter en een geactiveerde nationale politiek (2.4). Inzichten die leiden tot de conclusie dat de voortschrijdende integratie een extra argument kan vormen om de beperkte Nederlandse constitutionele traditie te versterken, en de Nederlandse rechter prominenter te betrekken bij de discussie over de EU (2.5).

17 Thym 2009; Schönberger 2009; F. Schorkopf, 'The European Union as An Association of Sovereign States: Karlsruhe's Ruling on the Treaty of Lisbon', 10 *German Law Journal* (2009) 1220; C. Tomuschat, 'The Ruling of the German Constitutional Court on the Treaty of Lisbon', 10 *German Law Journal* (2009) 1259; Roland Bieber, 'An Association of Sovereign States', 5 *European Constitutional Law Review* (2009) 39; D. Grimm, 'Comments on the German Constitutional Court's Decision on the Lisbon Treaty. Defending Sovereign Statehood against Transforming the European Union into a State', 5 *European Constitutional Law Review* (2009) 353.

2.1 Het ontbreken van een politiek alternatief

Wellicht onbevredigend, maar vastgesteld moet worden dat er momenteel weinig alternatieven zijn voor de rechterlijke weg. De politiek laat de vraag over de uiteindelijke verhouding immers graag links liggen.

Op Europees niveau hebben de 'heren van het verdrag' al sinds Costa E.N.E.L.¹⁸ geen definitieve politieke keuze gemaakt omtrent voorrang. De onjuist en ongelukkig getitelde 'Grondwet' voor Europa bevatte weliswaar voor het eerst een codificatie van de voorrang van Europees Recht in art. I-6, maar handhaafde daarmee alleen de juist onduidelijke *status quo*.¹⁹ Zelfs deze beschrijving van de praktijk bleek echter te controversieel, en sneuvelde in de transfiguratie van de Grondwet tot Lissabon.²⁰ Het artikel werd vervangen door een nog minder vergaande 'Verklaring 17 betreffende voorrang'.²¹ Geen gezamenlijk politiek machtswoord, derhalve. Een unaniem politiek akkoord over een alternatief voor de huidige rechtspraak van het Hof van Justitie valt bovendien ook de komende tijd niet te verwachten, zeker niet gezien de ruim tien jaar die de toch relatief geringe wijzigingen onder Lissabon hebben gekost.²²

Ook in de lidstaten wordt de beslissing zonder veel strijd aan de rechter gelaten. Zelfs in Duitsland, bijvoorbeeld, wordt niet politiek geïntervenieerd, ondanks de lang lopende en prominente onenigheid tussen het *Bundesverfassungsgericht* en het Hof van Justitie. Ook in andere lidstaten, waar rechters positie innemen die op zijn minst lastig te verenigen zijn met de geest van loyale samenwerking, grijpt de politiek eenvoudigweg niet in.²³

Geconfronteerd met daadwerkelijke interactie tussen nationaal en Europees recht kan de rechter meestal wel een conflict maar, anders dan de politiek, niet een beslissing vermijden. Het kan weinig verbazing oproepen dat de meeste hoogste of constitutionele rechters, inclusief het Hof van Justitie, daarbij het primaat waarborgen van de rechtsorde waarop zij zelf stoelen. Hoewel

18 Zaak 6/64, Costa v. E.N.E.L. [1964] ECR 1203.

19 Art. I-6 van het Verdrag stelde dat 'De Grondwet en het recht dat de instellingen van de Unie bij de uitoefening van de haar toegedeelde bevoegdheden vaststellen, hebben voorrang boven het recht van de lidstaten.'

20 G. Barrett, 'The King is Dead, long live the King. The Recasting by the Treaty of Lisbon of the Provisions of the Constitutional Treaty Concerning National Parliaments' *European Law Review* 2008, p. 66 e.v.; R. Barents, 'The Precedence of EU Law from the perspective of Constitutional Pluralism', 5 *European Constitutional Law Review* (2009) 421.

21 Daarbij wordt expliciet verwezen naar de opinie van de juridische dienst van de Raad die stelt dat 'Het feit dat het beginsel van voorrang niet in het nieuwe Verdrag wordt opgenomen, verandert hoegenaamd niets aan het bestaan van dit beginsel of aan de rechtspraak van het Hof van Justitie.' Zie verder hieronder. Zie voor de geconsolideerde versie van de door Lissabon gewijzigde verdragen Pb C 83 (2010). Een verklaring heeft geen bindend effect.

22 M. Dougan, 'The Treaty of Lisbon 2007: Winning Minds, not Hearts', 45 *CMLRev* (2008) 617.

23 Zie art. 4(3) VEU, art. 10 EG oud.

in sterk verschillende bewoordingen en gradaties van respect ten opzichte van het Europese recht- sluiten de meeste nationale constitutionele hoven daarom toch de ultieme voorrang van Europees recht uit.²⁴ Deze ingebouwde voorkeur voor nationale suprematie in de rechterlijke macht betekent op haar beurt weer dat de nationale politiek ook weinig reden heeft om in te grijpen. Waarom deze 'neutrale' rechterlijke bescherming van nationale suprematie opgeven?

2.2 De juridische aard van de EU-rechtsorde

De centrale rol van de rechter gaat echter nog een stap dieper dan alleen politieke onwil. Deze rol hangt ook samen met de sterk juridische aard van de EU en het centrale belang van recht als instrument voor integratie. De eigen rechtsorde van de Unie is niet zozeer product van een voorafgaande Europese politieke eenheid, maar eerder een dragende constructie voor de geleidelijke ontwikkeling van die politiek integratie.²⁵ Juist omdat er niet een centrale onderliggende politieke eenheid is, die primair vertrouwt op het interne politieke proces om bepaalde keuzes te maken, wordt elk belangrijk compromis tussen de lidstaten verdragsrechtelijk verankerd. Als gevolg houdt de Unie haar juridische aard zelf in stand, en komt het vanzelf aan de rechter om de bereikte compromissen uit te leggen.²⁶ Daarnaast heeft de EU, anders dan een federale staat, geen eigen machtsmiddelen, naast het recht, om lidstaten in het gareel te houden. De juridische structuur, inclusief de medewerking van nationale rechters, wordt daardoor van nog groter belang.²⁷

24 Zie naast *Lissabon* o.a. het Poolse Constitutionele Hof, in het arrest van 11 mei 2005, K18/04 voor een vlamvend betoog voor nationale soevereiniteit, en de recente uitspraak van het Tsjechische Constitutionele Hof van 3 november 2009 (http://angl.concourt.cz/angl_verze/cases.php). Zelfs het Spaanse Constitutionele Hof (zie Declaration 1/2004 van December 13, 2004), hoewel nog het meest beleefd richting Europees Recht, sluit uiteindelijk toch ook voorrang uit. Zie paragraaf 35, 55 e.v.: 'then in the last resort the interest of maintaining the sovereignty of the Spanish people, and the supremacy of the constitution adopted by the Spanish people, might require this court to re-examine those problems.'

25 A. Vauchez, 'The transnational politics of judicialization. Van Gend en Loos and the making of EU Polity' 16 *European Law Journal* (2010) 1 en klassiek: Cappelletti/Secombe/Weiler (eds.), *Integration Through Law* (Vol. 1), Berlin: De Gruyter 1985, p. 261 e.v. Dat is niet om te ontkennen dat de EU een zeer politieke organisatie is waar politiek een cruciale rol speelt, maar slechts om aan te geven wat voor een centrale rol recht, en daarmee de rechterlijke macht spelen in de EU, en de band tussen lidstaten en de EU.

26 Zo zijn in de Unie veel onderwerpen in het Verdrag, en daarmee op het hoogste, constitutionele niveau, geregeld die in de meeste lidstaten onder gewone wetgeving vallen. Gezien de zeer zware voorwaarden voor het wijzigen van het Verdrag vallen zijn deze punten redelijk juridisch geïsoleerd van de politiek, en is het aan het Hof van Justitie een interpretatie te geven. Problematisch genoeg lijkt het eenvoudigweg negeren van het Verdrag, zoals in de huidige financiële crisis, een nieuwe politieke methode om met dit probleem om te gaan.

27 D. Edward, 'CILFIT and Foto-Frost in their Historical and Procedural Context' in: M.P. Maduro en L. Azoulai (eds.), *The Past and Future of EU Law*, Oxford: Hart 2010, p. 178.

Dit is niet om te ontkennen dat de EU een zeer politieke organisatie is, waarin politiek en ambtenarij een cruciale rol spelen. De beperkte claim is slechts dat recht, en daarmee de rechterlijke macht, een veel centralere rol spelen in de EU dan in de meeste lidstaten, waardoor de Unie de lidstaten vaak ook in juridische vorm tegemoet treedt.²⁸ Niet toevallig is de voorrang van Europees geïntroduceerd en ontwikkeld door de Europese rechter,²⁹ en is voorrang als een juridische conflictregel direct gericht tot de nationale rechtssystemen. Dat het antwoord op dit concept vervolgens primair van de nationale rechters komt kan dan ook weinig verbazen. Dit mede omdat een dialoog tussen nationale politiek en de Europese rechter lastig is, terwijl de eis van unanimiteit een dialoog tussen de 'heren' van het verdrag en de Europese rechter ook zeer bemoeilijkt. De juridische aard en verankering van Europese integratie maakt, met andere woorden, van de nationale rechter een natuurlijke gesprekspartner.

2.3 De normatieve claim en meta-democratische legitimatie van de nationale rechter

De meeste nationale (constitutionele) rechters, waaronder het *Bundesverfassungsgericht*, nemen hun 'Europese' rol overigens met enig enthousiasme op zich.³⁰ Veel problemen lijken zij niet te hebben met het nemen van de uiteindelijk beslissing over de status van Europees recht, die vrij standaard het uiteindelijke machtswoord ook bij *diezelfde rechter houdt*, en niet bij Europa of de nationale politiek legt.

De visie van het Hof op de aan Lissabon toegevoegde verklaring 17 betreffende de voorrang van Europees recht levert een mooi voorbeeld. Zoals hierboven reeds aangegeven vervangt deze verklaring het gesneuvelde art. I-6.³¹ Verklaring 17 memoreert dat, in overeenstemming met de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie, EU-recht voorrang heeft boven 'het recht' van de

²⁸ J.H.H. Weiler, 'The Transformation of Europe', 100 *Yale L.J.* (1990-1991) 2403.

²⁹ A. Stone Sweet, 'The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority: *Cilfit* and *Foto-Frost*' in: M.P. Maduro en L. Azoulai (eds.), *The Past and Future of EU Law*, Oxford: Hart 2010, p. 201.

³⁰ Zie naast de centrale positie die het Hof juridisch en theoretisch voor zich opeist ook het voorstel van het *Bundesverfassungsgericht* voor de introductie van een speciale procedure voor de *ultra vires* en identiteitstoetsing in paragraaf 241. Een procedure die de rol van dit Hof verder zal versterken.

³¹ Art. I-6 van het Grondwettelijke Verdrag stelde dat 'De Grondwet en het recht dat de instellingen van de Unie bij de uitoefening van de haar toegedeelde bevoegdheden vaststellen, hebben voorrang boven het recht van de lidstaten.'

lidstaten 'onder de voorwaarden bepaald in die rechtspraak'.³² Deze rechtspraak van het HvJ is duidelijk: EU-recht heeft absolute voorrang boven al het nationale recht, inclusief de Grondwet.³³

Ondanks deze ook door de Duitse wetgever met tweederde meerderheid aangenomen verklaring stelt het *Bundesverfassungsgericht* simpelweg dat verklaring 17 verwijst naar voorrang zoals omschreven in de eigen rechtspraak. Deze bijzondere interpretatie, waarbij een verklaring bij het Lissabon verdrag zou verwijzen naar de Duitse rechtspraak, is ook wel noodzakelijk omdat het Hof verder aangeeft dat een erkenning van absolute voorrang van EU-recht in strijd zou zijn met de Grondwet, en ratificatie van het Verdrag onmogelijk zou maken.³⁴

Het Hof zou, met andere woorden, niet eens een beslissing van de (grond)-wetgever om voorrang te erkennen accepteren. Dit komt doordat het Hof zichzelf niet alleen als achtervanger van een onwillige politiek ziet, maar als de uiteindelijk aangewezen instantie om de verhouding tussen nationaal en EU-recht te bepalen, of preciezer, de uiteindelijke voorrang van nationaal recht boven EU-recht te garanderen. Daarbij geeft het Hof meerdere grenzen aan waarbinnen nationale besluitvorming simpelweg moet blijven, zonder te twijfelen of het wel de plek van rechter is, en niet van de politiek om deze afwegingen te maken.³⁵

De reden voor dit zelfvertrouwen ligt in de Duitse Grondwet. Het Hof spreekt namens, en dus met, de autoriteit van de Grondwet, en claimt daarmee juist een nog sterkere democratische, of zelfs meta-democratische, legitimiteit dan de politiek. De Grondwet fundeert immers het gehele democratische bestuur van Duitsland. Als *conditio sine qua non* voor democratische besluitvorming staat de Grondwet daarmee automatisch normatief boven datzelfde politieke proces.³⁶ Deze normatieve superioriteit geldt *a fortiori* voor die delen van de Grondwet die onder de 'eeuwigheidsclausule' van art. 79(3) GG vallen. Deze delen mogen niet eens door een tweederde meerderheid gewijzigd worden, en zijn derhalve, juist in naam van de democratie, buiten het bereik van politieke besluitvorming gehouden.

32 Verklaring 17. Daarbij wordt expliciet verwezen naar de opinie van de juridische dienst van de Raad die stelt dat: 'Het feit dat het beginsel van voorrang niet in het nieuwe Verdrag wordt opgenomen, verandert hoegenaamd niets aan het bestaan van dit beginsel of aan de rechtspraak van het Hof van Justitie.'

33 Dit is vaste rechtspraak sinds zaak 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft* [1970] ECR 1125.

34 *Lissabon*, r.o. 331 en 341. Daarbij verwijst het Hof naar art. 4(2) TEU al bewijs voor de Europese erkenning van constitutionele onschendbaarheid.

35 Zie bijv. *Lissabon*, r.o. 228, 263-4, en 252 e.v.

36 Zie art. 20 GG: '(1) The Federal Republic of Germany is a democratic and social federal state. (2) All state authority is derived from the people. It shall be exercised by the people through elections and other votes and through specific legislative, executive, and judicial bodies. (3) The legislature shall be bound by the constitutional order, the executive and the judiciary by law and justice. (4) All Germans shall have the right to resist any person seeking to abolish this constitutional order, if no other remedy is available.'

2.4 De rechter als waakhond van de staat

Het normatieve gat, wat men zou kunnen verwachten waar de rechter in plaats van de wetgever optreedt, wordt derhalve gevuld met de autoriteit van de Grondwet.³⁷ Daarbij zie je een interessante effect van Europese integratie op de rol van de hoogste rechter als hoeder van de Grondwet. De rechter is niet alleen meer een waakhond *tegen* de staat, die moet voorkomen dat (een deel van) de staat zijn macht misbruikt tegen de burgers. De rechter ook een waakhond *van* de staat geworden, die de Grondwet, en daarmee de fundamenteën van de staat, moet beschermen tegen externe bedreiging.³⁸ Een externe bedreiging die, om het ingewikkeld te maken, wel weer gevormd kan worden door organen van diezelfde staat die teveel bevoegdheid willen overdragen aan bijvoorbeeld de EU.

Hieronder, in paragraaf 4 betreffende soevereiniteit, zal terug gekomen worden op deze extra taak als waakhond van de soevereine staat, waarbij men vraag moet stellen of de superioriteit van de Grondwet wel gelijk gesteld mag worden aan de superioriteit van de staat, of van rechter om dit soort beslissingen te nemen.³⁹ Belangrijk om vast te stellen is echter dat de vraag of de rechter wel democratisch gelegitimeerd is om dergelijke fundamentele beslissingen te nemen, afhangt van de meer algemene vraag van constitutionele en democratische theorie hoe ver een Grondwet mag gaan in het beperken van het primaire democratische proces ter bescherming van democratie op de langere termijn. De anti-democratische *potentie* van de Grondwet om in de naam van democratie democratische meerderheden te vervangen door rechterlijke besluitvorming moet zelf immers ook weer gecontroleerd worden.⁴⁰ Een spanningsveld dat de Duitse rechter ook wel aanvoelt, gezien de verschillende manieren waarop toekomstige politieke besluitvorming juist wordt uitgelokt.

37 Het is dan ook niet verrassend dat het met name lidstaten met een sterke Grondwet en/of constitutionele traditie zijn die op deze wijze de voorrang van Europees recht ontkennen.

38 Op dit punt zien wetgever en constitutionele rechter zich dus naast in plaats van tegenover elkaar staan. Deze situatie is daarmee een van de vele voorbeelden van hoe de Europese integratie ook de interne constitutionele balans ingrijpend beïnvloed. Denk bijvoorbeeld ook aan de balans tussen parlement en regering door de participatie van ministers in de Raad van Ministers, of de verdwenen hiërarchie tussen lagere rechters en hogere rechters waar het de toepassing van Europees recht betreft. Zie A. Cuyvers, 'The Aristocratic Surplus', in: A.A.M. Kinneging (ed.), *Rethinking Europe's Constitution*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 117 e.v.

39 Een spanningsveld dat inherent is aan de verheven positie van Grondwetten, de noodzaak van interpretatie, en het feit dat onder de traditionele trias de wetgevende macht wordt gezien als de meest democratisch gelegitimeerde en hoogste macht.

40 Zie verder paragraaf 2.5.

2.4.1 De rechter als instigator van politieke besluitvorming

Binnen de harde grenzen die de Duitse rechter aan politieke besluitvorming stelt, probeert het Hof namelijk tegelijkertijd ook actievare politieke bemoeienis te stimuleren. Voor dit doel gebruikt het Hof met name de vele bepalingen in het verdrag van Lissabon die primair recht kunnen wijzigen.⁴¹

Naast de 'standaard' verdragswijziging, nu in principe met Conventie,⁴² bevatten het Unieverdrag en het Verdrag betreffende de Werking van de Unie (VWEU) tezamen nog vier andere vormen van wijziging:⁴³ i) de vereenvoudigde herzieningsprocedure van art. 48.6 TEU, ii) specifieke varianten van de vereenvoudigde herzieningsprocedure,⁴⁴ iii) de algemene 'passerelle' procedure van art. 48.7 TEU welke de transitie van unanimiteit naar gekwalificeerde meerderheid mogelijk maakt op verschillende gebieden, waarbij nationale parlementen altijd een veto hebben, en iv) de *bijzondere* 'passerelles', welke op specifieke terreinen die niet onder de algemene mogelijkheid van art. 48.7 TEU vallen de mogelijkheid bieden van unanimiteit naar gekwalificeerde meerderheid over te stappen. Enkele van deze bijzondere passerelles geven wel een veto aan de nationale parlementen,⁴⁵ de meeste doen dit echter niet.⁴⁶

Het Hof kwalificeert al deze mogelijkheden als formele verdragswijzigingen.⁴⁷

Nu eist het verdrag bij de normale en vereenvoudigde procedures zelf al een ratificatie door alle lidstaten, waarmee de invloed van nationale parlementen geborgd is. De passerelles doen dit echter niet, waardoor volgens het Hof voldoende democratische controle ontbreekt.⁴⁸ Als gevolg moet er in ieder geval voorafgaande toestemming zijn van de *Bundestag* en *Bundesrat* voordat de regering zich mag committeren.⁴⁹ In de meeste gevallen dient gebruik

41 *Lissabon*, r.o. 243 e.v.

42 Art. 48 TEU.

43 Zie voor de geconsolideerde versie van de door Lissabon gewijzigde verdragen Pb C 83 (2010). Zie algemeen R.H. van Ooik en R.A. Wessel, *De Europese Unie na het Verdrag van Lissabon*, Deventer: Kluwer 2009, p. 46 e.v.

44 Zie art. 42.2 TEU, Art. 64 (3) VWEU, Art. 25.2 VWEU, Art. 77(3) VWEU, Art. 83(1) VWEU, art. 86 (4) VWEU, Art. 98 VWEU, Art. 107 VWEU, Art. 126(14) VWEU, Art. 129(3-4) VWEU, Art. 218.2 VWEU, art. 223.1 VWEU, Art. 262 VWEU, art. 281 VWEU, Art. 308 VWEU, Art. 311.3 VWEU, art. 346(2) VWEU en Art. 355 VWEU.

45 Art. 31(3) TEU en art. 81(3) VWEU.

46 Art. 153(b) VWEU, art. 192 (2)VWEU, art. 312 VWEU, art. 333 TFEU.

47 *Lissabon*, r.o. 315 e.v.

48 *Lissabon*, r.o. 317.

49 *Lissabon*, r.o. 320. Dit was dan ook het enige punt waarop het Hof beet: de Duitse wetgeving voor de implementatie van Lissabon was niet afdoende, omdat het de rol en invloed van de *Bundesrat* en *Bundestag* niet afdoende waarborgde bij deze verdragswijzigingen. Dit roept de vraag op naar de externe werking van deze restrictie. Naar mijn mening zou een in de Raad uitgebrachte stem Duitsland binden, ook al is deze stem zonder voorafgaande interne toestemming uitgebracht. Waarschijnlijk zou het Hof echter de betreffende maatregel

van deze clausules van tevoren goedgekeurd te worden door een wet in de zin van art. 23 lid 1 GG. Waar dergelijke Verdragswijzigingen de Duitse Grondwet 'geändert oder ergänzt wird' vergt dit zelfs een procedure voor formele grondwetswijziging waarbij een tweederde meerderheid vereist is.⁵⁰ Duidelijke politieke stellingname in het parlement is derhalve vereist.

Het Hof gaat echter nog een stap verder en beschouwt voortaan ook het gebruik van art. 352 VWEU als een verdragswijziging. Met Lissabon is de beperking in dit oude art. 308 EG tot maatregelen gericht op de interne markt geschrapt. Hierdoor zag de Duitse rechter zijn kans schoon⁵¹ deze bepaling als een mogelijke *Kompetenz-Kompetenz* te bestempelen omdat de bevoegdheid onder dit artikel nu in theorie grenzeloos is.⁵² Ieder gebruik van art. 352 VWEU moet verder worden gezien als het overdragen van een per definitie nog niet overgedragen bevoegdheid, en vormt daarmee een formele verdragswijziging. Als gevolg moet ook ieder gebruik van art. 352 VWEU van tevoren goedgekeurd worden door een wet in de zin van art. 23 lid 1 GG. Voor zover een concrete toepassing van deze rechtsbasis geacht wordt de Duitse Grondwet te veranderen is zelfs een twee derde meerderheid in de Duitse parlement vereist, waarmee ook instemming van een deel van de oppositie noodzakelijk wordt. Hierdoor zal de Duitse politiek in ieder geval gedwongen worden om een positie in te nemen met betrekking tot deze wetgeving, dan wel zal de EU behendig moeten worden in het vermijden van dit vroeger voor de Raad juist erg populaire artikel.⁵³

Hoewel het Hof dus zelf de fundamentele verhouding tussen de nationale en Europese rechtsorde bepaalt, probeert het Hof wel degelijk ook de besluitvorming over Europese integratie te politiseren. Veel dichtter kan het Hof het politieke paard nu eenmaal niet bij het Europese water brengen dan door zo vaak mogelijk een nationaal politiek besluit af te dwingen over Europese aangelegenheden. Zolang de basis van politieke macht immers in de nationale politiek blijft liggen, is de enige manier om de Unie echt te democratiseren

geen werking toe kunnen laten komen in de Duitse rechtsorde wegens strijd met de Grondwet. Dit zou met name lastig zijn bij gebruik van een Passerelle: de vraag speelt dan of alle verdere maatregelen, genomen onder de aangepaste wetgevende procedure, dan ook niet geldig zouden zijn in Duitsland?

50 *Lissabon*, r.o. 319-320, art. 23 lid 1 GG jo. 79 leden 2 en 3 GG.

51 *Lissabon*, r.o. 327. De beperking tot de interne markt in het oude art. 308 EG was immers zeer zwak, en leek geen echt grote barrière op te werpen voor allerhande wetgeving, inclusief het bevroren van de fondsen van terroristen, omdat dit ook een financieel effect zou hebben.

52 *Lissabon*, r.o. 327 en 328. Een dergelijke 'open' bevoegdheid is niet verenigbaar met het attributiebeginsel, terwijl juist dit beginsel als fundamenteel voor de soevereiniteit van de Duitse staat wordt gezien door het Hof.

53 In die zin kan het netto effect ook een vermindering van Duitse invloed zijn: zeker nu de 'gewone' wetgevingsprocedure de standaard is, zouden lidstaten de toevoeging van art. 352 VWEU klassiek kunnen gebruiken om weer unanimiteit af te dwingen. Een weg die nu wellicht minder snel gekozen zal worden vanwege ratificatieproblemen in Duitsland, zodat de keuze eerder zal zijn de 'gewone' rechtsbases op te rekken.

door de Europese besluitvorming onontkoombaar relevant te maken voor die nationale politiek.

Gezien de huidige verwevenheid tussen parlement en regering in de meeste lidstaten kan men zich overigens nog wel afvragen of dit ook tot veel drinken zal leiden. Het is wellicht een overschatting van het dualisme. Een overschatting waar ook Lissabon zelf zich schuldig aan maakt met haar sterke focus op nationale parlementen.⁵⁴ Vanwaar de hoop dat parlementen hun regeringen nu sterker gaan controleren? Geen onoverkomelijke juridische of procedurele barrière heeft ze daar immers ooit van weerhouden. De eis van een tweede meerderheid verandert dat plaatje overigens wel, aangezien dit vaak ook de instemming van een (deel van) de oppositie zal vereisen.⁵⁵

2.5 DE VERHOUDING NATIONALE RECHTER EN NATIONALE POLITIEK: HET INTERNE PRIMAAT?

Dergelijke activering van de nationale politiek roept op haar beurt weer de vervolgvraag op wat de verhouding moet zijn tussen de nationale rechter en een geactiveerde politiek als het om Europese integratie gaat. Hoeveel ruimte, met name, moet de rechter aan het parlement laten?⁵⁶ Daarbij moet niet vergeten worden dat het juist die democratische wetgever is geweest in Duitsland die tot nu toe voor integratie heeft gekozen, en ook sterk voor het Verdrag van Lissabon was.

Verschillende conflictscenario's zijn daarbij denkbaar. Hoe respectvol moet de rechter bijvoorbeeld zijn ten opzichte van een wet onder art. 23 GG, zoals de ratificatie van Lissabon, welke volgens het Hof de kern van de democratie en identiteit raakt? Hier zal de rechter de gebruikelijke discretionaire ruimte van de wetgever moeten afwegen tegen de fundamentele status van de Duitse Grondwet. Hoewel de toon en argumentatie van het *Lissabon-Urteil* lijkt aan te geven dat het Hof hier een strenge lijn zal volgen, lijkt de *beslissing* van het Hof, die op punten weinig van doen lijkt te hebben met de door het Hof geformuleerde grenzen, daarbij het tegenovergestelde te suggereren.

Daarnaast voert Lissabon de gele en oranje kaartprocedure in. Onder de nieuwe Duitse wetgeving is een kwart van het parlement al afdoende om deze kaart te trekken, of zelfs direct een procedure voor het Hof van Justitie af te dwingen.⁵⁷ Ieder stuk wetgeving dat wordt aangenomen zonder een kaart of rechtszaak heeft daarom in ieder geval de *passieve instemming* van drievierde,

54 Zie met name Protocol 1 en 2 bij het Verdrag en R.H. van Ooik en R.A. Wessel 2009, p. 59 e.v.

55 Daarbij kan men zich wel weer afvragen, zeker in het geval van art. 352 VWEU, of dit vereiste ook weer niet te verlamdend gaat werken.

56 Thym 2009, p. 1802. Vgl. HR 1 oktober 2010, *LJN* AO8913, waarin een zeer respectvolle houding ten opzichte van de wetgever wordt aangenomen.

57 Art. 23.1a en 93.1 GG, zie Lissabon 81, 82 en 89.

en niet slechts tweederde, van de wetgever. In hoeverre moet de rechter hier rekening mee houden alvorens zijn mening voor die van de wetgever in de plaats te stellen over de grondwettelijkheid? Een laatste voorbeeld doet zich voor als het Hof een richtlijn op basis van een 'gewone' rechtsbasis *ultra vires* acht, maar dezelfde richtlijn vervolgens op basis van art. 352 VWEU wordt aangenomen en met tweederde meerderheid in het Duitse parlement wordt goedgekeurd.

Zodra, met andere woorden, zowel de rechter als de politiek zich uitspreekt komt er een nieuwe vraag van hiërarchie op: wie heeft voorrang, de nationale politiek of de nationale rechter? Hoewel het *Lissabon-Urteil* op verschillende wijzen probeert de rol van de politiek te vergroten, en ook zeker wel enige marge aan die politiek zal laten,⁵⁸ trekt de Duitse rechter zonder enige twijfel het laatste oordeel naar de Grondwet, en daarmee naar zichzelf toe.⁵⁹

De Nederlandse rechter zou natuurlijk in deze afweging tussen politiek en rechter een ruimere marge kunnen laten dan zijn Duitse college waarschijnlijk zal doen. Een gegeven dat ons brengt bij de meer algemene vraag welke lessen de Nederlandse rechtsorde kan trekken uit bovenstaande voor wat betreft de vraag wie moet besluiten over de verhouding tussen Nederlands en Europees recht.

2.6 NEDERLAND: NAAR EEN CENTRALERE ROL VAN GRONDWET EN RECHTER

De Nederlandse constitutionele traditie, voor zover we die hebben, verschilt natuurlijk sterk van de Duitse. In plaats van de Grondwet als eeuwige toetssteen kent Nederland het toetsingsverbod.⁶⁰ Aard, diepte en juridische vorm van de Europese integratie leveren inmiddels echter argumenten om daar verandering in te brengen. Zoals het hierboven gegeven overzicht laat zien zijn er meerdere voordelen aan dergelijke toetsing. Wellicht nog belangrijker, er zitten bijna geen voordelen aan het niet hebben ervan.

Om te beginnen usurpeert in Nederland de rechter inderdaad niet de discussie over de positie van Europees recht. Het netto effect is dat we *en* geen politiek, *en* geen rechterlijk discours hebben. Zonder in te gaan op de vraag wanneer kwantiteit overgaat in kwaliteit, is de vergelijking met de Duitse situatie opvallend. Waar de Duitse rechtspraak over de verhouding tot de EU honderden pagina's bedraagt en het academische debat wereldwijd stimuleert⁶¹ volstaat de Hoge Raad met de constatering van vier regels dat:

58 D. Thym 2009, p. 1802.

59 Behalve in het geval van een direct grondwettelijk plebisciet. Zie art. 164 GG.

60 Zie art. 120 GW.

61 Zie bijv. N. McCormick, 'The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now', 2 *European Law Journal* (1995) 259 en M. Kumm, 'The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty', 11 *European Law Journal*

'het middel miskent dat een op grond van het EG-verdrag vastgestelde verordening zoals waarvan hier sprake is, krachtens dat verdrag en niet krachtens enig nationaal besluit gelding heeft en rechtstreeks toepasselijk is in elke Lid-Staat. Die gelding is niet gebaseerd op het stelsel van art. 93 en 94 GW.'⁶²

Een juridisch discours als het Duitse kan daarentegen juist aanzetten tot politisering, en daarmee democratisering, van de discussie over de EU. Zoals het *Lissabon-Urteil* laat zien kan de rechter daarbij zelfs een rol spelen bij het actief afdwingen van politieke stellingname. Verder is de kans dat de rechter te ver zal gaan in zijn constitutionele rol, juist door de Nederlandse constitutionele rechtscultuur, niet groot.⁶³

Daarnaast is het, zolang de EU zelf een sterk juridische aard heeft, van belang dat Nederland ook op datzelfde juridische niveau mee kan praten, zeker nu toch duidelijk een algemene dialoog tussen constitutionele hoven en het Hof van Justitie op gang is gekomen. Gezien de blokkade van unanimiteit voor een Verdragsrechtelijke oplossing in de nabije toekomst is het bovendien waarschijnlijk dat de toekomstige vormgeving van de juridische orde in deze dialoog besloten gaat worden.⁶⁴ In die zin verkeert Nederland zonder constitutioneel hof in de positie van Noorwegen of Zwitserland ten opzichte van de EU: wel gebonden aan de uitkomst, niet betrokken bij de besluitvorming.

Hoewel bovenstaande argumenten slechts een deel van de relevante overwegingen raken, en onder andere moeten worden afgewogen tegen onder andere het gewicht van de Nederlandse traditie, vormen zij wel overtuigende redenen voor een centralere rol van de Nederlandse Grondwet en rechter. Het wetsvoorstel Halsema betreffende grondwettelijke toetsing biedt daarvoor een interessant aanknopingspunt.⁶⁵ Aangezien het voorstel niet aan deze functie van grondwettelijke toetsing gedacht lijkt te hebben⁶⁶ – dat is aan de rechter als waakhond *van* de staat in plaats van tegen de staat – vormt deze Europese

(2005) 262. Voor de algemene invloed: J. Baquero Cruz, 'The Legacy of the Maastricht-Urteil and the Pluralist Movement', 14 *European Law Journal* (2008) 397.

62 Zie HR 2 november 2011, *LJN* AR1797, r.o. 3.6. Zie ook HR 1 oktober 2004, *LJN* AO8913 en ABRvS 7 juli 1995, *AB* 1997, 117 (*Metten*).

63 Voor diegene die bang zijn dat de rechter een te grote spaak in de wielen van de integratie zal gaan steken is het ook van belang te bedenken dat de rechter in de toekomst juist een beschermer van de huidige stand van integratie kan worden wanneer het politieke sentiment zich geheel tegen de EU keert.

64 Net als in het verleden, zie A. Stone Sweet, 'The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority: *Cilfit* and *Foto-Frost*' in: M.P. Maduro en L. Azoulai (eds.), *The Past and Future of EU Law*, Oxford: Hart 2010, p. 209.

65 Zie *Kamerstukken II* 2001/2002, 28331, nr. 2. (Voorstel van wet van het lid Halsema houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter).

66 Zie *Kamerstukken II* 2001/2002, 28331, nr. 3 (MvT) en *Kamerstukken I* 2006/2007, 28 331, C.

functie van toetsing een aanvullend argument voor toetsing.⁶⁷ Met name interessant, vanuit het perspectief van de Duitse uitspraak, is dat onder het voorliggende voorstel ook art. 4 GW betreffende het kiesrecht toetsbaar wordt. De effectiviteit van het kiesrecht onder art. 38(1) GG, en daarmee het beginsel van democratie, vormt immers de basis voor de gehele toetsing van het *Bundesverfassungsgericht*.⁶⁸

Overigens zullen zelfs met de mogelijkheid van grondwettelijke toetsing nog belangrijke verschillen met de Duitse situatie blijven bestaan. Dit alleen al vanwege de verschillende inhoud van de respectievelijke grondwetten. Vooral van belang is dat Nederland geen geschreven eeuwigheidsclausule kent zoals de Duitse Grondwet. Het zou dus aan de rechter zijn om te bepalen of bepaalde regels of beginselen van Nederlands constitutioneel recht dermate fundamenteel zijn dat zij zelfs niet door een tweederde meerderheid mogen worden ‘opgegeven’ aan de EU. Men zou bijvoorbeeld aan het bijzonder onderwijs, homohuwelijk of recht op abortus kunnen denken, maar zou de soevereiniteit van het Nederlandse volk ook tot die kern moeten behoren? Eventueel zou een ‘upgrade’ van de Grondwet ook deze vraag naar de kernwaarden van de Grondwet, kunnen meenemen.

Als er al toetsing zou komen, rijst daarmee namelijk ook de *materiële* vraag wat dan de verhouding van de Nederlandse rechtsorde tot de EU moet zijn, en op basis van welke criteria en toetsen men dit moet bepalen. De rest van dit preadvies zal ingaan op twee centrale redeneringen van het *Bundesverfassungsgericht* op dit punt, te weten de *ultra vires* logica, en de conceptie van soevereiniteit gekoppeld aan de staat en democratie.

3 DE NORMATIEVE FUNDERING VAN ULTRA VIRES EN IDENTITEITSCONTROLE

De notie van *ultra vires* speelt een centrale rol in de verhouding tussen nationale rechtsordes en de EU. Gekoppeld aan het attributiebeginsel speelt het ook een dragende rol in het *Lissabon-Urteil*.⁶⁹ Het Hof handhaaft ten eerste de

⁶⁷ Deze kijk op het effect van de Europese integratie op constitutionele toetsing is daarmee tegengesteld aan die van oud-president van de Hoge Raad, Haak, die stelt dat gezien de vele vormen van toetsing op Europees niveau het nu nog toevoegen van constitutionele toetsing in Nederland zou getuigen van ‘achterhaald provincialisme’. Zie P. Haak, ‘De taak van de Hoge Raad in Europa en in het Koninkrijk’, *NJB* 2004, p. 881 e.v. Overigens ziet hij wel een spilfunctie weggelegd voor de Hoge Raad in de verdere ontwikkeling van de Europese integratie, maar brengt dit niet in verband met de positie van de Grondwet, wat de vraag oproept waar deze functie dan wel op gebaseerd zou moeten zijn.

⁶⁸ Zie verder paragraaf 4.2.

⁶⁹ Zie met name *Lissabon*, r.o. 300, 309 en 343: ‘For in Germany, the primacy of Union law only applies by virtue of the order to apply the law issued by the Act approving the Treaties. As regards public authority exercised in Germany, the primacy of application only reaches as far as the Federal Republic of Germany approved this conflict of law rule and was permitted to do so.’

‘*ultra vires* review’ die reeds bij het *Maastricht-Urteil* was te vinden. Daarnaast introduceert het ook een identiteitscontrole die in wezen een uitgebreidere vorm van *ultra vires* test is.⁷⁰

In deze paragraaf zal eerst worden ingegaan op het *ultra vires* gebruik van de Duitse rechter (3.1). Paragraaf 3.2. zal vervolgens ingaan op de foutieve aanname dat het attributiebeginsel zelf de basis kan zijn voor de toetsingsbevoegdheid van de nationale rechter, en het daaruit volgende vereiste van een aparte normatieve basis voor toetsing. Daarna zal paragraaf 3.3. laten zien dat deze positie uiteindelijk ook door het Hof van Justitie en het *Bundesverfassungsgericht* wordt gedeeld. Een conclusie die de vraag oproept wat dan wel de basis is voor de Duitse, en eventuele Nederlandse, *ultra vires* toets. In paragraaf 3.4. zal vervolgens een voorstel worden gedaan dat probeert de noodzaak van een *ultra vires* toets door de nationale rechter te verkleinen, opdat principiële conflicten ten dele vermeden kunnen worden.

3.1 De *ultra vires*-test en ‘identity review’

De *ultra vires*-test zelf vindt zijn basis in de volgende redenering: Als een afgeleide rechtsorde heeft de EU alleen die bevoegdheden die aan haar zijn overgedragen (attributie).⁷¹ Iedere handeling die de overgedragen bevoegdheden te buiten gaat is daarmee *ultra vires* en als gevolg op geen enkele autoriteit gebaseerd. Als gevolg kan een dergelijke handeling Duitsland ook niet binden. Het Hof schendt dan ook geen Europees recht door een *ultra vires*-handeling rechtskracht te ontkennen, omdat deze handeling *nooit geldig EU-recht is geweest*. Daar de gehele gelding van Europees recht, inclusief de conditionele voorrang ervan, berust op de Duitse delegatiewet, ontbeert iedere handeling die verder gaat dan die delegatiewet eenvoudigweg werking in Duitsland.

De ‘identity review’ is in wezen gebaseerd op deze zelfde *ultra vires*-redenering, maar dan aangevuld met een *nemo plus*-logica: De Duitse staat ontleent al haar bevoegdheden aan de Duitse Grondwet, en is daaraan dus volledig gebonden. Voor wat betreft de ‘eeuwige kern’ van de Grondwet, zoals omlijnd in art. 79 GG, gaat de beperking van de staat zelfs nog verder: deze bepalingen mag de staat zelfs niet met een tweederde meerderheid wijzigen.

Als gevolg van deze beperking kan de staat ook nooit de bevoegdheid om deze kern van de Grondwet te aan te tasten of te schenden overdragen aan de EU: de staat kan immers niet meer bevoegdheden weggeven dan zij zelf

⁷⁰ Thym 2009, p. 1805.

⁷¹ Zie *Lissabon*, r.o. 231-233. zie 234-239 e.v. voor de centrale rol als beschermer van democratie en de staat die het Hof aan het beginsel van attributie geeft.

heeft (*nemo plus*).⁷² Ergo: iedere schending van de kern van de Duitse Grondwet is automatisch *ultra vires*, omdat Europa nooit de bevoegdheid kan hebben ontvangen om de Grondwet te schenden. Zie bijvoorbeeld paragraaf 226 waarin duidelijk behoud van identiteit als grens aan attributie wordt gesteld:

‘It is true that the Basic Law grants the legislature powers to engage in a far-reaching transfer of sovereign powers to the European Union. However, the powers are granted under the condition that the sovereign statehood of a constitutional state is maintained on the basis of an integration programme according to the principle of conferral and respecting the Member States’ constitutional identity, and that at the same time the Member States do not lose their ability to politically and socially shape the living conditions on their own responsibility.’

Het gevaar van deze nadruk op *ultra vires* logica is wel dat de indruk wordt gewekt dat de *bevoegdheid* van de rechter om EU-recht te toetsen en eventueel buiten werking te plaatsen ook ontstaat door, en gebaseerd is op, het attributiebeginsel en het *ultra vires* zijn van een EU-handeling. Met andere woorden, dat de keuze van de nationale rechter om EU-recht te toetsen niet zozeer een normatieve keuze is, maar een direct logische gevolg van het attributiebeginsel zelf. Op basis van deze redenering zou men zelfs kunnen stellen dat de Nederlandse rechter, ook zonder een grondwettelijke basis een *ultra vires* toets van Europees recht zou mogen uitvoeren op basis van art. 5 EU.

Dit is echter onjuist, en verbloemt de noodzaak van een onderliggende normatieve basis om een *ultra vires* toets toe te passen, zoals hieronder nader zal worden aangetoond. Mocht de Nederlandse rechtsorde dan ook willen overgaan tot het *ultra vires* toetsen van EU-recht, dan moet een dergelijke basis gevonden dan wel gecreëerd worden in de Nederlandse rechtsorde.⁷³ Dit te meer daar een simplistisch beroep op alleen een *ultra vires* logica funest is voor de in een rechtsorde noodzakelijke rechterlijke hiërarchie.

3.2 *Ultra vires* schept geen autoriteit

Kern van het probleem is dat het *ultra vires* zijn van een rechtshandeling zelf geen basis kan bieden voor de bevoegdheid van een rechter die rechtshandeling ook *ultra vires* en dus onverbindend te verklaren. Laat mij dit kort toelichten.

⁷² Zie *Lissabon*, r.o. 218: ‘In this respect, the constituent power has not granted the representatives and bodies of the people a mandate to dispose of the identity of the constitution. No constitutional body has been accorded the competence to amend the constitutional principles which are essential pursuant to Article 79.3 of the Basic Law. The Federal Constitutional Court watches over this.’

⁷³ Zie nader paragraaf 4 hieronder over de rol van soevereiniteit.

Stel voor het gemak dat een EU-richtlijn *ultra vires* is. Er zijn nu twee mogelijkheden voor het beoordelen van het effect daarvan. Aan de ene kant kan men zeggen dat deze richtlijn een geldige rechtsbasis ontbeert, en derhalve geen autoriteit heeft. In andere woorden het enkele *ultra vires* zijn ontnemt automatisch de status van bindend recht, en de richtlijn is nietig *ab initio*. Als gevolg hiervan is er ook niemand aan gebonden, ook de rechter niet. Een rechterlijke bevinding dat een richtlijn *ultra vires* is krijgt daarmee een declaratoir karakter: de richtlijn is niet onverbindend *omdat* de rechter het zegt, maar omdat deze *ultra vires* is.

Het grote probleem van deze visie is dat deze nadert aan anarchie. Een ieder kan immers stellen dat een richtlijn niet verbindend is omdat deze *ultra vires* is. Met deze benadering zou bijvoorbeeld ook iedere lagere Duitse rechter een beslissing van het *Bundesverfassungsgericht* naast zich neer kunnen leggen als deze beslissing in de ogen van die lagere rechter strijdt met de Grondwet. Het Hof ontleent immers ook haar eigen bevoegdheid aan die Grondwet, en kan dan ook nooit de bevoegdheid hebben gekregen die zelfde Grondwet te schenden. Iedere schending is daarmee *ultra vires*, ontbeert autoriteit, en kan straffeloos genegeerd worden. Voert men de logica consistent door dan geldt dit niet alleen voor lagere rechters, maar voor iedereen, inclusief de andere delen van de overheid en burgers.⁷⁴

De prijs voor dit directe beroep op het attributiebeginsel ligt daarmee in de totale ondermijning van het voor recht vereiste minimum van hiërarchie. In wezen is deze visie van *ultra vires* het gevolg van een simplistisch beeld van recht,⁷⁵ dat in ieder geval geen rekening houdt met de vitale rol van 'secondary rules of adjudication' zoals canoniek omschreven door H.L.A. Hart.⁷⁶

De andere mogelijke benadering van *ultra vires* maakt een onderscheid tussen het *ultra vires* zijn van een handeling, zoals een EU-richtlijn, en de bevoegdheid die richtlijn *ultra vires* en onverbindend te verklaren. Het enkele *ultra vires* zijn leidt dan niet automatisch tot onverbindendheid.⁷⁷ De bevoegdheid om een rechtshandeling onverbindend te verklaren op basis van *ultra vires* moet dan noodzakelijkerwijs op een andere, *hogere* autoriteit gebaseerd

74 Dit is *de facto* ook het gevaar van de rechtspraak van het Hof van Justitie zelf in *Kadi*, waar een dergelijk argument wordt gebruikt om de formele hiërarchische positie van de VN Veiligheidsraad te doorbreken. Zie Gevoegde zaken C-402/05P & C-415/05P, *Kadi* [2008] ECR I-6351, en voor een korte introductie op deze problematiek A. Cuyvers, Tussen Scylli en Charybdi: terrorisme, rechtsbescherming en de verhouding tussen rechtsordes in *Kadi*. AA 2009, p. 155 e.v.

75 Mede door de aanname dat een maatregel eenvoudigweg *ultra vires* is, in plaats van het gegeven dat de bepaling van *ultra vires* een interpretatie en bepaling van de betreffende bevoegdheid vereist.

76 H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon: OUP 1997, p. 96-99.

77 Voor zover men dus kan zeggen dat een bepaling ook zonder (rechterlijk) oordeel *ultra vires* kan zijn.

zijn, zoals een Grondwet, die zelf reeds normatieve superioriteit boven de omstreden norm claimt. In het geval van een *ultra vires* toets bij een richtlijn dient de bevoegdheid om deze toetsing uit te voeren daarom gebaseerd te zijn op een norm die zelf al voorrang boven EU-recht heeft (of claimt), los van enige *ultra vires* handeling. De vraag of een rechter bevoegd is om EU-recht *ultra vires* te toetsen staat dus gelijk aan de vraag of er een autoriteit is, die al voorrang op EU-recht heeft, en die derhalve de rechter ook de bevoegdheid kan geven voor toetsing. Kort gesteld, *ultra vires* toetsing vereist de *voorafgaande aanname* dat de Grondwet al boven Europees recht gaat.

3.3 Foto-Frost en de hiërarchische positie van het *Bundesverfassungsgericht* zelf

Deze tweede, meer genuanceerde benadering is ook de lijn die het Hof van Justitie heeft gekozen sinds *Foto-Frost*.⁷⁸ De vraag die in deze zaak rees was of rechters in de lidstaten mochten oordelen over de (on)geldigheid van EG regelgeving, bijvoorbeeld omdat deze *ultra vires* was of streed met hogere normen van EG recht.⁷⁹ Het HvJ koos, met dezelfde doelen van effectiviteit en consistentie voor ogen als in *Costa E.N.E.L.*, voor een duidelijke maar ook omstreden lijn: de exclusieve bevoegdheid voor het ongeldig verklaren van Europese regelgeving lag bij het Hof van Justitie.⁸⁰ Nationale rechters hebben nooit het recht een bepaling van EG recht ongeldig te verklaren, hoe evident de strijdigheid ook moge zijn. Het enkele *ultra vires* zijn van EU-regelgeving creëert derhalve geen toetsingsbevoegdheid, althans niet voor de nationale rechter.

Deze benadering van *ultra vires* lijkt mij de juiste. Allicht relevanter, het is ook de benadering die het *Bundesverfassungsgericht* aanneemt, ondanks de nadruk op het attributiebeginsel. Ten eerste beperkt het Hof de *ultra vires* review van EU-recht tot 'obvious transgressions', waar 'legal protection cannot be obtained at the Union level'.⁸¹ Zou *ultra vires* automatisch werken dan waren deze beperkingen niet mogelijk. Ten tweede, en belangrijker, wordt *alleen* het Hof bevoegd verklaard een *ultra vires* test van Europees recht te verrichten. Lagere rechters hebben deze bevoegdheid onder Duits recht niet.⁸² De bevoegdheid van het Hof om een *ultra vires* en identiteitstoets op EU-recht

78 Zaak 314/85, *Foto-Frost* [1987] ECR 4199.

79 De zaak zag daarmee dus *niet* op de directe vraag naar de verhouding van nationaal en Europees recht, maar is via het belang van effectiviteit wel direct aan die vraag verbonden.

80 D. Edward, 'CILFIT and Foto-Frost in their Historical and Procedural Context' in: M.P. Maduro en L. Azoulay (eds.), *The Past and Future of EU Law*, Oxford: Hart 2010, p. 173 e.v. N.B. Dit is al vele jaren nadat het *Bundesverfassungsgericht* in 1974 in *Solange I* een recht tot *ultra vires* toetsing had voorbehouden.

81 Lissabon, 240.

82 Lissabon, 241.

toe te passen impliceert derhalve noodzakelijk dat er een regel van Duits recht is (*in casu* de Grondwet) die zelf reeds voorrang claimt boven EU-recht en het *Bundesverfassungsgericht* de bevoegdheid geeft om *ultra vires* te toetsen.

Eerst moet derhalve de voorrang van Duits recht op EU-recht worden aangenomen, en pas daarna kan op die voorrang een eventueel toetsingsrecht gebaseerd worden. Als gevolg hiervan is de toetsingsbevoegdheid van het Hof helemaal niet gebaseerd op, of afhankelijk van, het beginsel van attributie in het Verdrag. Bekijkt men de inhoud van de toetsing door het Hof nader dan is deze ook geheel niet geïnteresseerd in een gedetailleerde analyse van competentiebepalingen in de Verdragen om te bepalen welke bevoegdheden Europa wel of niet heeft ontvangen.⁸³ Toetssteen is de Duitse Grondwet, en op geen enkele wijze het EU-Verdrag.⁸⁴ Anders gesteld: competentieoverschrijdingen van de Unie die de Duitse soevereiniteit of identiteit niet raken interesseren het Hof in wezen niet, en worden graag overgelaten aan het Hof van Justitie.⁸⁵

Attributie en de *ultra vires* toets zijn dus slechts een *middel* om de gegeven voorrang van de Duitse Grondwet te handhaven en daarmee een kern van identiteit te bewaken. Een voorrang die gebaseerd is op een normatieve keuze (van de Grondwet zelf, dan wel van de rechter afhankelijk van je theorie van interpretatie) die de Duitse Grondwet boven EU-recht stelt.

Die normatieve basis voor de voorrang van de Duitse Grondwet boven EU-recht vormt dan ook het eigenlijke hart van het *Lissabon-Urteil*, en wordt volgens het *Bundesverfassungsgericht* gevormd door de spannende cocktail van soevereiniteit, democratie en de staat. Om te bepalen of de Nederlandse rechter, zelfs indien een toetsingsbevoegdheid wordt gegeven, een *ultra vires* toets van EU-recht mag uitvoeren moeten wij derhalve ook kijken naar deze fundering voor de voorrang van de Duitse Grondwet, wat paragraaf 4 zal doen.

Alvorens nader in te gaan op concepties van soevereiniteit zal, in de geest van een preadvies, eerst nog een voorstel worden gedaan om bovenstaande problematiek omtrent voorrang, attributie en *ultra vires* pragmatischer op te lossen door de voorrang van Europees recht niet langer te hanteren als een regel, maar als een principe.

83 Zie ook daarom de beperking tot 'obvious transgressions' in paragraaf 240.

84 Zie bijvoorbeeld paragraaf 234, waar het Hof aangeeft dat het attributiebeginsel dat wordt toegepast niet zozeer gezien moet worden als een beginsel van EU-recht, maar als een beginsel van o.a. Duits recht waar de Europese rechtsorde, via de algemene rechtsbeginselen, mede aan gebonden is. Zie ook als voorbeeld paragraaf 358 e.v., waar het Hof zelfs zo ver gaat om interpretaties van het Verdrag voor te schrijven die in overeenstemming zijn met de Duitse Grondwet en paragraaf 240: 'The exercise of this competence of review is rooted in constitutional law.'

85 Zie ook paragraaf 240.

3.4 Buigen, niet breken: voorrang van EU-recht als principe en niet als regel

Dat nationale (constitutionele) rechters enige vorm van residuele controle op de EU willen houden is begrijpelijk, en ook niet onwenselijk, zeker waar Europees recht in strijd komt met bijvoorbeeld de constitutionele kern van een lidstaat of fundamentele rechten.⁸⁶ Zoals wij hierboven zagen, zijn nationale rechters om de mogelijkheid van *ultra vires* of identiteitscontrole te creëren echter verplicht de uiteindelijke voorrang van in ieder geval een deel van nationaal recht boven Europees recht te postuleren. Zelfs een zeer marginale restbevoegdheid van de nationale rechter vergt derhalve een zeer principiële beslissing over de verhouding tot Europees recht, ook al is de nationale rechter bereid in de dagelijkse praktijk de voorrang van Europees recht geheel te erkennen.

De strikte toepassing van de voorrang van Europees recht dwingt nationale rechters dus bijna wel deze voorrang te ontkennen, wat onwenselijk, onnodig en contraproductief is. Een oplossing voor dit probleem zou gezocht kunnen worden op basis van EU-recht een beperkte bevoegdheid aan constitutionele hoven te verlenen om EU-recht te toetsen. Voor zover nationale hoven een dergelijke bevoegdheid op basis van Europees recht hebben, vermindert immers de noodzaak om de ultieme voorrang van nationaal recht te verdedigen.⁸⁷

De vraag is natuurlijk hoe dit te bereiken zonder de gehele EU-rechtsorde te ondermijnen. Een strikte regel van voorrang, zoals gehanteerd door het Hof van Justitie wordt immers gezien als het fundament van de Europese rechtsorde en als noodzakelijk voor de coherentie daarvan. Het gevaar is dat nationale hoven van iedere maas om de voorrang van Europees recht te ontkennen, al te enthousiast gebruik kunnen maken, waardoor de EU-rechtsorde *de facto* zou desintegreren.

Deze angst wordt echter overdreven en past ook niet meer bij de volwassen rechtsorde die de EU geworden is. Ten eerst ontkennen op dit moment meerdere constitutionele hoven de absolute voorrang van EU-recht *openlijk*, om vervolgens toch trouw Europees recht met voorrang boven nationaal recht toe te passen. Het valt dan ook niet goed in te zien hoe het verlenen van een bevoegdheid die de meeste hoven zich al hebben toegeëigend, sommige al sinds 1974,⁸⁸ zou leiden tot het instorten van de EU-rechtsorde. Die angst voor het flexibiliseren van voorrang staart zich blind op een papieren werkelijkheid, waar het beter is de Europese theorie aan te passen aan de praktijk.

Ten tweede hoeft het Hof van Justitie de voorrang van EU-recht niet helemaal op te geven om toch de nationale hoven een zekere toetsingsbevoegdheid

86 Dit zeker in een situatie waarin het Hof van Justitie toch weinig echt tegenspel heeft aan 27 verdragspartijen die geen unanimiteit kunnen bereiken over belangrijke beslissingen.

87 Dit eventueel *parallel* aan een door hen geclaimde parallelle nationaalrechtelijke bevoegdheid, zie nader hieronder.

88 BVerfGE 37, 271 (1974), *Solange I*.

te verlenen. Wat het Hof van Justitie zou kunnen doen is namelijk de voorrang van Europees recht niet meer als een absolute regel te hanteren, maar als een zwaarwegend principe. Een optie die, met enige goede wil, zelfs ingepast kan worden in de huidige rechtspraak van het HvJ.

3.4.1 Voorrang als principe (in principe de regel)

Regels en principes zijn twee verschillende instrumenten van recht. Hoewel de precieze aard en verhouding tussen beiden natuurlijk omstreken is, bestaat redelijke overeenstemming over één punt: waar regels meer een alles of niets karakter hebben (óf regel A geldt, óf regel B) kunnen principes tegen elkaar afgewogen worden, en daarmee tegelijkertijd geldig zijn. Ook al weegt in een concreet geval het ene principe zwaarder dan het andere, beide principes blijven van toepassing.⁸⁹ Neem bijvoorbeeld een botsing tussen het principe van vrij verkeer van goederen en het beginsel van vrije meningsuiting zoals in *Schmidberger* het geval was.⁹⁰ Het Hof van Justitie vond hier het recht van meningsuiting zwaarder wegen, en daarom prevaleren boven het vrije verkeer van goederen.⁹¹ Dit betekent echter niet dat het vrije verkeer van goederen niet van toepassing was op de situatie, of niet langer een geldig principe van EU-recht is. Ook betekent het niet dat het beginsel van vrij verkeer voortaan altijd onderdoet voor vrije meningsuiting, dit zal in iedere situatie moeten worden afgewogen.

Tot nu toe hanteert het Hof van Justitie de voorrang van Europees recht als een absolute regel: al het nationale recht dat botst met EU-recht is per definitie ongeldig. Broodnodige flexibiliteit kan gecreëerd worden door voorrang niet meer als regel maar als een (zwaarwegend) principe te hanteren. Voorrang moet dan worden afgewogen tegen andere belangen, zoals de bescherming van nationale identiteit of fundamentele rechten.⁹² Daarmee zou voorrang niet meer in een alles of niets verhouding staan ten opzichte van deze belangen, wat de (terechte) angst kan verminderen dat gerechtvaardigde en fundamentele belangen opgeofferd moeten worden aan een procedureel beginsel.

Gezien het belang van voorrang voor de coherentie van de Europese rechtsorde zal in die afweging een zeer groot gewicht toekomen aan het beginsel van voorrang. In uitzonderlijke situaties, daarentegen, kunnen een

89 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth 1977, hoofdstukken 1 and 2; R. Alexy, 'On the Structure of Legal Principles', 13 *Ratio Juris* (2000); J. Raz, 'Legal Principles and the Limits of Law', 81 *Yale Law Journal* 823; T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: OUP 2006, p. 25 e.v.

90 Zaak C-112/00 *Schmidberger* [2003] ECR I-5659.

91 Art. 28 EG was voor deze gelegenheid dan ook speciaal omgetoverd in een beginsel, en niet een regel van EU-recht: zie *Schmidberger*, paragraaf 20.

92 Het *Bundesverfassungsgericht* wijst dan ook terecht naar art. 4(2) EU dat bescherming van de nationale identiteit ook als beginsel van Europees recht erkent.

of meerdere andere beginselen zwaarder wegen. In een dergelijke situatie determineert het beginsel van voorrang dan niet de uitkomst, maar verliest ook niet haar bindende kracht voor de toekomst.⁹³ Denk bijvoorbeeld aan een regel die slechts een zeer kleine inbreuk maakt op de EU-rechtsorde, en beperkt blijft tot een specifieke groep van gevallen, maar die van zeer grote waarde is voor een lidstaat.⁹⁴ In een dergelijk geval wordt meer verloren dan gewonnen met het handhaven van strikte voorrang van EU-recht.

Een principe van voorrang past ook beter bij de huidige stand van integratie dan een strikte regel. Striktheid die wellicht noodzakelijk was in de beginfase, maar inmiddels juist een risico is geworden. Bovendien sluit een principe van voorrang ook beter aan bij de rechtvaardiging van die voorrang zelf. De primaire basis van voorrang ligt sinds *Costa/E.N.E.L.* in het beginsel van *effectiviteit*.⁹⁵ Voorrang is geen onafhankelijk doel, maar een instrumenteel doel in het streven naar een effectieve rechtsorde.⁹⁶ Daarbij is van belang dat effectiviteit zelf ook een principe is, en daarom afgewogen kan worden tegen andere beginselen. Voorrang is derhalve logisch niet noodzakelijk voor zover a) de effectiviteit van EU-recht niet daadwerkelijk bedreigd wordt zonder voorrang, b) een *ander beginsel* zwaarder weegt dan een zekere inbreuk op effectiviteit of c) de algehele effectiviteit van de Europese rechtsorde juist gebaat is bij het op een specifiek punt laten voorgaan van nationaal recht. Met name punten b en c pleiten daarbij voor het kunnen afwegen van voorrang tegen andere belangen.

Hoewel deze conceptie van voorrang het Hof van Justitie niet voor ogen zal hebben gestaan, kan deze wel steun vinden in de rechtspraak.⁹⁷ Als eerste kan, zoals hierboven, verwezen worden naar de centrale plaats van het beginsel van effectiviteit in de rechtvaardiging van het Hof van Justitie. Ten tweede

93 Gezien de flexibiliteit die dit proces van afwegen biedt is het hanteren van voorrang als principe ook te verkiezen boven het formuleren van een uitzondering op een regel van voorrang, die te star zal zijn en juist de vloeiendheid mist die nodig is als smeermiddel tussen rechtsordes op dit punt.

94 Zie bijvoorbeeld zaak C-57/01 *Michaniki* [2003] ECR I-1091, en de opinie van A-G Maduro in deze zaak.

95 Zie *Costa/E.N.E.L.*, dat in wezen verschillende formuleringen geeft van de noodzaak van voorrang voor effectiviteit van EU-recht. Zo zou zonder voorrang de 'verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag' in gedrang komen en zouden de verplichtingen van het EU-verdrag 'niet absoluut doch slechts voorwaardelijk gelden' totdat lidstaten deze met een latere nationale regeling opzij zouden zetten. In wezen doet het Hof van Justitie hier echter hetzelfde als wat nu de Duitse rechter wordt verweten: er wordt een valse dichotomie tussen volstreekte voorrang of volstreekte chaos geschetst, om daarmee de keuze voor volstreekte voorrang te onderbouwen.

96 A. Stone Sweet, 'The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority: *Cilfit* and *Foto-Frost*' in: M.P. Maduro en L. Azoulai (eds.), *The Past and Future of EU Law*, Hart, Oxford 2010, p. 201, noot 86 en p. 206-207.

97 Dit mede gezien de betere 'fit' met de onderliggende ratio van voorrang, om in Dworkin-aanse terminologie te blijven.

kan echter ook meer specifiek gekeken worden naar de rechtspraak van het Hof omtrent *res judicata* en voorlopige maatregelen.

In *Kühne & Heitz*⁹⁸ en *Kapferer*⁹⁹ moest het Hof van Justitie oordelen over de vraag wat een nationale rechter moet doen als blijkt dat een onherroepelijk geworden administratieve of rechterlijke beslissing in een lidstaat in strijd is met Europees recht. Het Hof van Justitie schetste dit als een afweging tussen de plicht van loyale samenwerking en het beginsel van *res judicata*.¹⁰⁰ Vervolgens worden deze twee beginselen afgewogen en wordt, gezien het grote belang voor de rechtszekerheid, een groter gewicht toegekend aan *res judicata*.¹⁰¹

Waar het Hof van Justitie echter niet op ingaat, is dat het in stand laten van dergelijke beslissingen ook in strijd is met de voorrang van Europees recht en het principe van effectiviteit: de voorrang van EU-recht wordt opzij gezet door een regel van nationaal procedureel recht, waardoor een beslissing in strijd met Europees recht gewoon in stand blijft. Zoals het Hof van Justitie zelf ook erkent in paragraaf 21:

‘Bijgevolg gebiedt het gemeenschapsrecht een nationale rechter niet, nationale procedureregels die een beslissing kracht van gewijsde verlenen buiten toepassing te laten, ook al zou daardoor een schending van het gemeenschapsrecht door deze beslissing kunnen worden opgeheven.’

Natuurlijk is *res judicata* een onontbeerlijk beginsel voor de rechtszekerheid. Een situatie waarin alle rechterlijke en administratieve beslissingen nog ongeldig kunnen worden verklaard is onwerkbaar, zeker gezien de continue veranderingen in het Europese recht zelf.¹⁰² Deze afweging lijkt mij dan ook geheel correct. Van belang hier is echter met name dat het Hof van Justitie een afweging maakte, al zij het impliciet, tussen voorrang en het beginsel van rechtszekerheid, en daarbij rechtszekerheid voor heeft laten gaan.¹⁰³

98 Zaak C-453/00 *Kühne & Heitz* [2004] ECR I-837.

99 Zaak C-234/04 *Kapferer* [2006] ECR I-2585.

100 Zie bijv. para 20 van *Kapferer*.

101 Paragraaf 21 van *Kapferer*, zij het sterker voor rechterlijke uitspraken van voor administratieve beslissingen. Wat betreft administratieve beslissingen moet, waar er een nationale mogelijkheid is tot herziening deze, onder bepaalde voorwaarden, worden ingezet waar er strijdigheid is tussen Europees recht en een definitief geworden administratieve beslissing. Zie *Kühne & Heitz* para 28.

102 Daar waar er een nationale mogelijkheid is tot herziening moet deze, onder bepaalde voorwaarden, worden ingezet waar er strijdigheid is tussen Europees recht en een definitief geworden administratieve beslissing.

103 Daar zou nog tegenin gebracht kunnen worden dat Hof van Justitie hier het *Europeesrechtelijke* beginsel van *res judicata* afwoog tegen voorrang. Dit maakt voor de stelling hierboven weinig verschil aangezien dan nog steeds erkend moet worden dat voorrang een beginsel is dat kan worden afgewogen tegen anderen beginselen. Daarnaast is bescherming van de nationale identiteit inmiddels ook een beginsel van Europees recht.

Foto-Frost biedt een tweede voorbeeld.¹⁰⁴ Hoewel een klassiek voorbeeld van voorrang en verticale hiërarchie bevat dit arrest ook een interessante, *obiter*, relativisering van voorrang. Nationale rechters mogen geen Europees recht toetsen en ongeldig verklaren, behalve in het geval van een voorlopige maatregel.¹⁰⁵ Onder een absolute regel van voorrang zou ook deze mogelijkheid van voorlopige maatregelen niet mogelijk zijn. In een afweging tussen de beperkte inbreuk op de effectiviteit van het Europese recht en het grote belang dat soms bestaat bij een voorlopige maatregel werden voorrang en effectiviteit, net als bij *res judicata*, echter opzij gezet.¹⁰⁶

In deze twee voorbeelden werd voorrang, zij het impliciet, als een principe behandeld, en na weging opzij gezet. Natuurlijk zijn dit slechts twee voorbeelden, maar beide tonen de mogelijkheid van een dergelijke benadering aan, en hebben niet geleid tot het ineensinken van de Europese rechtsorde.

3.4.2 De bevoegdheid om voorrang af te wegen

Het transformeren van voorrang van een regel tot een principe is natuurlijk maar het halve verhaal. Een tweede vraag die vervolgens beantwoord moet worden is wie bevoegd zal zijn de afweging tussen voorrang en beginselen van Europees of nationaal recht te maken. Verschillende varianten zijn daarbij mogelijk. In de meest restrictieve optie, zeg maar de *Foto-Frost* variant, mag alleen het Hof van Justitie deze afweging maken. Nationale hoven kunnen dan in een prejudiciële vraag het Hof verzoeken in een concreet geval een bepaald belang, bijvoorbeeld de nationale identiteit, boven een regel van Europees recht te laten gaan.¹⁰⁷ Hoewel deze mogelijkheid al een belangrijke tegemoetkoming zou zijn, en het Hof van Justitie een expliciet verzoek van een nationaal constitutioneel hof niet zo makkelijk naast zich neer zal kunnen leggen, lijkt mij deze optie echter niet ver genoeg gaan voor de nationale hoven. Deze blijven immers nog steeds geheel afhankelijk van het Hof van Justitie. Verder neemt juist de kans toe op een zeer *openlijk* conflict waar het Hof van Justitie een verzoek afwijst, maar een nationale rechter zich toch gedwongen voelt nationaal recht voorrang te geven.

Om die reden verdient het wellicht de voorkeur om de hoogste nationale rechters een beperkte bevoegdheid te geven zelf deze afweging te maken. Een

¹⁰⁴ Zaak 314/85, *Foto-Frost* [1987] ECR 4199.

¹⁰⁵ Zie paragraaf 19 van *Foto-Frost*.

¹⁰⁶ De bewoording van het Hof geeft deze afweging van belangen, het kenmerk van een principe bij uitstek, mooi weer: 'Hieraan moet worden toegevoegd, dat afwijkingen van de regel, dat de nationale rechter niet bevoegd is zelf de ongeldigheid van gemeenschaps-handelingen vast te stellen, in het geval van een kort geding onder bepaalde omstandigheden noodzakelijk kunnen zijn.'

¹⁰⁷ Zie beneden voor de vraag in hoeverre dit dan ook betekent dat nationaal recht boven Europees recht gaat, of dat er alleen een andere regel van Europees recht voorrang heeft, welke regel verwijst naar de nationale regeling.

dergelijke bevoegdheid bergt natuurlijk een risico in zich voor de coherentie van de Europese rechtsorde. Het onthouden ervan stelt deze coherentie echter ook niet veilig, zoals de huidige praktijk laat zien. Daarnaast is gezien de verbazingwekkende loyaliteit van nationale rechters in de praktijk van alle dag de angst om een dergelijke bevoegdheid te erkennen niet geheel nodig.¹⁰⁸ Één wellicht interessante optie om een dergelijke nationale bevoegdheid in te bedden in het bestaande Europeesrechtelijk kader zou zijn om aan te sluiten bij een eerdere decentraliserende stap van het Hof van Justitie, te weten de CILFIT doctrine.¹⁰⁹

In CILFIT moest het Hof van Justitie oordelen over de plicht van nationale hoven, rechtsprekend in laatste instantie, om een prejudiciële vraag te stellen. Anders dan de letterlijke tekst van het Verdrag suggereerde, creëerde het Hof van Justitie een discretionaire ruimte voor de nationale rechter.¹¹⁰ Deze hoeft geen prejudiciële vraag te stellen waar ‘de juiste toepassing van het Gemeenschapsrecht zo evident’ is ‘dat redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan omtrent de wijze waarop de gestelde vraag moet worden opgelost.’¹¹¹

Deze decentralisering creëert natuurlijk een evident gat in de Europese rechtsbescherming, maar daarmee ook een belangrijk ventiel.¹¹² Een ventiel dat bij de afweging tussen voorrang en nationale kernbelangen een procedurele oplossing kan geven waar een materiële, non-hiërarchische, oplossing niet mogelijk lijkt. De redenering zou dan als volgt gaan: waar het voor nationale hoven van laatste instantie ‘evident’ is dat een nationaal belang zwaarder dient te wegen, en dus *op basis van EU-recht* het nationale recht voorrang geniet, hoeven nationale rechters daar geen prejudiciële vraag over te stellen maar mogen zij direct nationaal recht voor laten gaan. In ieder geval wordt daarmee een openlijk conflict vermeden, terwijl het HvJ en de Commissie achteraf enige controle kunnen uitoefenen.

Overigens krijgt één van de voorwaarden die door het Hof van Justitie in CILFIT is geformuleerd een geheel nieuwe lading in deze context. Prejudiciële vragen hoeven onder CILFIT niet gesteld te worden waar het evident is wat het Europese recht eist. ‘Alvorens tot het besluit te komen dat dit het geval is, dient de nationale rechter ervan overtuigd te zijn dat die oplossing even evident zou zijn voor *de rechterlijke instanties van de andere lidstaten* en voor

108 Vergelijk ook de ontwikkeling in het mededingingsrecht, waar decentralisatie plaats kon vinden via Verordening 1/2003 nadat de belangrijkste regels in de rechtspraak waren uitgekristalliseerd.

109 Zaak 283/81, CILFIT [1982] ECR 3415.

110 Dit in aanvulling op de oude *Da Costa*-leer dat een prejudiciële vraag alleen niet nodig was waar reeds een eerdere uitspraak was gedaan in een identiek geval. Zie zaak 28/62 *Da Costa* [1963] ECR 61.

111 CILFIT, paragraaf 16.

112 Zie bijvoorbeeld het constante nalaten van het *Bundesverfassungsgericht* om prejudiciële vragen te stellen. De schaduwkant van de vaak geroemde ‘dialoog’ en conflictvermijding.

het Hof van Justitie.¹¹³ Ongetwijfeld ging het Hof van Justitie er hierbij vanuit dat de nationale rechter en het Hof van Justitie het eens zouden zijn. Juist het ontstaan van een 'dialoog', waarbij een groot aantal van de constitutionele rechters openlijk een andere lijn volgt dan het Hof van Justitie, biedt wellicht interessante mogelijkheden voor het interpreteren van dit deel van de *CILFIT* test, een interpretatie die potentieel vriendelijker staat tegenover het beschermen van kerndelen van de nationale Grondwet. Want hoeveel gewicht moet worden toegekend aan de 'evidentie' voor de andere nationale rechters, en hoeveel aan die voor het Hof van Justitie?

3.4.3 Twee percepties, een uitkomst: het geheim van een goede relatie

Hier ontbreekt de ruimte om een dergelijke benadering verder uit te werken, en in te gaan op de verschillende problematische punten die dit voorstel evident kent. Wel is nog van belang aan te geven dat dit voorstel geen oplossing biedt, nog bedoelt te bieden, voor het fundamentele theoretische probleem dat de verhouding tussen nationaal en EU-recht onderligt. Het creëren van een *Europese bevoegdheid* om in bepaalde situaties nationaal recht voorrang te geven boven EU-recht geeft simpelweg geen antwoord op de fundamentele claim van onder andere het *Bundesverfassungsgericht* dat nationaal recht überhaupt uiteindelijke voorrang op Europees recht heeft, en dat de werking van Europees recht geheel gebaseerd is op nationale autoriteit. De Duitse rechter heeft als gevolg geen Europese bevoegdheid nodig om de nationale identiteit te beschermen. Zou de nationale rechter erkennen dat zijn bevoegdheid, bijvoorbeeld om *ultra vires* te toetsen, berust op Europees recht, dan erkent hij impliciet immers ook dat Europees recht deze bevoegdheid weer af kan nemen of beknotten. Een theoretische constructie die in ieder geval de Duitse rechter voorlopig niet zal accepteren.

Het doel van dit voorstel is slechts dit theoretische conflict niet te laten uitlopen op een feitelijke confrontatie. Dit door beide concepties van Europese integratie tot dezelfde conclusie te laten leiden in concrete juridische geschillen. Stel bijvoorbeeld dat er een conflict is tussen een regel van Europees recht en de Duitse Grondwet, en het *Bundesverfassungsgericht* besluit dat *in casu* de Duitse regel voorrang heeft. Het *Bundesverfassungsgericht* baseert zich daarbij op de gedachte dit deel van de Grondwet überhaupt voorrang heeft op al het mogelijke EU-recht. Hoewel deze motivering niet acceptabel is leidt deze beslissing echter niet tot een probleem voor het Hof van Justitie als de Duitse rechter ook op basis van Europees recht de bevoegdheid zou hebben om nationaal recht te laten prevaleren. Op zijn beurt hoeft de Duitse rechter dan niet eens de voorrang van de Duitse Grondwet te bevestigen, maar kan deze

113 *CILFIT*, paragraaf 16.

in het kader van de *Europarechtsfreundlichkeit* gebruik maken van de bevoegdheid onder EU-recht.

Wat de voorgestelde benadering daarom bereikt is dat de gewenste uitkomst – een beperkte mate van nationale restcontrole – gebaseerd kan worden op twee verschillende percepties van de juridische wekelijkheid. Een formule, zou ik bijna durven zeggen, die in misschien wel de meeste huwelijken succesvol is, zeker tussen koppige partners.

Naast pragmatische oplossingen is het echter ook van belang te kijken naar precies die onderliggende theoretische onenigheid tussen het Hof van Justitie en het *Bundesverfassungsgericht*. Moet Europa worden geconceptualiseerd, en dus mede gecreëerd, als een organisatie van soevereine staten of als één rechtsorde met EU-recht als hiërarchische top van de piramide?

Laat ons in het derde en laatste stuk van dit preadvies daarom kijken naar het hart van het *Lissabon-Urteil*: de verdediging van een specifieke conceptie van soevereiniteit als het noodzakelijk fundament voor politieke organisatie. Een fundament dat de Duitse staat per definitie superieur maakt aan afgeleide, niet soevereine, rechtsordes zoals de EU en daarmee een fundamentele uitdaging neerlegt voor alle post-nationale theorieën.

4 SOEVEREINITEIT IN NAAM DER DEMOCRATIE: HET NORMATIEVE PANTSER VAN DE STAAT

In de kern is het *Lissabon-Urteil* een fundamentele verdediging van soevereiniteit.¹¹⁴ Een verdediging van soevereiniteit als centraal concept voor de organisatie van politieke autoriteit, maar een verdediging van de Duitse soevereiniteit in het bijzonder. Een doel waarvoor soevereiniteit normatief gepantserd wordt met de noties van ‘democratie’ en ‘staat.’ Een oordeel over de visie van het *Bundesverfassungsgericht* kan daarom niet om het omstreden concept soevereiniteit heen.

Nu is het gebruikelijk om enige discussie over soevereiniteit te beginnen met het uiten van oprechte wanhoop.¹¹⁵ Het concept is zo oud en omstreden

114 Thym 2009, p. 1796, T. Lock, ‘Why the European Union is Not a State. Some Critical Remarks’, 5 *European Constitutional Law Review* (2009) 407.

115 Zie bijvoorbeeld: R. Barents, *De Communautaire Rechtsorde*, Deventer: Kluwer 2000, p. 69 of M. Akehurst, *A Modern Introduction to International Law* (4th ed.), London: Allen and Unwin 1982, p. 15. Hoewel er ook optimistischere uitlatingen te vinden zijn, zoals bijvoorbeeld: J.D.B. Miller, *The World of States: Connected Essays*, New York: St. Martin’s Press 1981, p. 16: ‘Just as we know a camel or a chair when we see one, so we know a sovereign state. It is a political entity which is treated as a sovereign state by other sovereign states’, hoewel de circulaire aard van deze benadering op haar beurt de wanhoop weer vergroot.

dat de Danaïden er in vergelijking genadig vanaf komen.¹¹⁶ Meer gat dan ton, vloeit iedere goedbedoelde poging een solide fundament te vormen roemloos weg.¹¹⁷ Één populaire oplossing is dan ook om het concept gewoon te ecarteren: mocht het ooit al werkbaar zijn geweest, dan is het in deze tijd van globalisering en regionale integratie al lang geen nuttig paradigma meer.¹¹⁸ De EU is daarbij de ideale kroongetuige tegen dit bejaarde concept.¹¹⁹ Binnen de Unie lijkt soevereiniteit immers niet meer van graniet maar van rubber. Als een rekbaar goedje kan het kan naar behoefte worden gepoold, gedeeld, opgeknipt, weggegeven, of gewoon in het midden worden gelaten.¹²⁰ Pogingen soevereiniteit te verdedigen duiden vanuit dat perspectief al gauw op een ontkenningfase.

116 Alleen kennistheoretisch is het terrein al een mijnenveld. Zie bijvoorbeeld: J. Bartelson, *A Genealogy of Sovereignty*, Cambridge: Cambridge University Press 1995, met name hoofdstuk 2. Een zeer gezaghebbend overzicht wordt gegeven door F.H. Hinsley, *Sovereignty*, Cambridge: Cambridge University Press 1986.

117 H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin: Springer 1925, p. 102 e.v. geeft bijvoorbeeld al acht verschillende betekenissen of toepassingen van de term. S.D. Krasner, *Sovereignty, Organized Hypocrisy*, Princeton: Princeton University Press 1999, p. 3 geeft er vier. G. Schwarzenberger, 'The Forms of Sovereignty', 10 *CLP* (1957) 264, vergelijkt het behandelen van soevereiniteit met 'shadowfighting' terwijl volgens Koskenniemi iedere poging per definitie oscilleert tussen twee noodzakelijke maar onverenigbare polen: M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia: The structure of International Legal Argument*, New York: Cambridge University Press 2005. Zie ook: N.G. Onuf, 'Sovereignty: Outline of a Conceptual History', 16 *Alternatives* (1991) 425.

118 Dit is overigens niet alleen een modern fenomeen, zo was Kelsen al voor afschaffing (H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen: Mohr 1920 p. 321 e.v.), hoewel afwijzing met de huidige focus op globalisering wel populairder lijkt te worden. Zie bijvoorbeeld: K. Schiemann, 'Europe and the loss of sovereignty', 56 *ICQL* (2007) 475; Krasner 1999; D. Held, *A Globalizing World?*, London: Routledge 2004; W. Wallace, 'The Sharing of Sovereignty: the European Paradox', 47 *Political Studies* (1999) 503; C. Clapham, 'Sovereignty and the Third World State', 47 *Political Studies* (1999), 522; W. Pogge, 'Cosmopolitanism and Sovereignty', 103 *Ethics* (1992) 48; D. Philpott, 'Westphalia, Authority, and International Society', 47 *Political Studies* (1999) 566. Een alternatief is om het concept te erkennen, maar te ontkennen dat het een vaste extensie heeft, zie bijvoorbeeld: Koskenniemi 2005, p. 242: 'There simply is no fixed meaning, no natural extent to sovereignty at all'.

119 Zie bijvoorbeeld de bekende analyse van Lenaerts: 'There simply is no nucleus of sovereign power that the Member States can invoke, as such, against the Community.' (K. Lenaerts, 'Constitutionalism and the Many Faces of Federalism', 38 *Am. J. Comp. L.* (1990) 220. Zie verder bijvoorbeeld: N. McCormick, 'Liberalism, Nationalism and the Post-Sovereign State', 44 *Political Studies* (1996) 555 of N. Walker, 'Late Sovereignty in the European Union', in: N. Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford: Hart 2003, p. 3.

120 Zie onder vele andere: L.J. Brinkhorst, *Europese Unie en Nationale Soevereiniteit* (oratie Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2008; N. Walker, *Relocating Sovereignty*, Ashgate: Aldershot 2006; J. Jackson, 'Sovereignty-Modern: A New Approach to an Outdated Concept', *American Journal of International Law* (2003) 782; B. de Witte 'Sovereignty and European Integration: The Weight of Legal Tradition', 2 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (1995) 145; J. Habermas, 'The European Nation State. Its Achievements and Its Limitations. On the Past and Future of Sovereignty and Citizenship', 9 *Ratio Juris* (1996) 125; N. McCormick, 'Beyond the Sovereign State', 56 *Modern Law Review* (1993) 1.

Deze auteur deelt de wanhoop, maar niet het pessimisme over het nut of de toekomst van soevereiniteit als kernconcept van (Europese) constitutionele theorie.¹²¹ Dit preadvies steunt dan ook de poging van het Hof om een concept als soevereiniteit te moderniseren met het doel Europese integratie aan te laten sluiten bij de bestaande en diep geworteld politieke legitimiteitsstructuur in de lidstaten. De specifieke invulling die het Hof daarbij aan soevereiniteit geeft, daarentegen, is op punten problematisch en lijkt daarom weinig geschikt als uitgangspunt voor een constructieve vormgeving van de verhouding tussen de EU en de lidstaten.

Deze bijdrage zal kort ingaan op twee van die probleempunten in de benadering van het Hof. Ten eerste de onduidelijke *locus* van soevereiniteit, daar er nogal wat soevereinen blijken te zijn in Duitsland (4.1). Ten tweede wordt ingegaan op koppeling van democratie, staat en soevereiniteit zoals het Hof deze tot stand brengt. Een koppeling die niet alleen faalt te overtuigen, maar ook het onwenselijke gevolg heeft het Duitse volk op te sluiten in de staat, en Europese integratie te dwingen in een valse dichotomie tussen de *status quo* en federeren.

Op basis van deze twee kritiekpunten zal vervolgens een derde en laatste voorstel worden gedaan. Dit hoopt bij te dragen aan de ontwikkeling van een daadwerkelijke moderne¹²² en constructieve conceptie van soevereiniteit als volkssoevereiniteit. Een conceptie die hopelijk weer van nut kan zijn bij de positiebepaling van Nederland in Europa (4.3).

4.1 Een soeverein volk, in een soevereine staat, onder een soevereine Grondwet

Het *Bundesverfassungsgericht* neemt het beschermen van soevereiniteit serieus. De term soevereiniteit komt 73 keer voor in de overwegingen van het Hof. Nog imposanter is dat zowel de staat, als het volk, als de Grondwet soeverein worden verklaard, met het Hof weer als (soevereine?) waakhond van al deze

121 Wellicht zou men de zaak zelfs kunnen omdraaien: soevereiniteit is dermate fundamenteel en dominant als paradigma, dat iedere (schijnbare) afwijking ervan enorme verbazing oproept. Zie ook: Jackson, *Sovereignty*, Cambridge: Polity Press 2007, p. 110: 'We are living at a time when existing territorial jurisdictions are vested with exceptional international validity'. Zie ook Koskeniemi 2005, p. 237.

122 Vergelijk *Lissabon*, r.o. 223, waar het Hof te gemakkelijk stelt dat 'The Basic Law abandons a high-handed concept of sovereign statehood that is sufficient unto itself and returns to a view of the state authority of the individual state which regards sovereignty as 'freedom that is organised by international law and committed to it. (...) It breaks with all forms of political Machiavellianism and with a rigid concept of sovereignty which until the beginning of the 20th century regarded the right to wage a war – even a war of aggression – as a right that is due to a sovereign state as a matter of course.' Toegegeven, de positie van het Hof is veel flexibeler dan 19^e-eeuws positivisme, maar bevat nog steeds een harde, statelijke kern.

soevereïnen. Zo stelt paragraaf 216: 'the basic law not only assumes sovereign statehood, but guarantees it', en paragraaf 298 'Even after the entry into force of the Treaty of Lisbon the Federal Republic of Germany will remain a sovereign state.' In plaats van de soevereïne staat spreekt paragraaf 334 juist weer van 'the continuing sovereignty of the people', terwijl paragraaf 340 spreekt over '(...)the sovereignty contained in the last instance in the German constitution.'¹²³

Zet men het op een rijtje, dan wordt expliciet uitgegaan van een soevereïne staat in paragrafen 216, 224, 226, 229, 235, 240, 247, 249, 275, 278, 287, 298, 299, 329, 339, 343 en 351. Het soevereïne volk maakt zijn opwachting in paragrafen 208, 209, 218, 334, 179 en 347.¹²⁴ Paragrafen 179, 216, 340, en 339 wijzen de Grondwet aan als soevereïn.

Ook een combinatie van de drie is schijnbaar mogelijk, zoals in paragraaf 231

'In a functional sense, the source of Community authority, and of the European constitution that constitutes it, are the *peoples* of Europe with their democratic *constitutions* in their *states*.'

Hier ligt uiteindelijke autoriteit bij staat, volk en Grondwet samen, waarmee een soort soevereïne drie-eenheid gecreëerd wordt.¹²⁵ Alles en iedereen mag soevereïn zijn, zo lijkt het, behalve de EU.

Gezien de centrale positie van soevereïniteit in de positie van het Hof is deze al dan niet bewuste onduidelijkheid weinig behulpzaam. Ten eerste lijkt deze miraculeuze multiplicatie van soevereïnen in één rechtsorde lastig te rijmen met het concept van soevereïniteit zelf. Ten tweede is de uiteindelijke *locus* van soevereïniteit van belang voor het duiden van de conceptie van soevereïniteit die het Hof hanteert. Zoals hieronder nader uitgewerkt zal worden, lijkt het Hof met name een externe conceptie van soevereïniteit, met de staat als absolute en handelende soevereïn, te mengen met een interne conceptie van soevereïniteit, met het volk als niet-handelend bron van publieke autoriteit. Twee concepties die niet goed samengaan, en als gevolg het lastiger maken om een constructief weerwoord te geven op de positie van het Hof.

Deze onduidelijkheid over de uiteindelijke soevereïn verbloemt echter ook twee ander en belangrijkere probleempunten, te weten het opsluiten van het 'soevereïne' volk in de staat en creëren van een 'catch 22' door het postuleren

123 Voor de vaker voorkomende verwarring van interne soevereïniteit van het volk, en externe soevereïniteit van de staat, en de gevolgen daarvan voor de discussie over de EU, zie A. Cuyvers, 'De botsing van interne en externe soevereïniteit: Europa als ken-instrument van soevereïniteit in historisch perspectief', in: G. Molier & T.J.M. Slootweg (red.), *Soevereïniteit en Recht. Rechtsfilosofische beschouwingen*, Den Haag: Bju 2009, p. 87 e.v.

124 In *Lissabon*, r.o. 280 en 281 wordt verder expliciet aangegeven dat er niet een soevereïn Europees volk is.

125 Zie bijvoorbeeld ook paragrafen 347 en 350.

van een valse dichotomie voor integratie tussen internationale organisatie en federale staat.

4.2 Democratie als schild van de soevereine staat

Het Hof koppelt, zoals hierboven aangegeven, democratie, soevereiniteit en staat. Democratie vormt daarbij de normatieve kern en krachtbron van deze constructie. Het Hof begint hiervoor bij art. 38(1) GG dat het kiesrecht garandeert.¹²⁶ Via de redenering dat een *effectief* kiesrecht¹²⁷ ook een goed functionerend democratisch systeem vereist verwordt dit kiesrecht, tezamen met art. 20 leden 1 en 2 GG,¹²⁸ tot een fundamenteel recht op een democratisch bestel.¹²⁹ Aangezien art. 20 GG onder de 'eeuwigheidsclausule' van art. 79 lid 3 GG valt, behoort dit recht bovendien tot de onveranderlijke kern van de Grondwet, die zelfs met een tweederde meerderheid niet gewijzigd mag worden.¹³⁰ Deze onschendbare kern van democratie is het normatieve fundament waarop de voorrang van de Duitse Grondwet wordt gebaseerd. Bovendien wordt ieder pleidooi tegen de voorrang van Duits recht tegelijkertijd getransformeerd tot een aanval op democratie, geen geliefde positie om in te nemen.

Vervolgens postuleert het Hof een soevereine staat als een *conditio sine qua non* voor deze democratische kern.¹³¹ Het Hof onderbouwt dit met de stelling dat een daadwerkelijk democratisch proces een zekere kritische massa aan inhoud en invloed moet hebben.¹³² Overdreven gezegd, zodra de Duitse overheid alleen nog maar kan beslissen over plantsoenen en ander publiek groen is er geen echt democratisch proces meer in Duitsland, en is het kiesrecht uitgehold. Bepaalde kernthema's moeten daarom onder directe bevoegdheid van de Duitse politiek blijven:

'European unification on the basis of a union of sovereign states under the Treaties may, however, not be realised in such a way that the Member States do not retain sufficient space for the political formation of the economic, cultural and social circumstances

126 Hier zal niet nader worden ingegaan op de eisen voor ontvankelijkheid voor en actie bij het Hof en de rol van art. 38(1) daarin.

127 Zie o.a. *Lissabon*, r.o. 167.

128 Artikel 20 leden 1 en 2 lezen: '(1) The Federal Republic of Germany is a democratic and social federal state. (2) All state authority is derived from the people. It shall be exercised by the people through elections and other votes and through specific legislative, executive, and judicial bodies.'

129 Zie o.a. *Lissabon*, r.o. 208-210. Een recht dat zelfs teruggaat op de meest fundamentele waarde in de Duitse Grondwet, te weten de menselijke waardigheid van art. 1 GG.

130 Art. 79 (3) GG leest: '(3) Amendments to this Basic Law affecting the division of the Federation into Länder, their participation on principle in the legislative process, or the principles laid down in Articles 1 and 20 shall be inadmissible.'

131 *Lissabon*, r.o. 224. Zie ook paragraaf 226.

132 Zie o.a. *Lissabon*, r.o. 218, 226, 244 en 246.

*of life. (...) Essential areas of democratic formative action comprise, inter alia, citizenship, the civil and the military monopoly on the use of force, revenue and expenditure including external financing and all elements of encroachment that are decisive for the realisation of fundamental rights, above all as regards intensive encroachments on fundamental rights such as the deprivation of liberty in the administration of criminal law or the placement in an institution. These important areas also include cultural issues such as the disposition of language, the shaping of circumstances concerning the family and education, the ordering of the freedom of opinion, of the press and of association and the dealing with the profession of faith or ideology.*¹³³

Democratie vereist dat al deze terreinen onder één politiek gezag blijven, en niet versnipperd worden over meerdere centra van autoriteit. Voor deze rol ziet het Hof maar één kandidaat, de soevereïne staat, de 'globally recognized form of organization of a viable political community'.¹³⁴ Alleen een soevereïne staat is in staat al deze kernterreinen onder een democratisch bestuur te brengen. Als gevolg verwordt ook iedere aanval op de soevereïne staat tot een aanval op democratie. Zoals paragraaf 248 het stelt: 'the safeguarding of sovereignty demanded by the principle of democracy'.¹³⁵ De soevereïne staat is op deze manier normatief gepantserd met democratie zelf, een krachtig schild tegen verdere integratie.

4.2.1 Een gevaarlijke koppeling

Het Hof werpt een legitieme vraag op: hoe ver kan een staat gaan in het delegeren van bevoegdheden zonder zijn bestaansrecht te verliezen?¹³⁶ Toch overtuigt de constructie van het Hof niet, en deze kwam dan ook al direct onder vuur te liggen.¹³⁷ Zo berust de redenering op wel erg algemene, weinig onderbouwde definities van democratie en soevereïniteit. Dit verzwakt de toch

133 *Lissabon*, r.o. 248 (mijn cursivering). Zie ook paragraaf 252 e.v. voor verdere bepaling van deze kritieke democratische massa.

134 *Lissabon*, r.o. 224.

135 Het Hof voegt hier wel een belangrijke relativering aan toe: daar waar de Duitse overheid een doorslaggevende invloed blijft hebben, door het vereiste van unanimiteit, kunnen sommige delen van deze kernterreinen wel worden gedelegeerd. De positie van de soevereïne staat is dan gewaarborgd.

136 Zie overigens voor de vraag of het Hof hiermee de daadwerkelijke, feitelijke bedreiging voor Duitsland niet wat overdrijft het overzicht van de macht die nog bij de lidstaten ligt in A. Moravcsik: 'The European Constitutional Compromise and the Neofunctionalist Legacy', 12: 2 *Journal of European Public Policy* (2005), 349 en A. Moravcsik, 'Federalism in the European Union: Rhetoric and Reality', in: K. Nicolaïdis en R. Howse (eds.), *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the US and the EU*, Oxford: Oxford University Press 2001.

137 Zeer kritisch, zie: T. Eijssbouts, 'Ein Land, ein Volk, ein Richter', *Het Financieel Dagblad* 3 juli 2009, p. 7. Zie verder C. Schönberger, 'Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigone at Sea', 10 *German Law Journal* (2009) 1202; Roland Bieber, 'Comments on the German Constitutional Court's Decision. An Association of Sovereign States', 5 *European Constitutional Law Review* (2009) 391; Grimm 2009; Thym 2009.

al niet evidente stelling dat democratie alleen mogelijk is waar alle kern-bevoegdheden bij één soevereine staat liggen. Daarnaast is de selectie van de ‘essential areas of democratic formative action’¹³⁸ nauwelijks onderbouwd: waarom zijn juist deze bevoegdheden wel essentieel, en andere niet?¹³⁹ Aangezien alle door het Hof genoemde terreinen toevallig nog grotendeels onder de competentie van de lidstaten vallen, is het lastig het vermoeden van theoretisch opportunisme te onderdrukken. Overigens werd de hardheid van deze afgrenzing ook al direct getest door de huidige Eurocrisis, en zal deze daardoor ook nog verder getest gaan worden: het vaststellen van de begroting is immers een van de gebieden die het Hof had gereserveerd voor de soevereine staat.¹⁴⁰ Een laatste voorbeeld is de spanning tussen de geest en argumentatie van het arrest en de uiteindelijke beslissing:¹⁴¹ het Hof moet aardig wat werk verzetten om Lissabon en de huidige stand van integratie te laten passen onder de ‘harde grenzen’ die eerder in het arrest zijn neergelegd.

Dit preadvies wil nader ingaan op twee problematische gevolgen van de visie van het Hof die een meer constructieve conceptie van soevereiniteit in de weg staan: de wijze waarop het volk wordt ‘opgesloten’ in de staat en de ‘catch 22’ waar Europese integratie voor wordt gesteld.¹⁴²

4.2.2 De ingebakerde soeverein

Het verwijt dat het *Bundesverfassungsgericht* het volk opsluit in de staat is wellicht een onverwacht kritiekpunt gezien de expliciete en herhaaldelijke verwijzingen naar het soevereine volk, dat als enige *pouvoir constituant*, bron van alle autoriteit is,¹⁴³ en Duitsland zelfs mag opheffen.¹⁴⁴ De macht van

138 *Lissabon*, r.o. 248.

139 C. Schönberger, ‘Lisbon in Karlsruhe: Maastricht’s Epigone at Sea’, 10 *German Law Journal* (2009) 1209.

140 Zie *Lissabon*, r.o. 256: ‘Budget sovereignty is the place of conceptual political decisions on the connection of economic burdens and privileges granted by the state. Therefore the parliamentary debate on the budget, including the extent of public debt, is regarded as a general debate on policy. Not every European or international obligation that has an effect on the budget endangers the viability of the Bundestag as the legislature that is responsible for approving the budget. The opening up of the legal and social order, which is aimed for by the Basic Law, and European integration, include the adaption to parameters laid down and commitments made, which the legislature that is responsible for approving the budget must integrate into its own planning as factors which it cannot itself directly influence. What is decisive is, however, that the overall responsibility, with sufficient space for political discretion, can still be assumed in the German Bundestag.’

141 Zie Schönberger 2009: ‘There is probably no other judgment in the history of the court in which the argument is so much at odds with the actual result.’

142 Deze bijdrage zal niet ingaan op het tweede deel van de democratie-toets van het Hof, te weten de vraag of de EU zelf afdoende democratisch is, en welke standaard qua democratie moet worden aangehouden voor een niet-statelijke organisatie als de EU. Hiervoor wordt verwezen naar de bijdrage van M. Duchateau en W. Hulstijn in deze bundel.

143 *Lissabon*, r.o. 231 en 234.

het volk wordt echter op een belangrijke wijze gekortwiekt door de wijze waarop het Hof democratie en soevereiniteit koppelt aan een exclusieve rol voor de staat. Door de noodzakelijke koppeling van democratie aan de soevereine staat heeft het volk immers geen keus behalve het delegeren van de kern van 'haar' autoriteit aan een staat. De enige keuze die het Duitse volk heeft ligt als gevolg tussen de Duitse staat of het opgaan in een Europese federale staat.¹⁴⁵ De keuze om op te gaan in een geheel nieuwe federale staat is daarbij zo vergaand dat de huidige Duitse staat als enig alternatief overblijft. Om de democratie te bewaken wordt daarom een belangrijke keuze aan het democratisch proces onttrokken: welke bevoegdheden moeten waar worden uitgeoefend?

Maar waarom mag het volk niet besluiten verdere bevoegdheden te delegeren, waarom zou de vraag waar de grenzen van delegatie liggen niet door het democratische proces beantwoord kunnen worden? Is het willen centraliseren van kernbevoegdheden niet een verouderde visie van democratie, van een tijd waarin de mythe van autarkie nog enigszins houdbaar was? In de huidige wereld, waar toenemende interdependentie enige vorm van integratie noodzakelijk maakt, lijkt de vraag welke bevoegdheid op welk niveau moet liggen juist een cruciale vraag waar het nationale politieke proces zich mee moet engageren.¹⁴⁶ De vraag naar de allocatie en afgrenzing van gedelegeerde bevoegdheden kan daarmee een juist een *extra substantie* aan het nationale democratische proces geven, en holt dit proces niet alleen maar uit.

Bovendien blijft zelfs na het overdragen van een bevoegdheid, bijvoorbeeld aan Europa, nog de vraag in het nationale politieke domein hoe om te gaan met de invloed die de nationale eenheid in ruil voor die overdracht op Europees niveau heeft verkregen. Voor iedere overdracht komt eenvoudigweg ook een politieke bevoegdheid terug die moet worden uitgeoefend. In die zin heeft het Hof weliswaar gelijk dat Duitsland de capaciteit verliest om in zijn eentje te beslissen waar zij geen unanimiteit meer heeft in de Europese besluitvorming. Deze constatering is alleen niet afdoende om de stelling te staven dat de nationale besluitvorming over de Duitse inbreng in 'Brussel' niet afdoende gewicht zou kunnen geven aan de nationale politiek. Wat het Hof niet bewijst, en waarschijnlijk ook niet kan bewijzen, is dat het in je eentje nemen van beslissingen over materiële bevoegdheden de enige mogelijke politieke substantie is die democratie de moeite waard maakt. De discussie over bijvoorbeeld de dienstenrichtlijn, doet anders vermoeden.

Deze restrictie van de democratische besluitvorming over integratie is extra problematisch gezien de zwakke onderbouwing ervan. Hierboven werd reeds

144 *Lissabon*, r.o. 228.

145 *Lissabon*, r.o. 228.

146 J. Habermas, 'The European Nation State. Its Achievements and Its Limitations. On the Past and Future of Sovereignty and Citizenship', 9 *Ratio Juris* (1996) en J. Habermas, *The Post-National Constellation*, Cambridge: MIT Press 2001, p. 58 e.v.

de redelijk opportunistische selectie van ‘essentiële’ bevoegdheden vermeld, die met name gericht lijkt op behoud van *status quo*. Nog problematischer is echter de gehele gedachte van een democratisch kern van bevoegdheden zelf. Deze gedachte impliceert dat er per democratische eenheid maar één kern kan zijn. Er kan immers maar één centrum van autoriteit tegelijk exclusief beschikken over de vereiste kernbevoegdheden.¹⁴⁷

Deze inbakering van de democratie is echter zo restrictief dat deze niet eens verenigbaar lijkt met bestaande federale systemen. In die systemen zijn ‘kernthema’s’ zoals sociale zekerheid, strafrecht en defensie namelijk verdeeld over verschillende politieke kernen met eigen politieke processen en eigen democratische legitimiteit. Heeft het democratische proces in North Dakota nu ineens onvoldoende substantie? Het feit dat deze verschillende kernen onderdeel uitmaken van een federaal bestel kan daarbij de redenering van het Hof niet redden. Het is nu juist de essentie van de federale vorm dat alle verschillende kernen (hartstochtelijk) een eigen democratische eenheid vormen, met een democratisch proces en democratische eindverantwoordelijkheid op thema’s die niet onder federaal gezag vallen.¹⁴⁸ Zowel de staten als de federale overheid representeren direct (een deel van) het volk, en houden elkaar om die reden ook in evenwicht.

Het valt derhalve niet goed in te zien hoe de conceptie van democratie die het Hof poneert zich verhoudt met bestaande democratische praktijken in onder andere federale systemen. Iets wat natuurlijk extra merkwaardig is aangezien het Hof zelf presideert over precies zo een federale staat. Naast North Dakota roept het arrest dus zelfs de vraag op: is het stemrecht in Beieren nog wel wat waard?

4.2.3 De federale catch-22

Door de beperkte conceptie van democratie zit het ‘volk’, derhalve gevangen in de staat als enige uitingsvorm, met als enig alternatief een andere staat. Het op deze manier vastzetten van democratie in de staat heeft echter ook een extern effect: Europese integratie wordt gesteld voor een valse maar dwingende dichotomie: of men behoudt de huidige *status quo*, of Europa wordt een federale superstaat. Gezien de competenties die het Duitse Hof tot de kern van de staat rekent kan integratie immers niet veel verder meer gaan zonder de democratie te ondermijnen.¹⁴⁹ Met de onmogelijkheid van federeren, althans in de voorzienbare toekomst, betekent deze federale ‘catch 22’ *de facto* het verankeren van de huidige status van integratie. Nu is het handhaven van

147 Een logica die in wezen samenvalt met het argument uit ‘ondeelbaarheid’ van Jean Bodin zie J.H. Franklin, *Bodin: On Sovereignty*, Cambridge: Cambridge University Press 2007, boek I, hfdstk. 10.

148 D.J. Elazar, *Exploring Federalism*, Alabama: University of Alabama Press 1987, p. 33 e.v.

149 *Lissabon*, r.o. 252 e.v.

de *status quo* wellicht een verdedigbare optie, maar eentje die niet afgedwongen kan worden met een beroep op democratie. Start men vanuit de aanname dat het huidige niveau van integratie inherent instabiel is, dan vormt de 'federatie of niets' benadering een nog grotere bedreiging voor de EU.

Hoewel het Hof het volk als basis van alle autoriteit accepteert, en ook zeker elementen van volkssoevereiniteit hanteert, komt uiteindelijk de staat als centrale actor en ware soeverein naar voren. Door de koppeling van soevereiniteit, staat en democratie behaalt de staat en dubbele overwinning: intern is het de exclusieve vertegenwoordiger voor een democratisch volk, extern is het de enige basis voor een democratisch Europa.

Dit preadvies zou willen stellen dat dit een ongelukkige basis is voor de politieke constructie in Europa. Het is juist de staat, en niet democratie, soevereiniteit of het volk, die haar centrale plaats in de huidige wereld zal moeten opgeven. Om die reden wil dit preadvies als derde en laatste voorstel kort wijzen op de voordelen van een conceptie van interne volkssoevereiniteit als de basis van publieke autoriteit in Europa. Een basis die veel geschikter is voor het delegeren en controleren van bevoegdheden, en daarmee voor het vormgeven van de toekomstige integratie in de EU.

4.3 De soevereine lidvolkeren van Europa

Dit voorstel is met name gebaseerd op het verschil tussen de notie van interne soevereiniteit en externe soevereiniteit. Deze twee worden ten onrechte vaak als twee kanten van dezelfde medaille gezien, met grote verwarring tot gevolg.¹⁵⁰ Interne soevereiniteit is met name ontwikkeld in de constitutionele theorie en staatsrecht en ziet op de uiteindelijke basis van publieke autoriteit binnen het bestel. Externe soevereiniteit ziet op de verhouding tussen soevereinen, en is gebaseerd op een sterk gesimplificeerde notie, zelfs bijna fictie, van interne soevereiniteit, te weten één absolute macht in ieder territoire.¹⁵¹ Dat het om twee verschillende concepten gaat wordt ook al snel duidelijk als men kijkt naar wie de interne en de externe soeverein over het algemeen aangenomen worden te zijn: intern is dat het volk, extern de staat.¹⁵²

150 Vgl. H. Lauterpacht, 'Federalism and Sovereignty', in: E. Lauterpacht, *International Law, the collected papers of H. Lauterpacht*, London: Cambridge University Press 1977, volume 3, chapter 1, p. 9: '(...) it is only by dint of a gross inaccuracy of language that we give the same designation of sovereignty to the supreme authority of the State as determined by its constitutional law and to its legal position in international law.'

151 Voor een uitgebreide uitwerking van het verschil van beide en het belang van dit verschil voor Europese integratie zie A. Cuyvers, 'De botsing van interne en externe soevereiniteit: Europa als ken-instrument van soevereiniteit in historisch perspectief', in: Molier & Sloatweg 2009, p. 87 e.v.

152 Zie Lissabon, r.o. 347.

Ook de conceptuele ontwikkeling van interne en externe soevereiniteit is gescheiden verlopen, en heeft beide concepten nog verder uit elkaar gedreven. In het constitutionele recht werd de interne soeverein steeds abstracter, en in plaats van een politieke actor steeds meer de basis voor autoriteit en legitimiteit die bevoegdheid delegerde aan verschillende organen van de staat. Autoriteit werd daarbij bewust steeds meer versnipperd door doctrines als de *trias politica* en *checks and balances*: verschillende organen kregen verschillende bevoegdheden om de uitoefening van macht in balans te houden, en er juist voor te zorgen dat de soeverein zelf niet in actie hoefde te komen. Alleen in geval van crisis of impasse diende de soeverein in actie te komen.¹⁵³

Externe soevereiniteit zag een omgekeerde ontwikkeling: de staat werd, zeker onder invloed van het positivisme, juist steeds absoluter, waarbij het beeld groeide van niet alleen de juridische maar zelfs feitelijk almachtige soeverein.¹⁵⁴

Zoals wij hierboven zagen, gebruikt het *Bundesverfassungsgericht* zowel noties van interne en externe soevereiniteit door elkaar. Door de (ongelukkige) koppeling van democratie en de soevereine staat wordt uiteindelijk helaas gekozen voor een externe, statelijke notie van soevereiniteit: het is bij de staat dat kerncompetenties moeten rusten, al is dit in naam van de democratie. Nu is deze verwarring van beide concepten ook niet zo raar omdat gedurende een vrij lange periode de staat ook de *nexus* vormde tussen interne en externe soevereiniteit. De staat was zowel de externe soeverein, als, via zijn verschillende organen, de exclusieve houder van interne autoriteit. Het Hof zet echter de relatie, en geschiedenis, op zijn kop door nu de interne soeverein, de uiteindelijke bron van autoriteit, op te sluiten in de staat, en publieke bevoegdheden te behandelen alsof deze van de staat zijn en niet van de interne soeverein.

Het fascinerende van de Europese integratie, mits bekeken door de meer geschikte bril van de interne soevereiniteit, is dat deze de exclusieve statelijke nexus tussen de interne en de externe soeverein doorbreekt. De monopoliepositie van de staat als enige mogelijke ontvanger van publieke autoriteit wordt hiermee beëindigd, waarmee ruimte wordt gecreëerd voor nieuwe vormen en structuren van delegatie.

Kijkend vanuit de traditie van interne soevereiniteit is verdergaande delegatie en versnippering van bevoegdheden immers juist de logische trend: van een 'absolute' monarch tot steeds complexere constitutionele systemen waarin macht over verschillende territoriale en functionele schijven wordt gespreid. Niets in deze trend of logica van interne soevereiniteit staat in de weg aan een volgende stap waarbij bevoegdheden buiten de staat worden gedelegeerd om te komen tot een optimalere organisatie van publieke autori-

¹⁵³ Zie art. 146 GG dat precies deze rol aan het Duitse volk geeft.

¹⁵⁴ W.G. Werner and J.H.D. Wilde, 'The Endurance of Sovereignty', 7 *European Journal of International Relations* (2001) 283.

teit. Een organisatie die past bij een wereld waarin territorialiteit minder dominant wordt, en de noodzaak van functionele organisatie toeneemt.¹⁵⁵ De flexibiliteit van interne soevereiniteit biedt enorme mogelijkheden op dit punt.

Vanuit het perspectief van de interne soevereiniteit is het ook onjuist te stellen dat de lidstaten niet meer soevereïn zijn, aangezien zij dat intern nooit waren. Soevereïne bevoegdheden¹⁵⁶ die eerst bij de staat lagen zijn nu gedelegeerd aan een non-statelijke vertegenwoordiger. Een benadering die ook beter kan verklaren waarom, veel meer dan voor internationale organisaties, het constitutionele discours zo relevant is voor de Unie.¹⁵⁷ De EU is niet alleen een samenwerking van externe soevereïnen, maar van interne soevereïnen die de EU daarmee hebben opgenomen in hun eigen constitutionele arrangementen.¹⁵⁸ De staat, als territoriale eenheid *par excellence* verliest door deze ontwikkeling een deel van zijn traditionele spilfunctie. Daarentegen krijgen de staat, en de verschillende organen van de staat, er in de Europese situatie ook een rol bij als toezichthouder op, en uitvoerbaar van aan de EU overgedragen bevoegdheden. Gezien de institutionele structuur van de EU, en het feit dat 'het volk' nu eenmaal een rechtspersoon nodig heeft om te handelen, vindt delegatie aan de EU immers ook via de staat plaats, en is het de staat die namens het volk in de Unie handelt. Gezien deze verandering van de rol van de staat, en de mogelijkheden die delegatie van bevoegdheden buiten de staat biedt is het extra spijtig dat het *Bundesverfassungsgericht* juist alles inzet op de staat en externe soevereiniteit.

Bezien vanuit de volkssoevereiniteit is de EU dan ook niet zozeer een bedreiging van de soevereiniteit van het volk en de democratie, maar juist een mogelijkheid voor het soevereïne volk meerdere overheden in te schakelen, elkaar te laten beconcurreren en te laten controleren. Aan de andere kant zitten er ook problematische kanten aan deze delegatie buiten de staat. Interessant genoeg heeft het perspectief van de interne soevereiniteit echter ook juist voor deze problemen verklarende kracht.

155 R. Barents, 'The Precedence of EU Law from the perspective of Constitutional Pluralism', 5 *European Constitutional Law Review* (2009) 421.

156 Zie op dit punt ook de consistente woordkeuze van het Hof van Justitie, dat altijd spreekt over het delegeren van soevereïne *bevoegdheden*, en nooit over soevereiniteit zelf.

157 R. Barents, 'The Precedence of EU Law from the perspective of Constitutional Pluralism', 5 *European Constitutional Law Review* (2009) 421; A. von Bogdandy, 'Founding Principles of EU law: A Theoretical and Doctrinal Sketch' 16 *European Law Journal* (2010) 95; I. Pernice, 'Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: Constitution-Making Revisited?', 36 *CMLRev* (1999) 703; N. Walker, 'The Idea of Constitutional Pluralism', 65 *The Modern Law Review* (2002) 317 of M.P. Maduro 2003.

158 Zie Besselink 2007.

4.3.1 Een onvolwassen rechtssysteem

Zoals hierboven is aangegeven laat de EU een interessante innovatie zien waarbij op grote schaal bevoegdheden worden gedelegeerd buiten de staat. Delegatie die bovendien niet plaatsvindt op de federale manier, dat wil zeggen door eerst een politieke eenheid te creëren waarbinnen bevoegdheden worden gedelegeerd, maar op een meer confederale manier: op contractuele basis. Bevoegdheden worden aan de Unie overgedragen bij Verdrag, en daarmee gebaseerd op een overeenkomst tussen de lidstaten. De relatieve stabiliteit van deze constructie lijkt met name gebaseerd te zijn op de sterke juridische en bureaucratische ontwikkeling van de lidstaten, waardoor de confederale structuur niet zozeer hoeft te rusten op eigen handhavingcapaciteit, maar kan voortbouwen op de juridische structuur in de lidstaten.

Tegelijkertijd levert de delegatie van bevoegdheden buiten de staat, en dan ook nog eens door meerdere lidvolkeren aan dezelfde entiteit, een groot aantal nieuwe uitdagingen en vragen op. Zo is het systeem van delegatie *binnen* de staat over geruime tijd ontwikkeld en geperfectioneerd in het staatsrecht. Als gevolg is op de meeste vragen over bijvoorbeeld allocatie en conflictresolutie al iets van een antwoord geformuleerd. Ook vindt deze delegatie plaats binnen een politiek systeem, zodat als er een probleem opkomt waar geen juridisch antwoord op bestaat, er teruggevallen kan worden op politieke besluitvorming. Op deze wijze zijn veel problemen waar geen helder juridische antwoord op gegeven kan worden in de loop der tijd afgedekt.¹⁵⁹

Het EU-systeem, daarentegen, is niet alleen zelf relatief jong, maar ook innovatief qua aard en structuur, en nog continue in ontwikkeling. In vergelijking met de ontwikkelde systemen in de lidstaten zijn er daarom gewoon nog erg veel gaten in het systeem. Bovendien is er, vanwege de confederale basis, juist geen politieke bevoegdheid op Europees niveau om dergelijke conflicten op te lossen. Kortom, in een situatie met veel kinderziektes en nog openstaande vragen is er niet een centrale, hiërarchisch superieure, instantie die deze vragen met een machtswoord kan beantwoorden. Een situatie die pluralisme accuraat omschrijft, maar welke de uiteindelijke soevereine macht van de lidvolkeren onverlet laat.

Het grootste probleem, in de ogen van dit preadvies, zijn niet zozeer deze gaten en afbakeningsproblemen in het systeem van delegatie, maar het feit dat de lidstaten nog niet zijn ingespeeld en toegerust op hun nieuwe dubbelrol. De staat is immers niet meer alleen de houder en uitoefenaar van soevereine rechten die direct door het volk aan de staat zijn toevertrouwd. In de confede-

¹⁵⁹ Al moet de coherentie van nationale rechtsordes ook niet overdreven worden. Kijk voor een voorbeeld alleen al naar de situatie in Nederland waar er geen juridische oplossing is voor een verschil van mening tussen de Hoge Raad en de Raad van State. Het afschilderen van nationale systemen als naadloze eenheden is één van de gevaren waar pluralistische visies voor op moeten passen.

rale structuur van de Unie, waarbij er geen gescheiden overheidsapparaat is gecreëerd om de federale bevoegdheden uit te oefenen, is de staat ook de entiteit die gedelegeerde bevoegdheden controleert en op Europees niveau meebeslist. Momenteel lijken de meeste lidstaten voor deze dubbelrol niet goed toegerust waardoor er conflicten tussen beide rollen bestaan. Denk bijvoorbeeld aan politici die om nationaal verkozen te worden een onjuist beeld van de eigen Europese activiteiten schetsen.

Lidstaten moeten derhalve beter aangepast worden aan hun nieuwe dubbelrol. Hiervoor is het noodzakelijk om de vrijheid die het volk nu heeft, namelijk om bevoegdheden ook buiten de staat te delegeren, te politiseren en onderdeel te maken van het nationale democratische proces. Door op deze wijze uit te gaan van een conceptie van interne volkssoevereiniteit kan de EU derhalve juist bijdragen aan een verdere democratisering. Democratie staat daarmee juist niet in de weg aan verdere delegatie aan de EU. Deze delegatie, als onontkoombaar antwoord op de globalisering, dient juist een centraal onderdeel te worden van dat democratisch proces.¹⁶⁰

5 CONCLUSIE

Het *Bundesverfassungsgericht* heeft wederom een fundamentele uitdaging geformuleerd. Een uitdaging die als these en antithese moet dienen voor iedere visie op Europese integratie. Dit niet alleen vanwege de inhoud, maar ook vanwege het feit dat het de hoogste rechter van de grootste lidstaat is die hier spreekt, en, met een juridisch Heisenberg-effect daarmee de werkelijkheid mede vormt.

Dit preadvies heeft voor de bepaling van de Nederlandse positie in Europa slechts kunnen kijken naar enkele onderdelen van het brede en diepe arrest van het Hof. Gebaseerd op die punten zou het voor de bepaling van de Nederlandse positie ten opzichte van de EU de volgende aanbevelingen willen doen.

Ten eerste moet geaccepteerd worden dat voorlopig de discussie en besluitvorming over Europese integratie in ieder geval voor een belangrijk deel via de rechterlijke macht zal lopen. Vooralsnog speelt de Nederlandse rechterlijke macht, zowel nationaal als Europees, geen rol van betekenis in deze discussie. Een onwenselijke situatie, die ervoor pleit de Nederlandse rechter en Grondwet een centralere positie te geven. Deze centrale rol moet door de rechter wel

¹⁶⁰ Het *Bundesverfassungsgericht* zou deze lijn op basis van het *Lissabon-Urteil* in de toekomst ook kunnen volgen. Het arrest bevat immers meer dan genoeg bevestiging van de fundamentele en soevereine autoriteit van het Duitse volk, zoals paragraaf 334, waar gesproken wordt over de 'continuing sovereignty of the people which is anchored in the Member States'. Het Hof hoeft slechts te erkennen dat een soeverein volk voor meerdere ankers kan liggen.

zo worden ingevuld dat deze niet in de weg staat aan het politiseren van de delegatie van bevoegdheden aan de EU.

Ten tweede kan een dergelijke centralere rol van de Nederlandse rechter niet direct op het attributiebeginsel of een *ultra vires* redenering gebaseerd worden, maar dient hiervoor een aparte normatieve basis verschaft te worden. Een basis kan eigenlijk alleen gevonden worden in de Grondwet en/of noties van soevereiniteit. Daarnaast zou de Nederlandse rechter zich in de rechterlijke dialoog in moeten zetten voor de toepassing van voorrang als principe en niet als regel. Een beslissing die uiteindelijk alleen op Europees niveau genomen kan worden, maar wel nationaal kan worden afgedwongen. Zolang er immers geen fundamenteel politiek en theoretisch antwoord is op de verhouding tussen de EU en de lidstaten dient een rechterlijk conflict over deze vraag pragmatisch vermeden te worden, en het huidige *acquis* biedt daar ook de ruimte voor.

Ten derde, en als laatste, blijft soevereiniteit een centraal en onontbeerlijk concept voor politieke organisatie in de EU. Nodig is niet een *innovatio*, waarbij de gehele politieke legitimiteitsstructuur wordt omgegooid, maar in lijn met de geschiedenis, een vorm van *aemulatio* waarbij bestaande structuren en concepten worden aangepast aan een nieuwe realiteit. De focus op de soevereine staat zoals voorgestaan door het *Bundesverfassungsgericht* is daarvoor helaas te star, en blokkeert juist een cruciaal nieuw onderdeel van democratische besluitvorming door, nota bene in naam der democratie, het volk op te sluiten in een staat. Een analyse vanuit de interne volkssoevereiniteit, die de Europese integratie kan plaatsen als het vervolg van de trend waarbij het soevereine volk steeds verder gaat met de delegatie van soevereine bevoegdheden, ook buiten de eens almachtige staat, is veel constructiever. Deze analyse leidt echter ook tot de conclusie dat de interne structuur van die staten nog niet afdoende is aangepast op de nieuwe dubbelrol die zij vervullen. Op dit punt ligt dan ook een mooie uitdaging voor de verdere integratie van het Europese recht, de constitutionele theorie en het staatsrecht zelf, opdat wij het object van onze studie bij kunnen houden.

5 | Waartoe is het Europees Parlement op aarde?

Het Parlement als vertegenwoordiger van de
gemeenschap van Unievolkeren

Michiel Duchateau & Wouter Hulstijn

1 INLEIDING

Het *Lissabon-Urteil* draait in de kern om de democratische legitimatie van de Europese Unie. Wat daarbij opvalt is dat die volgens het *Bundesverfassungsgericht* nog steeds primair door de nationale parlementen en nauwelijks door het Europees Parlement wordt verzorgd.¹ Het Europees Parlement wordt door Karlsruhe slechts een aanvullende rol toegekend, hoewel het rechtstreeks gekozen is door de Europese burgers en, anders dan de nationale parlementen, rechtstreeks meebeslist over Europese gezagsuitoefening. Het oordeel roept daarmee de vraag op hoe de democratische rol van het Europees Parlement precies moet worden gedefinieerd. Op welke wijze draagt het bij aan de legitimatie van het Europese overheidsgezag? En namens wie eigenlijk? Democratie veronderstelt het bestaan van een *dèmos* die tot regeren gebracht kan worden, een eenheid aan wie besluiten kunnen worden toegerekend, maar een Europees volk heeft zich (nog) niet gevestigd. Het door verreweg de meeste lidstaten gehanteerde democratieconcept, namelijk volkssoevereiniteit, gaat ervan uit dat overheidshandelen alleen gelegitimeerd is als het is terug te voeren op de (gerepresenteerde) wil van het volk. Deze bijdrage staat daarom stil bij de vraag hoe deze nationale, statelijke opvatting van democratie zich verhoudt tot de rol die het Europees Parlement speelt in het 'democratisch bestel van de Unie' (art. 10 lid 3 EU) en bij de vraag wat 'representatieve democratie' (art. 10 lid 1 EU) in dit verband betekent.

Van nationale, op de soevereiniteit van het volk rustende parlementen wordt gesteld dat ze het overheidsgezag legitimeren door het volk te representeren. Daarom wordt in deze bijdrage eerst stilgestaan bij de rol die de Duitse Bondsdag heeft in de *Legitimationskette*, de theorie die verklaart hoe de uitoefening van het overheidsgezag door het volk gelegitimeerd wordt. Vervolgens wordt gezien hoe deze leer is terug te vinden in het *Lissabon-Urteil*. Onze

¹ *Bundesverfassungsgericht*, 2 BvE 2/08 van 30 juni 2009. Tenzij anders aangegeven wordt er steeds verwezen naar dit oordeel. De Engelse vertaling van het oordeel, die door het *Bundesverfassungsgericht* is uitgegeven, kan worden gedownload via: http://www.Bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html.

stelling is dat dit oordeel begrijpelijk en misschien zelfs wel onvermijdelijk is als men een Duits-staatsrechtelijke bril opzet. Het *Bundesverfassungsgericht* hanteert namelijk een sterk inhoudelijk democratiebegrip en schrok er ook in het verleden niet voor terug de Bondsdag op zijn taken te wijzen.

Deze opvatting leidt er echter wel toe dat het Europees Parlement slechts geroepen is tot aanvullende of stuttende democratische legitimatie namens de volkeren van de lidstaten, hoewel het met de jongste verdragswijziging wederom meer bevoegdheden heeft gekregen en zijn vertegenwoordigingsopdracht juist niet langer spreekt van volkeren, maar van Unieburgers. Wij stellen ons daarom de vraag waarin, volgens het Hof, het Europees Parlement en de Unieburgers verschillen van de Bondsdag en het Duitse volk en hoe terecht die opvatting van het Hof is.

Tot slot wordt in een bredere context gezien waar dit alles het Europees Parlement en zijn leden laat. Het *Bundesverfassungsgericht* stelt immers dat de Unie niet kan of hoeft te voldoen aan de democratische eisen die volkssoevereiniteit aan staten stelt. De Unie is niet een staat, heeft geen eigen *dèmos* en mag die van het Hof ook niet worden respectievelijk in het leven roepen. Het stelt daarom dat de Unie vrij is om te zoeken naar eigen, andere vormen van noodzakelijke aanvullende democratische legitimatie. Daar laat Karlsruhe het echter bij, zonder te zeggen hoe het de legitimerende band tussen het Duitse volk en het Parlement precies ziet. In deze bijdrage proberen we die relatie daarom nader in te vullen, opdat de stelling dat het Europees Parlement de Unie van democratische legitimatie voorziet meer dan slechts een axioma is. Dit doen we zowel aan de hand van het *Lissabon-Urteil* en het positieve verdragsrecht, als aan de hand van meer politiek-theoretische beschouwingen.

We staan niet alleen stil bij de relatie tussen volk en gezag, maar ook bij de verhouding tussen volk en burger. Een opvallend kenmerk van de Lissabon-uitspraak is namelijk dat het *Bundesverfassungsgericht* niet alleen waakt over de rechten van het volk als zodanig, maar juist ook over die van de individuele burger. Formeel draait het oordeel zelfs helemaal om de vraag of het kiesrecht van burgers geschonden wordt doordat het Verdrag van Lissabon de Bondsdag teveel en cruciale bevoegdheden zou ontnemen. Het Hof postuleert daarbij een individueel burgerrecht op inhoudelijke democratie: de Bondsdag, de Duitse volksvertegenwoordiging, moet voldoende armslag hebben om de levensomstandigheden van de Duitse burgers te kunnen bepalen. Dat deed het ook al in het *Maastricht-Urteil* en is dus niet nieuw. In *Lissabon* wijdt het Hof er echter verder over uit en gebruikt het klare taal om dat recht stevig te verankeren.

2 HET LISSABON-URTEIL EN DE DUITSE BONDSNAG ALS DE LEGITIMATOR VAN OVERHEIDSGEZAG

De twee hoofdlijnen van het *Lissabon-Urteil* zijn de eisen die het democratiebeginsel aan Europese integratie stelt en de (positieve) verplichtingen die de *Europarechtsfreundlichkeit* van het *Grundgesetz* (GG, respectievelijk art. 20 en 23) schept. Het Hof sluit daarmee aan bij de in het *Maastricht-Urteil* ingezette lijn en poogt de Europese integratie zodanig vorm te geven dat die enerzijds kan voortschrijden, maar anderzijds blijft voldoen aan de, met name democratische, minimumstandaarden die het *Grundgesetz* volgens het Hof stelt aan de uitoefening van overheidsgezag in Duitsland.² Kern van de redenering is daarbij dat de Duitse staatsorganen Europese en internationale integratie *moeten* willen, terwijl het hen verboden is die op zodanige wijze vorm te geven dat het soevereine Duitse volk zijn (indirecte) zelfbeschikkingsrecht verliest. Dat laatste zou met name het geval zijn als het volk niet meer zelf de meest fundamentele beslissingen over zijn leefomstandigheden zou kunnen bepalen of beslissend zou kunnen beïnvloeden.

Het volgens art. 79 lid 3 GG onwijzigbare art. 20 GG bepaalt onder meer dat Duitsland een democratische staat is, waarin al het overheidsgezag van het volk 'uitgaat'.³ Dit democratiebeginsel (*Demokratieprinzip*) kent verschillende facetten die zowel in het *Maastricht-Urteil* als het *Lissabon-Urteil* aan de orde komen.

Een democratische staat is volgens de Duitse doctrine eerst en vooral een staat waarin het soevereine volk door tussenkomst van de door hem in het leven geroepen Grondwet, en de daardoor geconstitueerde organen, zichzelf regeert.⁴ Soevereiniteit betekent hier dus dat het volk aan geen enkele wil dan zijn eigen wil onderworpen is. De belangrijkste hoofdregel van Duitse

2 Zie voor een goed overzicht van de verhouding van het *Lissabon-Urteil* tot de eerdere jurisprudentie van Karlsruhe, D. Grimm, 'Comments on the German Constitutional Court's Decision on the Lisbon Treaty. Defending Sovereign Statehood against Transforming the European Union into a State', 5 *European Constitutional Law Review* (2009) 353. Grimm wijst erop dat het Duitse Hof met allerlei overwegingen die strikt genomen niet nodig zijn om tot het oordeel in kwestie te komen vooruitblijkt op komende Europese integratie. Kritischer is Daniel Thym, 'In the Name of Sovereign Statehood: A Critical Introduction to the Lisbon Judgment of the German Constitutional Court', 46 *Common Market Law Review* (2009) 1795.

3 Art. 20 lid 2, eerste zin GG luidt: 'Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus.'

4 Degenhart verwoordt deze gedachte als volgt: 'Staatsgewalt als die ursprüngliche und prinzipiell unbeschränkte Herrschaftsmacht des Staates (...) bedeutet Herrschaft über Menschen (...). Im demokratischen Staat ist dies jedoch keine Herrschaft (der Regierenden) aus eigenem Recht, sondern eine Herrschaft, die auf das Volk zurückgeführt werden muss. Dies besagt das Prinzip der Volkssouveränität.' Zie C. Degenhart, *Staatsrecht I: Staatsorganisationsrecht*, Heidelberg: Müller 2005, p. 9. Zie ook de preambule van het *Grundgesetz*, die overigens de term soevereiniteit niet noemt. Toegegeven moet hierbij uiteraard wel worden dat de overwegingen van het Hof niet toevallig goed in de doctrine passen, maar dat het vooral ook andersom is. Het *Bundesverfassungsgericht* heeft deze doctrine in belangrijke mate mede gevormd.

democratie is dat er een *Legitimationskette* moet bestaan tussen alle uitoefening van overheidsgezag in Duitsland en de soevereine wil van het Duitse volk.

De Bondsdag heeft, als enige rechtstreeks door het Duitse volk gekozen orgaan, een centrale positie in die keten.⁵ Hij is enerzijds als wetgever zelf onderdeel van het gezag, maar moet anderzijds, als schakel tussen volk en de andere overheidsorganen, in beginsel *alle* uitoefening van overheidsgezag door de Bond van democratische legitimatie voorzien. Dit doet hij door middel van zijn benoemings- en controlerechten ten aanzien van de regering, zijn wetgevingsbevoegdheid en zijn budgetrecht.⁶ Doordat de Bondsdag de Bondskanselier benoemt en de Bondskanselier de ministers, vertaalt de verkiezingsuitslag van Bondsdagverkiezingen zich in de samenstelling van de regering en – belangrijker – de politieke agenda van de Bondsrepubliek voor de komende periode.⁷ De tussen de Bondsdag en de Bondskanselier geldende vertrouwensregel zorgt er bovendien voor dat van die agenda niet al te veel kan worden afgeweken zonder parlementaire instemming.

Het is tegen deze achtergrond dat de overweging van het *Lissabon-Urteil* gelezen moet worden dat de Bondsdag genoeg bevoegdheden van voldoende omvang en gewicht moet overhouden om democratische legitimatie te kunnen realiseren. Het *Bundesverfassungsgericht* overweegt namelijk dat democratie ‘zuerst [lebt] von und in einer funktionsfähigen öffentlichen Meinung, die sich auf zentrale politische Richtungsbestimmungen und die periodische Vergabe von politischen Spitzenämtern im Wettbewerb von Regierung und Opposition konzentriert’.⁸ Het gaat er dus om dat verkiezingen slechts dan democratische legitimatie bewerkstelligen als het gekozen staatsorgaan het gevoerde beleid beslissend kan beïnvloeden.⁹ De overwegingen van het Hof over de strijd tussen coalitie en oppositie lijken hierbij vooral ingegeven door de gedachte dat ook de oppositie het Duitse volk representeert. Haar taak is het volgens Karlsruhe namelijk om alternatieve keuzes zichtbaar te maken en die voortdurend in herinnering te roepen.¹⁰ Het democratiebeginsel zou volgens het Hof dan ook geschonden zijn als de Bondsdag door gebrek aan essentiële

5 Op het Europees Parlement komen we hieronder terug.

6 P. Badura, *Staatsrecht: Systematische Erläuterungen des Grundgesetzes*, München: Verlag C.H. Beck 2003, p. 276. Een zelfstandige materiële wetgevingsbevoegdheid van de regering, zoals die in Nederland in ieder geval theoretisch gezien nog bestaat (art. 89 Gw), zou daarom in Duitsland ondenkbaar zijn.

7 Zie voor de positie van de Bondskanselier en de kabinetsformatie: M.C. Burkens & P.P.T. Bovend'Eert, ‘De Bondsrepubliek Duitsland’ in: L. Prakke en C.A.J.M. Kortmann, *Het staatsrecht van de landen van de Europese Unie*, Deventer: Kluwer 2009, p. 153-157.

8 De relevante overweging (r.o. 250) kan ongeveer als volgt worden vertaald: ‘Democratie leeft eerst en vooral van een functionerende openbare mening, die zich op centrale politieke richtingsbepaling en de periodieke toekenning van de hoogste politieke ambten in concurrentie tussen regering en oppositie concentreert.’ Vgl. het *Maastricht-Urteil*: BVerfGE 89, 155 <185>.

9 R.o. 174-175. Zie ook r.o. 208.

10 Resp. r.o. 212-214 en 250.

bevoegdheden niet langer in staat zou zijn de uitoefening van het overheidsgezag door zijn besluiten, die worden genomen op basis van politiek richtingsstrijd, te legitimeren.

Ook voor 'supranationale' gezagsuitoefening moet er echter een legitimatieketen bestaan. De legitimatie van het Europese gezag vindt volgens het Hof namelijk weliswaar primair plaats door de nationale parlementen en regeringen, in het geval van meerderheidsbesluitvorming kan dat niet altijd het geval zijn.¹¹ Vereist (en voldoende) is het volgens het Hof daarom dat de mate waarin bevoegdheden op supranationale wijze aan de EU zijn overgedragen in evenwicht is met de mate waarin er is voorzien in aanvullende democratische legitimatie.¹² Voor zover gezagsuitoefening dus niet gegarandeerd te legitimeren is via de Bondsdag, bijvoorbeeld omdat er bij gekwalificeerde meerderheid besloten wordt in de Raad, moet er een andere legitimatieketen worden gevonden.

Hierbij moet echter niet vergeten worden dat het *Demokratieprinzip* legitimatie door het Duitse (soevereine) volk vereist. Het is volgens dat beginsel immers niet voldoende dat het uitgeoefende gezag in zijn algemeenheid kan rekenen op de instemming van kiezers of burgers. Integendeel, die legitimatie kan ex art. 20 lid 2 GG alleen het volk, dat het *Grundgesetz* in het leven heeft geroepen, verschaffen. Daarom stelt het *Bundesverfassungsgericht* in Lissabon dat het *Grundgesetz* uitsluit dat het gezag dat door de Unie wordt uitgeoefend rust op een zelfstandig Europees legitimatiesubject. Zolang het *Grundgesetz* van kracht is, is een Europese *demos* of een Europese bondsstaat uitgesloten omdat deze onverenigbaar zijn met de soevereiniteit van het Duitse volk.¹³

Dit heeft volgens Karlsruhe onder meer als consequentie dat alle bevoegdheden van de Europese Unie geattribueerd zijn door de lidstaten en dat vooraf duidelijk moet zijn hoever deze bevoegdheden reiken. Het bestaan van Europese bevoegdheden wordt op die manier namelijk steeds gelegitimeerd via de goedkeuringswetten bij de verdragen. Waar het Hof tot de conclusie komt dat het Verdrag van Lissabon mogelijkheden schept die tot schending van dit attributiebeginsel kunnen leiden, bijvoorbeeld doordat bepalingen zo vaag zijn omschreven dat ze al te gemakkelijk tot unilaterale bevoegdheidsuitbreiding zouden kunnen leiden, voert het dan ook Duits-interne reparaties uit. Dit doet het ofwel door te bepalen dat de Duitse vertegenwoordiger in de Raad een onderwerp pas na ruggespraak met de Bondsdag mag behandelen, ofwel door te bepalen dat er zelfs wettelijke ratificatie nodig is waar de verdragen die niet voorschrijven.¹⁴

11 R.o. 261-262

12 R.o. 261-262.

13 R.o. 278.

14 Zie over de vraag of het VvL *Kompetenz-Kompetenz* toekent aan de Unie o.a. R. Bieber, 'Comments on the German Constitutional Court's Decision. An Association of Sovereign States', 5 *European Constitutional Law Review* (2009), 395 en (uitgebreid) T. Lock, 'Comments on the German Constitutional Court's Decision. Why the European Union is not a State,'

2.1 *Europarechtsfreundlichkeit*

In het licht van het voorgaande is het eigenlijk verbazingwekkend dat het *Bundesverfassungsgericht* überhaupt ruimte ziet voor democratische legitimatie van Europees overheidsgezag buiten de Bondsdag om. Net als in *Maastricht* overweegt het echter dat een uitleg van het democratiebeginsel die Europese besluitvorming bij gekwalificeerde meerderheid uitsluit, de *Europarechtsfreundlichkeit*, die volgt uit art. 23 en 24 GG, zou miskennen. Art. 23 lid 1 GG bepaalt immers onder meer dat de Bondsrepubliek meewerkt aan de ontwikkeling van de Europese Unie 'die democratische (...) Grundsätzen und der Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist'. Europese integratie is volgens de Duitse Grondwet dus niet alleen mogelijk, ze legt de wil daartoe zelfs op.¹⁵ De vraag is daarmee wat het Hof de juiste balans vindt tussen de soevereiniteit van het Duitse volk, die de Bondsdag tot centraal orgaan maakt, en de verplichting tot Europese integratie.

In algemene zin merkt het *Bundesverfassungsgericht* hierover op dat het soevereiniteitsbegrip van het *Grundgesetz* een modern concept is, dat afrekent met Machiavellisme en destructief antagonisme en dat het *Grundgesetz* soevereiniteit ziet als vrijheid die is geordend en gebonden door het internationale recht.¹⁶ Daarbij past het dat staten, en dus ook soevereine volkeren, niet langer alles voor zichzelf kunnen beslissen, al was het maar omdat internationale samenwerking zonder consensusregeling anders überhaupt uitgesloten is. De staat is volgens het Hof dan ook niet een doel in zichzelf, maar een historisch gegroeide, internationaal erkende organisatievorm van een handelsbekwame politieke gemeenschap.¹⁷ Integratie van soevereine staten in een Europese Unie is dus, in ieder geval tot op zekere hoogte, mogelijk.

De vraag tot op welke hoogte precies kan niet beantwoord worden aan de hand van formele overwegingen. Op basis daarvan zou immers alle uitoefening van Europees overheidsgezag gelegitimeerd kunnen worden geacht om de simpele reden dat de Bondsdag de goedkeuringswetten van de verdragen heeft vastgesteld. Van cruciale betekenis is dan ook dat het democratiebeginsel niet alleen een formele kant heeft, maar ook een sterk inhoudelijke. De Duitse doctrine schrijft namelijk voor dat beslissingen die het volk en het leven van

5 *European Constitutional Law Review* (2009), 407. Dat het Hof zo nadrukkelijk uitlegt dat de Unie geen *Kompetenz-Kompetenz* krijgt is overigens goed te begrijpen tegen de achtergrond van het Duitse negentiende-eeuwse debat over de vraag wie er in het Duitse Rijk (van 1871) nu precies soeverein was: het Rijk of de *Länder*? Voor velen in dat debat was *Kompetenz-Kompetenz* de indicator voor soevereiniteit. Des te opvallender is het dan ook dat het Hof in r.o. 347 nadrukkelijk niets wil weten van dergelijke historische vergelijkingen. Zie over het Duitse federalismedebat o.a. M. Forsyth, *Unions of States. The theory and practice of confederation*, New York: Leicester University Press 1981, m.n. p. 133-160.

15 R.o. 219-225. Vgl. BVerfGE 89, 155 <183>.

16 R.o. 223-224.

17 R.o. 223-224.

individuele burgers in belangrijke mate beïnvloeden alleen door de Bondsdag zelf, als representant van het Duitse volk, kunnen worden genomen.¹⁸ Deze moet hierbij beschouwd worden als het primaire forum voor politieke wilsvorming en, blijkens art. 77 lid 1 GG, zelfs als *de* wetgever. Dat laatste ondanks het feit dat de Bondsdag lang niet als enige orgaan betrokken is bij de totstandkoming van wetten. Omdat de wet wordt gezien als 'die zentrale Handlungsform des demokratischen Rechtsstaates', die de grondslag biedt voor, en grenzen stelt aan het overheidsoptreden, is delegatie van fundamentele beslissingen uitgesloten en geldt daarvoor een *Gesetzesvorbehalt*.¹⁹ Het Duitse staatsrecht kent daarmee een materieel democratiebegrip dat de meest fundamentele beslissingen aan de Bondsdag voorbehoudt.²⁰

Het is met name het materiële democratieargument dat cruciaal is in het *Lissabon-Urteil* en het eerdere *Maastricht-Urteil*. Waar de idee van de *Legitimationskette* nog ruimte laat voor de gedachte dat iedere uitoefening van Europees overheidsgezag via de goedkeuringswetten bij de verdragen terug te voeren zijn op de Bondsdag en dus op het Duitse volk, staat dit argument daaraan in de weg. Het *Bundesverfassungsgericht* stelt in beide oordelen dan ook nadrukkelijk dat democratie meer betekent dan louter de naleving van formele organisatieprincipes en dat het meer moet zijn dan een leeg toerekeningsprincipe.²¹

Hierbij komt het volgens het *Bundesverfassungsgericht* niet op kwantiteit aan: het gaat niet om de omvang van de Europese wetgeving die de positie en bevoegdheden van de Bondsdag raken, maar cruciaal is 'dass der Bundesrepublik Deutschland für zentrale Regelungs- und Lebensbereiche substantielle innerstaatliche Gestaltungsmöglichkeiten verbleiben'.²² In dit verband noemt het vijf terreinen die bijzonder 'integratiegevoelig' zijn, wat betekent dat overdracht of deling van bevoegdheden op deze terreinen problematisch is, zij het niet zonder meer onmogelijk.²³ Hoewel er geen concrete grens getrokken wordt en het antwoord op de vraag waar die precies ligt uiteindelijk open blijft, heeft het Hof zich veel moeite getroost om uit te leggen waar die ongeveer zou kunnen liggen, zonder een concrete hypothese op verdere Europese integratie te leggen. Het gaat nadrukkelijk niet om een catalogus van staats-taken. Het Hof kan op grond van de overweging dat democratie betekent dat de Duitse samenleving door Duitse constitutionele organen wordt vormgegeven

18 Degenhart a.w. (n. 3), p. 12.

19 Degenhart a.w. (n. 3), p. 12-13 en 47-48. Zie ook Badura a.w. (n. 6), p. 323.

20 Zie ook art. 80 GG, dat bepaalt dat delegatie slechts is toegestaan voor zover inhoud, doel en omvang van de gedelegeerde bevoegdheid bij de wet worden bepaald. Zie verder Badura a.w. (n. 6), p. 547. Badura wijst erop dat democratie en de eisen van rechtsstatelijkheid in zoverre overeenstemmen dat de Bondsdag zich niet mag ontdoen van de aan hem opgedragen wetgevende macht door die te delegeren.

21 R.o. 250. Vgl. BVerfGE 89, 155 <185>.

22 R.o. 351.

23 R.o. 252-260. Omdat het VvL op geen enkele wijze in botsing komt met de vijf extragevoelige terreinen, ziet Grimm ook die overwegingen als *obiter dicta* (ze zijn niet nodig om tot het oordeel te komen). Grimm a.w. (n. 2), p. 370.

tot de conclusie komen dat bijvoorbeeld ook secundaire Europese wetgeving in strijd is met het democratiebeginsel en dus in strijd met het *Grundgesetz*. In een dergelijk geval zal het Hof de Europese wet buiten toepassing laten.

Samengevat: De meest fundamentele beslissingen, die het volk en de burgers direct raken, moet de Bondsdag zelf blijven nemen. Daarnaast moet het Duitse parlement überhaupt bevoegdheden van voldoende omvang en zwaarte voor zichzelf behouden. Tot slot moet er een legitimatieketen bestaan tussen Europese gezagsuitoefening en het Duitse volk, hetgeen betekent dat er minimale *demokratische Grundsätze* zijn, waaraan de EU moet voldoen.

Hoewel een Europese bondsstaat nadrukkelijk niet aan de orde is of mag zijn, gaat het *Bundesverfassungsgericht* er toch uitvoerig op in dat de Europese Unie niet op dezelfde wijze aan het democratiebeginsel kan voldoen als staten. Het wijst erop dat de Unie geen 'levensvatbare meerderheidsregel' kent, aangezien het principe van *one man, one vote* niet opgaat voor de samenstelling van het Europees Parlement.²⁴ Bovendien vindt het Hof het problematisch dat de verkiezingen voor het Parlement niet tot de formatie van een Europese regering leiden, die berust op een zich tegen de oppositie afzettende parlementaire meerderheid.²⁵ De Unie is volgens Karlsruhe nog steeds een *Staatenverbund*, welks gezag gelegitimeerd wordt door de verschillende democratisch georganiseerde nationale volkeren.²⁶ Het Verdrag van Lissabon verandert er in de optiek van het Hof dan ook niets aan, 'dass der Bundestag als Repräsentationsorgan des Deutschen Volkes im Mittelpunkt eines verflochtenen demokratischen Systems steht'.²⁷

Omdat de Europese Unie een statenverbond is hoeft het niet aan alle eisen te voldoen die voor een democratische staat wel gelden. Vereist en voldoende is dat de mate waarin bevoegdheden aan de Unie zijn overgedragen en de mate waarin het Europese besluitvormingsproces onafhankelijk is van de lidstaten, in evenwicht is met de mate waarin er is voorzien in aanvullende democratische legitimatie. Ook de positie van het Europees Parlement moet volgens het Hof in deze sleutel worden geplaatst:

24 R.o. 277.

25 R.o. 268-270 en 280.

26 R.o. 229-231. In r.o. 251 wijst het Hof er dan ook nadrukkelijk op dat ook de toenemende Europese opinievorming nationaal georganiseerd blijft: 'Auch wenn durch die großen Erfolge der europäischen Integration eine gemeinsame und miteinander im thematischen Zusammenwirken stehende europäische Öffentlichkeit in ihren jeweiligen staatlichen Resonanzräumen ersichtlich wächst (...), so ist doch nicht zu übersehen, dass die öffentliche Wahrnehmung von Sachthemen und politischem Führungspersonal in erheblichem Umfang an nationalstaatliche, sprachliche, historische und kulturelle Identifikationsmuster angeschlossen bleibt.'

27 R.o. 277. Zie ook r.o. 290, waar het Hof erop wijst dat getracht wordt een 'tekort' aan Europese democratie onder andere op te vangen door de nationale parlementen een aanvullende Europese rol te geven.

‘Solange und soweit das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in einem Verbund souveräner Staaten mit ausgeprägten Zügen exekutiver und gouvernementaler Zusammenarbeit gewahrt bleibt, reicht grundsätzlich die über nationale Parlamente und Regierungen vermittelte Legitimation der Mitgliedstaaten aus, die *ergänzt und abgestützt* wird durch das unmittelbar gewählte Europäische Parlament’.²⁸

Zoals de Unie geen echte democratie is of kan zijn, is het Europees Parlement volgens het Hof dus niet een volwaardig parlement en kan het slechts aanvullende legitimatie bewerkstelligen. Daarbij maakt het niet uit dat het Parlement sinds het Verdrag van Lissabon niet langer bestaat uit ‘vertegenwoordigers van de volkeren van de staten die in de Gemeenschap zijn verenigd’ (art. 189 EG-oud), maar uit ‘vertegenwoordigers van de burgers van de Unie’ (art. 14 lid 2 EU). Het verdrag mag dan zeggen dat er Unieburgers worden vertegenwoordigd, Karlsruhe houdt vol dat het Parlement bestaat uit vertegenwoordigers van de volkeren van de lidstaten. Omdat het niet de representant is van een op basis van gelijk stemgewicht opgebouwde volkswil, kan het Parlement volgens het Hof geen eenheid vertegenwoordigen en blijft het in essentie een aanvullende volkerenvergadering.²⁹

Kortom, omdat de Unie slechts een *Staatenverbund* met afgeleide bevoegdheden is, kan worden volstaan met ‘democratie light’ in de vorm van elementen van aanvullende, ‘participerende democratie’,³⁰ zoals allerlei inspraakmogelijkheden in, en deelnemingsrechten aan Europese gezagsoefening.³¹ Wat ‘participerende democratie’ inhoudt en of, en zo ja hoe deze manier van democratische legitimatie terug te voeren is op het Duitse volk maakt het *Bundesverfassungsgericht* echter niet duidelijk. In een oordeel dat op verschillende onderdelen zo uitgebreid motiveert is dat jammer. Het Hof wekt de indruk dat het niet weet hoe het de relatie tussen de volkeren van de lidstaten moet duiden. Hierdoor bewijst het Hof niet meer dan lippen dienst aan de stelling dat het Europees Parlement Europese gezagsuitoefening legitimeert.

3 KIESRECHT, DEMOCRATIE EN REPRESENTATIE VOLGENS HET LISSABON-URTEIL EN DIENS CRITICI

Het *Lissabon-Urteil*, voor zover het bevestigt dat Duitsland volgens het *Grundgesetz* een soevereine en democratische bondsstaat moet blijven, staat of valt

28 R.o. 262 (onze cursivering). Vgl. BVerfGE 89, 155 <184>.

29 Dit argument van degressieve representatie versterkt het Hof door erop te wijzen dat discriminatie op basis van nationaliteit normaal gesproken absoluut uitgesloten is, maar hier juist het uitgangspunt vormt. R.o. 280-287.

30 Het hof gebruikt deze term o.m. in r.o. 290 en 295. Zie in dit verband ook r.o. 266-267, 271-272 en 277-278.

31 Zie bv. r.o. 272, 290 en 294.

met 's Hofs materiële interpretatie van het kiesrecht (art. 38 GG).³² De claim dat de EU onvoldoende democratisch gelegitimeerd is, is op grond van de eerste zin van lid 1 van art. 38 GG, ontvankelijk. Dezelfde bepaling schept ook ontvankelijkheid voor de claims dat het Verdrag van Lissabon tot verlies aan statelijkheid van de Bondsrepubliek leidt en dat inwerkingtreding van het Verdrag 'eine Verletzung des Sozialstaatsprinzips' zou betekenen.³³

Misschien wel één van de belangrijkste stellingen in de Lissabonuitspraak is dat 'die Bürger (...) keine politische Gewalt unterworfen (sind), der sie nicht ausweichen können und die sie nicht prinzipiell personell und sachlich zu gleichem Anteil in Freiheit zu bestimmen vermögen'.³⁴ Hoewel het Hof van burgers en niet van mensen spreekt, is de boodschap duidelijk: de mens wordt vrij geboren en het is in strijd met de menselijke natuur en waardigheid als hij niet in staat zou zijn zijn overheid te kiezen.³⁵ Soevereiniteit, want daar hebben we het dan over, is de collectieve 'Unabhängigkeit von fremden Willen'.³⁶

De stootkracht van deze centrale stelling in het *Lissabon-Urteil* wordt duidelijk wanneer zij wordt geconfronteerd met Thomas Hobbes' opvattingen over de staat. Volgens Hobbes is het een gevaarlijke misvatting dat vrijheid afwezigheid van arbitraire macht betekent. Volgens hem blijf je vrij ook nadat je je hebt *onderworpen* aan de (arbitraire) macht van de soeverein, zolang de soeverein je fysieke bewegingsvrijheid maar niet inperkt.

Terwijl bij Hobbes vrijheid erin bestaat dat je veilig bent en je de vruchten van je inspanningen kunt plukken, hanteert het Hof een meer Rousseauiaanse opvatting van vrijheid. Volgens het *Bundesverfassungsgericht* kan individuele en collectieve vrijheid alleen bestaan als het volk zelf soeverein is en schepper van zijn overheid. Individuele vrijheid wordt gewaarborgd doordat de stem van iedere burger even zwaar weegt, wat volgens het Hof wordt verzekerd door artikel 38 GG. Terwijl bij Hobbes mensen eerst van hun vrijheid kunnen genieten door een soeverein te belasten met absolute macht *over hen*, lijkt het Hof de overtuiging te zijn toegedaan dat de mens een deel van zijn vrijheid eerst realiseert door als collectief, middels representatie, te heersen. In de opvatting van het Hof is de volkssovereiniteit uitdrukking van fundamentele onafhankelijkheid van het volk van een externe wil.

Soevereiniteit betekent dat het Duitse volk onafhankelijk is van de wil van een ander, zijnde een ander volk, een internationale organisatie, of wie dan ook. Door de onafhankelijkheid van het Duitse volk is de individuele Duitser ook onafhankelijk; hij maakt deel uit van een collectiviteit, sterker nog, hij is

32 Grimm a.w. (n. 2), p. 359.

33 R.o. 167, 172 en 176.

34 R.o. 212.

35 Zie in dit verband ook r.o. 364, waar het Hof zich expliciet beroept op de menselijke waardigheid, zoals neergelegd in art. 1 GG. Daarnaast erkent het Hof het recht van verzet, zoals gepositieerd in art. 20 lid 4 GG.

36 R.o. 231.

haar medeauteur, waardoor regering zelfregering betekent. Alleen het Duitse volk zelf, en niet de door hem in het leven geroepen staatsorganen, kan besluiten zijn wil te vervreemden. Duitse soevereiniteit en soevereiniteit van het Duitse volk garanderen de collectieve en individuele vrijheid van de Duitse burgers.

Behoudens enkele uitzonderingen zoals Nederland en het Verenigd Koninkrijk is in alle lidstaten van de Europese Unie het volk soeverein, wat niets anders wil zeggen dan dat alle besluiten en de gehele constitutionele orde op zijn wil moet zijn terug te voeren. Dat dit een abstractie is, doet niets af aan het feit dat het juridische werkelijkheid is. Tegelijkertijd maakt deze redenering duidelijk waarom het recht geldt: omdat het uitdrukking is van de wil van het volk. Democratie nemen wij letterlijk: het volk regeert. Dat het dit in de praktijk van alle dag niet doet, maar daartoe representanten verkiest, is zelden aanleiding tot een herbezinning op de betekenis van onze democratie. Dit is niet de plaats voor een dergelijke herbezinning, we kunnen het daarom laten bij de constatering dat democratie thans betekent dat het volk alleen met zijn instemming geregeerd kan worden. Die instemming moet niet voortdurend worden verkregen, of voor elk besluit worden gevraagd, maar moet wel ten grondslag liggen aan de constitutionele orde.

Volkssoevereiniteit en democratie liggen dus in elkaars verlengde, maar waarom? Omdat volkssoevereiniteit betekent dat de regering een regering van het volk, voor het volk en, soms, door het volk is. Zonder instemming van het volk, zonder zijn 'consent', geniet een regering geen democratische legitimiteit. Deze gedachte ligt ten grondslag aan het hierboven gegeven citaat uit de Lissabonuitspraak. Vanuit Europees perspectief is dit natuurlijk problematisch. Immers, als democratie, échte democratie, volgens het Duitse Hof volkssoevereiniteit veronderstelt, dan kan de Europese Unie geen democratie zijn. De Unie ontbeert namelijk een volk en soevereiniteit.

In de inleiding stelden we dat democratie een subject nodig heeft. Waar dit in een aristocratie de *oἰαρίστοι* zijn, is het in een democratie de *dèmos*. Maar wie de *dèmos* uitmaken is nog onbepaald. Opvallend is in ieder geval dat *dèmos* singulier is. Er zijn geen *dèmoi* die samen een *dèmos* vormen. De *dèmos* is wel samengesteld uit burgers, uit individuen, maar het zijn niet – althans niet in de eerste plaats – de burgers die subject zijn van democratie, maar de *dèmos*.

In de meeste lidstaten is de *dèmos* van de nationale democratie het volk. Alle machtsuitoefening is terug te voeren op zijn wil, een singuliere wil. Dit is evident een abstracte wil, die in juridische zin aan burgers wordt toegeschreven. Hoewel de wil van het volk juridische en filosofische fictie is, wordt aan die wil aan *animus* toegerekend om hem handelingsbekwaam te maken. Met handelingsbekwaam bedoelen we dat het volk zich kan uiten in verkiezingen en referenda, kortom dat het in staat is beslissingen te nemen.

Dèmos is echter een formeel begrip. Er is geen *logische* reden waarom niet de Unieburgers, of de volkeren van de Unie, de *dèmos* van de Europese democratie kunnen vormen. Wel historische, politieke en juridische, maar die zijn

contingent – zoals het Hof erkent. Hoewel wij zeker onderkennen dat contingente redenen heel dwingend kunnen zijn, zoals uit het Verdrag van Lissabon en zijn voorgeschiedenis blijkt, kan dit geen voldoende argument zijn niet te onderzoeken of de Unie niet een eigen legitimerend subject kan verwerven. Immers, het constitutioneel debat gaat verder en zal in de toekomst ook het Duitse Hof weer dwingen zich uit te spreken over de Europese democratie, of, zoals het zelf zegt, de Europese democratische vormen. Karlsruhe vindt immers dat het *Grundgesetz* eraan in de weg staat dat aan het recht en het gezag van de Europese Unie een eigen legitimatiesubject ten grondslag ligt. Volgens het Duitse Hof wordt het overheidsgezag van de Unie voor zover het Duitse burgers bindt in laatste instantie gelegitimeerd door deze burgers, onafhankelijk van het bestaan van een andere legitimatieketen.

Volgens het Hof is de Unie ook geen volwaardige democratie. In zekere zin wordt dit in Titel II – ‘Bepalingen inzake de *democratische beginselen*’ van het Lissabonverdrag erkend: ‘De *werking van de Unie is gegrond op representatieve democratie*’ (art. 10 lid 1) en ‘Iedere burger heeft het recht aan *het democratisch bestel* van de Unie deel te nemen’ (lid 3).³⁷ De Unie is geen democratie, maar wordt volgens de principes van de representatieve democratie bestuurd.

Maar wat aan de Unie is representatief-democratisch? Rechtstreekse verkiezingen voor het Europees Parlement? Waarin de burgers worden vertegenwoordigd? Gekwalificeerde-meerderheidsbesluitvorming door de Raad? Het burgerinitiatief (art. 11 lid 4)? Het luisterend oor dat de instellingen moeten bieden aan burgers en ‘representatieve organisaties’ (lid 1)? Het lijkt er allemaal wel mee van doen te hebben, maar niet echt de kern uit te maken. Volgens het *Bundesverfassungsgericht* is in een democratie de volksvertegenwoordiging auteur van het recht dat het volk bindt en wordt een regering samengesteld op basis van de uitslag van de verkiezingen en gedragen door een meerderheid in het parlement. Tegelijkertijd herinnert de parlementaire oppositie de meerderheid aan de tijdelijkheid van haar mandaat en is zij nodig om als parlement het volk te kunnen representeren. Daarbuiten is er de publieke opinie die alle gezagsdragers herinnert aan hun opdracht.

Wie de Lissabonuitspraak op waarde wil schatten, moet niet licht voorbij gaan aan de betekenis die het Hof toekent aan de rol die de oppositie toekomt. Of anders gezegd: aan de taak van het parlement als orgaan. Het Hof erkent dat in een parlementaire democratie de meerderheid van het parlement en de regering, ‘haar’ regering, vaak gezamenlijk optrekken. De regering kan soms zelfs op ‘haar’ parlementaire meerderheid rekenen als zij van de meerderheid beslissingen verwacht die de positie van het parlement als geheel, als orgaan, geen goed doen. Maar het democratiebeginsel stelt ook grenzen aan deze dynamiek. Het Hof stelt dat het zijn taak als hoeder van de Grondwet is te verzekeren dat deze grenzen in acht worden genomen.

37 Cursiveringen toegevoegd.

De Bondsdag representeert het Duitse volk, hetgeen meebrengt dat hij alleen in het algemeen belang zal handelen. Daarom is het ook belangrijk dat de rechten van de oppositie niet geschonden worden. Immers, de oppositie vertegenwoordigt evenzeer opvattingen over het algemeen belang en deze kunnen niet als irrelevant, want van de minderheid, terzijde worden geschoven. Vanzelfsprekend is er geen objectief algemeen belang. In een gezonde democratie strijden politieke partijen om de gunst van de kiezer door hun opvatting van het algemeen belang als de enige juiste te presenteren. In deze opvattingen wordt van een veelheid aan particuliere belangen en opinies een eenheid gemaakt. Zonder deze representaties van het algemeen belang is geen discussie mogelijk over wat in het algemeen belang is.

Deze voorstellingen, representaties van het algemeen belang door politici, politieke partijen en het parlement zijn uitdrukking van eenheid en solidariteit tussen de mensen die delen in het algemeen belang terwijl ze tegelijkertijd eerst deze eenheid creëren. Zonder eenheid geen algemeen belang en zonder algemeen belang geen eenheid. Alleen met een (onuitgesproken) beroep op het algemeen belang kunnen parlementen beslissingen nemen ten nadele van de ene en ten voordele van de andere burger. Hoe meer afwegingsvrijheid de publieke opinie parlementen op dit punt gunt, hoe groter hun legitimiteit is. Tegelijkertijd verschaffen parlementen op deze manier legitimiteit aan het regeringsbeleid, dat wil zeggen, aan het in beleid omzetten van wat het parlement als het algemeen belang gedefinieerd heeft. In een staat waar de politieke gemeenschap(szin) zwak is, zullen parlement en regering met een beroep op het algemeen belang weinig bereiken, want de burgers zullen zich niet herkennen in die opvattingen. In zo'n geval faalt het parlement als representant van het volk. Cruciaal in een representatieve democratie is dat het gezag responsief is ten aanzien van het kiezersvolk, dat spreekt namens de *dèmos*. Deze politieke gemeenschap kan alleen bestaan als er onderlinge solidariteit bestaat.

In hoeverre is dit het geval in de Europese Unie? Formele arrangementen die in veel lidstaten essentieel worden geacht, zoals investituur van een regering door het parlement, een coalitie-oppositietegenstelling, een publieke opinie gevoed door een actieve pers, ontbreken. Tegelijkertijd is de Europese Commissie wel dagelijks in de weer om de blijde tijding van meer consumentenbescherming, goedkopere belminuten en schonere stranden te brengen. En in het Europees Parlement worden de opvattingen van de kiezers verwoord, hoewel het alleen dankzij de 'sceptische' partijen is dat ook de weerzin tegen de EU gerepresenteerd wordt.

3.1 Het *Lissabon-Urteil* te Duits?

Kan het kiezersvolk van het Europees Parlement de functie van *dèmos* in een (nationale) democratie vervullen? Volgens het Duitse Hof niet omdat niet

iedere kiezer evenredig wordt vertegenwoordigd. Er gaan nu immers twaalf Maltezen in één Duitser.

In de literatuur die verschenen is als reactie op Lissabon wordt unisono geklaagd over deze 'Duitse opvatting' van meerderheidsbesluitvorming. Immers, zo stellen deze critici, in een kiesstelsel met kiesdistricten steunt een parlementaire meerderheid stevast op een minderheid van stemmen. Bovendien zou de parlementaire meerderheid zelfs in een stelsel van evenredige vertegenwoordiging niet altijd door een meerderheid van de stemmen gedragen worden.³⁸ Tegen deze achtergrond kan het *Bundesverfassungsgericht* toch moeilijk volhouden dat een besluit van de Bondsdag gedragen wordt door de meerderheid van de kiezers op verkiezingsdag.

Philipp Kiiver heeft in diverse artikelen het Lissabonarrest besproken. Hij bekritiseert het Hof omdat het 'tweeërlei maatstaven' zou hanteren. In een democratie, zo vat Kiiver het arrest samen, worden parlementaire verkiezingen volgens het beginsel van de gelijkheid van stemmen van elke burger georganiseerd. Op basis van de verkiezingsuitslag komt een (nieuw) kabinet tot stand dat aldus op een parlementaire meerderheid rust. In de Europese Unie werkt het niet zo, omdat de stemmen van de burgers uit de verschillende lidstaten niet hetzelfde gewicht hebben. Maar, zo schrijft Kiiver, in een meerderheidsstelsel zoals Groot-Brittannië dat kent is de samenstelling van het Lagerhuis een vertekening van de meerderheidswil; dat in de kiesdistricten gelijkheid van stemmen geldt, zoals het Hof betoogt, doet niets af aan de ongelijkheid tussen de kiesdistricten.³⁹

'Ten tweede', zo gaat Kiiver verder, 'voldoet niet eens Duitsland zelf aan de maatstaven van een parlementaire democratie die het hof bij Europa aanlegt'. In de eerste plaats betekent coalitievorming een verwatering van de voorkeuren van kiezers en in de tweede plaats hebben in de andere wetgeven-

38 Deze auteurs hebben in die zin een punt dat parlementaire meerderheden zich inderdaad lang niet altijd kunnen baseren op een absolute meerderheid van uitgebrachte stemmen. Norris meldt bijvoorbeeld – in een overigens geheel andere context – dat een parlementaire meerderheid in een districtenstelsel doorgaans verkregen kan worden met 37,5% van de stemmen, terwijl dat in een stelsel van evenredige vertegenwoordiging 46% zou zijn. P. Norris, 'Choosing Electoral Systems: Proportional, Majoritarian and Mixed Systems,' 18:3 *International Political Science Review*, (1997), p. 297-312.

39 Ph. Kiiver, 'Het Duitse Lissabon-arrest: over democratie en parlementarisme in Europa en de lidstaten,' *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2010, p. 180. Helaas geeft Kiiver geen verwijzingen naar vindplaatsen in het arrest. Vgl. Ph. Kiiver, 'Reflections on the Lisbon Judgment – How the Judges at Karlsruhe Trust Neither the European Parliament nor their National Parliament', 16 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2009), p. 263-270. Wat het principe 'first past the post' betekent is overigens onlangs weer duidelijk geworden: de *LibDems* wonnen landelijk gezien 23 procent van de stemmen, en kregen daar 57 zetels voor terug. *Labour* behaalde landelijk 29 procent en 258 zetels, terwijl de *Conservatieven* met 36,1 procent 306 zetels mogen innemen. De *LibDems* wonnen overigens één procent aanhang ten opzichte van de vorige verkiezingen, maar verloren 5 zetels.

de kamer, de Bondsraad, kleine deelstaten gezien hun bevolkingsomvang, onevenredig veel stemmen.⁴⁰

Kortom, zo besluit Kiiver, of het Hof bekritiseert ten onrechte het Europees Parlement, of het moet rap de Bondsraad ontbinden en vervangen door een 'kamer die het beginsel van één kiezer, één stem daadwerkelijk eerbiedigt'. In ieder geval, 'een romantisch beeld van egalitaire, puur op de meerderheidswil gebaseerde opinievorming, waaraan in de realiteit zelfs kleine homogene eenheidsstaten amper voldoen, is als maatstaf voor de Europese Unie onbruikbaar'.⁴¹

De ruimte ontbreekt ons om al Kiivers premissen te bespreken, maar laten we bij de eerste premisse beginnen, namelijk dat stemgelijkheid betekent dat één procent van de stemmen één procent van de beschikbare zetels oplevert. Het *Bundesverfassungsgericht* betoogt *niet* dat democratie betekent dat de verdeling van parlementszetels een zuivere weerspiegeling van de verhouding tussen de uitgebrachte stemmen moet zijn. Wat het Hof zegt is dat de 'demokratische Grundregel der wahlrechtlichen Erfolgchancengleichheit ('one man, one vote')' alleen voor een volk opgaat.⁴² Het Hof gebruikt de kreet 'one man, one vote' dus om slechts aan te geven dat kiesrecht een grondrecht is en dat elke stem evenveel mee telt.

Kiiver zegt dat volgens het Hof democratie betekent dat elke kiezer één stem heeft, ofschoon dit volgens Kiiver zelfs in Duitsland niet het geval is. Maar dit is niet 's Hof's opvatting van democratie. Natuurlijk, het Hof erkent dat algemeen, gelijk kiesrecht een noodzakelijke voorwaarde voor democratie is, maar het vindt het geen voldoende voorwaarde. In een representatieve democratie wordt het parlement door de kiezers samengesteld, terwijl het soevereine volk wordt gerepresenteerd. Om deze reden is een districtenstelsel niet per definitie ondemocratisch. Niet de meerderheidswil van de kiezers telt, maar de wil van het volk, zoals dat door het parlement wordt gerepresenteerd. 'One man, one vote' is, kortom, niet synoniem aan democratie.⁴³

Tweede premisse: dat de Bondsraad geen democratisch gelegitimeerde wetgeevingskamer is omdat het stemmengewicht niet naar rato van de bevolkingsomvang van de deelstaten is verdeeld. Kennelijk is volgens Kiiver een federatie – of wat daar voor daar gaat – per definitie ondemocratisch. Immers, in de bondsraad worden niet de burgers van de *Länder* vertegenwoordigd, maar werken de *Länder* mee aan federale wetgeving en het bestuur van de Bond (art. 50 GG). De bondsraadsleden vertegenwoordigen ook niet hun eigen

40 Kiiver, a.w. (n. 41), p. 181.

41 Kiiver, a.w. (n. 41), p. 181.

42 R.o. 279.

43 Dat het Hof voor Duitsland net zo streng is als voor Europa blijkt overigens uit oordeel 2 BvC 1/07, 2 BvC 7/07, waarin het de huidige verkiezingswijze van de Bondsdag deels ongrondwettig verklaarde wegens een verstoring van het gelijke stemgewicht. De Duitse wetgever heeft van het Hof tot 30 juni 2011 de tijd gekregen om dit probleem op te lossen. (Met dank aan Roel de Lange die ons hierop wees.)

(partij)politieke opvattingen, maar het standpunt van hun deelstaatregering (art. 51 GG). Tot slot, het Hof heeft het überhaupt niet over opinievorming of de vertegenwoordigingsopdracht van de Bondsdag. Sterker nog, dat dit element nagenoeg ontbreekt is opvallend.⁴⁴

Opinievorming is niet de bestaansgrond van de Bondsdag. Uiteraard hebben de leden opvattingen, maar zij worden niet verkozen om aan opinievorming te doen, maar om het volk te representeren en in zijn naam besluiten te nemen. Volgens het Hof kan het Europees Parlement niet alleen geen vervanger van de Bondsdag zijn, maar is het óók niet goed in staat de Unieburgers te vertegenwoordigen zoals dat in een echte democratie betamelijk is, namelijk op basis van gelijkheid. Kennelijk past contingentering zoals dat in sommige landen gebruikelijk is om bijvoorbeeld vrouwen of minderheden een gegarandeerde plek in het parlement te geven niet in een echte democratie. Omdat een democratie zonder een homogeen substraat – het volk – niet kan bestaan? Hoewel nu in Groot-Brittannië weer eens wordt gesproken over aanpassingen aan het kiesstelsel, wordt het huidige kiesstelsel door de grote meerderheid van de kiezers beschouwd als onderdeel van democratie op z'n Engels. En is Groot-Brittannië niet de oudste parlementaire democratie? Waarom geniet het meerderheidsstelsel ondanks de 'vertekening van de wil van de kiezers' toch zo'n brede steun onder de bevolking?

In een stelsel met regionale kiesdistricten kunnen kandidaten alleen worden verkozen als zij persoonlijk steun genieten van de meerderheid van de kiezers, meeliften op het succes van de lijsttrekker, zoals in ons stelsel van evenredige vertegenwoordiging is er dus niet bij. Dat dit grote voordelen heeft, voor herkenbaarheid, responsabiliteit, representativiteit van de kandidaten heeft de Duitse wetgever er toe doen besluiten om deze voordelen van het meerderheidsstelsel te willen combineren met het principe van evenredige vertegenwoordiging. Op deze manier wordt in het Duitse kiessysteem individualiteit met homogeniteit gecombineerd.

In Groot-Brittannië geniet het meerderheidsstelsel de steun van de bevolking omdat de 'verloren' stem kennelijk niet echt als verloren wordt beschouwd. Misschien omdat het kiesrecht niet in de eerste plaats als individueel recht wordt gezien, maar als een collectief recht van het Britse volk. En zoals een perpetuum mobile zichzelf gaande houdt, kan van dit collectieve recht niets verloren gaan.

Op grond van de opvatting van het *Bundesverfassungsgericht* dat democratie eenheid vereist kan dus zowel het meerderheidsstelsel als het evenredigheidsstelsel worden verklaard. Zoals gezegd, dit is de opvatting van het Duitse Hof, er zijn vele andere opvattingen van democratie, maar omdat deze opvatting goed overweg kan met de verschillende vormen van democratie, is het een opvatting die het verdient serieus te worden genomen. Wie meent dat dit valse

44 In r.o. 175 en 213 refereert het Hof er terloops aan.

romantiek is waar de Europese Unie haar neus voor kan ophalen, begaat de fout het onverklaarbare voor onwerkelijk te houden.

Dat de kritiek op de democratieopvattingen van het Hof niet altijd hout snijdt, betekent niet er geen enkele kanttekening bij de opvattingen van het Hof te plaatsen is. Dat democratie volgens het *Grundgesetz* betekent dat al over het Duitse volk uitgeoefende gezag tot de wil van het Duitse volk moet zijn te herleiden betekent tegelijkertijd dat er geen Europees volk bestaat, kan bestaan, dat door het Europees Parlement wordt vertegenwoordigd. Maar namens wie spreekt en handelt dit orgaan dan wél volgens het Hof? Wie vormen de *demos* van de Europese democratie? Anders gezegd: welk algemeen belang wordt vertegenwoordigd? Dat van de Unieburgers, zoals de verdragen suggereren, dat van de volkeren van de lidstaten, zoals het Hof zegt, of dat van de volkeren van de Unie?

Naast de redenering van het Duitse Hof is er een andere reden waarom het in ieder geval voorlopig niet verstandig is om de EU een eigen legitimerend subject te 'geven' dat onafhankelijk is van de volkeren van de lidstaten. Zowel het Amerikaanse als het Duitse federalismedebat leren namelijk dat dit slechts tot verwarring leidt over de vraag wie soeverein is: het gehele, federale, volk of de verschillende volkeren.⁴⁵ We bedoelen hiermee niet dat er zich niet een Europees volk zou *mogen* vestigen. Integendeel, wat ons betreft is dat zeker één van de mogelijke ontwikkelingsrichtingen voor de Unie. We bedoelen vooral dat de 'federalismeval', waarin dus niet langer duidelijk is wie er precies het legitimatiesubject van wat is, zoveel mogelijk vermeden moet worden. Bij de vraag naar wat er door het Europees Parlement precies vertegenwoordigd wordt kan dus het beste gezocht worden naar een antwoord dat aansluit bij reeds bestaande aanspraken van legitimatiesubjecten, omdat een eventueel nieuw te conceptualiseren subject de verwarring alleen maar groter maakt.

Het nieuwe EU-verdrag maakt het ons hierbij overigens bepaald niet makkelijker. Het kent namelijk een aantal bepalingen die wel van belang zijn, maar juist afstand nemen van de verschillende bestaande aanspraken. Zo bepaalt het dat het institutionele kader van de Unie er onder andere toe strekt haar belangen, de belangen van *haar burgers* en die van de lidstaten te dienen (art. 13 lid 1 EU). Verder stelt het dat '[d]e werking van de Unie is gegrond

45 Anders dan vaak wordt betoogd is het niet zo dat in Amerika van begin af aan duidelijk was dat 'We, the People' slaat op 'het' Amerikaanse volk. Sterker nog, het Amerikaanse federalismedebat, dat steeds heviger werd tot de Burgeroorlog er een einde aan maakte, ging in staatsrechtelijke zin juist om de vraag of het nu het Amerikaanse volk was, of de verschillende volkeren die de Constitutie hadden geschapen. In het Duitse Rijk was het volk weliswaar niet voorwerp van debat, maar werd wel langs vergelijkbare lijnen gedebatteerd over de vraag of het nu het Rijk was of de delen waren die soeverein waren. Zie hierover m.n. F. McDonald, *States' Rights and the Union: imperium in imperio, 1776 – 1876*, Lawrence: University Press of Kansas 2000; C.E. Merriam, *History of the Theory of Sovereignty since Rousseau* (diss. Columbia University), New York: Columbia University Press 1900 en Forsyth a.w. (n. 14), m.n. hoofdstuk, 6, 7, 9 en 10.

op de representatieve democratie' (art. 10 lid 1 EU), dat 'burgers op het niveau van de Unie rechtstreeks vertegenwoordigd worden in het Europees Parlement' (art. 10 lid 2 EU), dat het Parlement 'bestaat uit vertegenwoordigers van de burgers van de Unie' en dat de burgers 'degressief evenredig vertegenwoordigd' zijn (art. 14 lid 2 EU). Tot slot dragen politieke partijen volgens zowel art. 12 lid 2 EU, als art. 10 lid 4 Handvest van de Grondrechten 'bij tot de uiting van de politieke wil van de burgers van de Unie'. Het EU-verdrag is in zijn terminologie dus helemaal omgegaan naar (belangen van) burgers en lidstaten, waarbij niet meteen duidelijk is wat volgens het verdrag precies de relatie tussen die twee is.⁴⁶ Intussen reppen de preambule en art. 1 EU nog steeds van 'een steeds hechter verbond tussen de Europese volkeren'.

Karlsruhe doet in ieder geval nagenoeg niets met al deze tekstuele aanwijzingen en stelt dat het Europees Parlement wat hem betreft, desnoods in weerwil van de tekst van het nieuwe EU-verdrag, een vertegenwoordigingsorgaan van de Europese volkeren is en niet van de Unieburgers als zodanig. Met name de nationale contingentering in het Parlement laat volgens het Hof zien dat er niet een eenheid gerepresenteerd wordt, maar dat er juist sprake is van Europese representatie van nationale coalities en opposities. Om die reden zou er bijvoorbeeld een zetelminimum per lidstaat van zes overeengekomen zijn.⁴⁷

Maar wat maakt het uit dat het Europees Parlement geen eenheid, geen volk, maar een veelheid van Unieburgers of volkeren representeert? Waarom zou een orgaan dat meerdere volkeren representeert niet als volwaardige legitimator van overheidsgezag kunnen optreden? De – Duitse – crux hier is de relatie tussen burger en volk, tussen individu en collectief. Zoals gezegd fungeert het individuele kiesrecht in *Lissabon* namelijk niet alleen als formele grondslag voor de uitspraak als zodanig, maar postuleert het Hof zelfs een individueel burgerrecht op inhoudelijke democratie. Art. 38 lid 1 en 2 GG ziet volgens het *Bundesverfassungsgericht* namelijk niet alleen op het kiesrecht voor de Bondsdag, maar ook op 'den grundlegenden demokratischen Gehalt dieses Rechts'.⁴⁸ Sterker nog, burgers zijn volgens Karlsruhe aan geen gezag onderworpen dat ze niet kunnen ontwijken en waarover ze niet fundamenteel

46 Schrauwen vestigt er de aandacht op het verdrag spreekt van 'haar burgers' (die van de Unie dus) en poneert de stelling dat het burgerschap door het nieuwe verdrag wordt gezien als (embryonale versie van) een fundamentele status, die dus waarlijk *naast* het nationale burgerschap komt. A.A.M. Schrauwen, 'Naar een waarlijk 'fundamentele status? Democratie en Europees Burgerschap na het Verdrag van Lissabon', *SEW* 2008, p. 124. Zie in dit verband ook J.A. Hoeksma, 'De EU als Unie van Burgers en Lidstaten', *NJB* 2008, p. 330-334 en J.A. Hoeksma, 'Voorbij federatie en confederatie: de EU als Unie van burgers en lidstaten', *Internationale Spectator*, Jaargang 63, nr. 2, p. 83-86. In beide publicaties pleit Hoeksma ervoor de Unie voortaan te kwalificeren als 'Unie van burgers en lidstaten'. Hij legt helaas niet conceptueel uit welke gevolgen die kwalificatie heeft. Het lijkt erop dat het meer om een beschrijvende dan om een normatieve kwalificatie gaat.

47 R.o. 280-287.

48 R.o. 174.

personeel en inhoudelijk naar gelijk aandeel vrijelijk kunnen beschikken.⁴⁹ Het democratiebeginsel houdt in Duitsland dus een *grundrechtsgleiches* burgerrecht in op vrije en gelijke deelname aan de wezenlijke beïnvloeding van het in Duitsland uitgeoefende overheidsgezag.⁵⁰

Het lijkt er sterk op dat het onderscheid dat tussen Unieburgers op grond van hun nationaliteit gemaakt wordt volgens het *Bundesverfassungsgericht* tegelijk het verschil maakt tussen het Europees Parlement en een volwaardig, een het volk representerend parlement. Volgens het Hof is het Unieburgerschap daarom slechts aanvullend op het nationaal burgerschap en kan het Unieburgerschap op zich wel rechten met zich meebrengen, maar alleen politieke rechten voor zover het tegelijk met het nationaal burgerschap wordt aangeropen. Unieburgerschap is geen identiteit die 'cultureel of normatief voorafgaat aan het huidige verdragsrecht en waaruit constitutionevormende rechtsgevolgen zouden kunnen voortkomen'.⁵¹

4 CONCLUSIE

Wat er ook te zeggen valt over soevereiniteit, democratie, representatie en de Europese Unie, het *Bundesverfassungsgericht* doet in ieder geval wat het moet doen: Duitslands lidmaatschap van de Europese Unie in overeenstemming met de soevereiniteit van het Duitse volk uitleggen. Zou het Hof iets anders gedaan hebben, dan zou het ofwel als *Hüter der Verfassung* geen knip voor de neus waard zijn geweest, ofwel een rechterlijke bom onder de Europese integratie hebben gelegd. Dat het Hof volkssoevereiniteit als leidend principe voor de werking van het Europese recht neemt is zo logisch dat deze keuze eigenlijk geen betoog behoeft. Wat men immers ook van dit concept vindt, het *geldt* wel! Het *Grundgesetz* noemt het principe inderdaad weliswaar niet met zoveel woorden, zoals zovelen opmerken, maar met name de preambule bij die Grondwet kan toch moeilijk anders worden uitgelegd.

Kritiek op het *Lissabon-Urteil* moet zich dan ook richten op wijze waarop Karlsruhe invulling geeft aan het democratiebeginsel, waarmee het dus volkssoevereiniteit bedoelt. Of echte democratie alleen kan rusten op volkssoevereiniteit is volgens ons geen uitgemaakte zaak. Waar het Hof echter wel gelijk

49 R.o. 212.

50 Het is hier nuttig om in herinnering te roepen dat het democratiebeginsel volgens art. 79 lid 3 GG, behoudens een vrije beslissing van het soevereine volk, onwijzigbaar is. Het effect van de redenering is dus – of je het er nu mee eens bent of niet – dat het *Bundesverfassungsgericht* in Duitsland het monopolie heeft op het bepalen van de grenzen van Europese integratie en dat burgers te dien aanzien een individueel klachtrecht hebben. Zie voor het *Lissabon-Urteil* en het individu als *Hüter der Verfassung* ook K.F. Garlitz en C. Hillgruber, 'Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen – Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgericht', *Juristenzeitung*, 2009, p. 872.

51 R.o. 348. Zie ook r.o. 346 en 349-350.

in heeft is dat het Europees Parlement principieel gezien moet worden als vertegenwoordiging van volkeren en niet van 'de Unieburgers' als zodanig. Ook in het EU-Verdrag kan steun voor deze opvatting gevonden worden: de Unieburgers worden degressief evenredig vertegenwoordigd. Kennelijk hebben de lidstaten overwogen dat naast het individueel recht op kiesrecht ook met andere gegevens rekening moet worden gehouden. Zo'n gegevenheid is dat burgers niet (alleen) individuen zijn die als losse atomen ongebonden leven, maar dat zij ook een vaste (juridische) verhouding tot een nationale gemeenschap hebben. De verdragssluitende partijen hebben aldus besloten dat naast de Unieburger ook zijn nationale gemeenschap vertegenwoordigd moet zijn in het Europees Parlement.

Juist in een Unie die discriminatie op nationaliteit uitsluit is er geen ander argument te bedenken voor deze ongelijkheid tussen burgers, of preciezer gezegd tussen kiezers, dan de fundamentele status van de volkeren. Dat de basale democratische notie van gelijk stemgewicht, die voor het *Bundesverfassungsgericht* een *sine qua non* voor 'echte' democratie is, ten aanzien van de Unieburgers als zodanig ontbreekt komt, met andere woorden, doordat die per volk geldt. Als burgers in het Europees Parlement uitsluitend in hun hoedanigheid als Unieburgers zouden worden vertegenwoordigd, dan zou hun nationaliteit een irrelevante factor moeten zijn. Maar nationaliteit is, zoals uit het Verdrag van Lissabon blijkt, wel degelijk nog steeds een factor van belang.

Daar komt bij dat 'de Unieburgers' überhaupt niet tot collectief handelen in staat zijn. Tenminste niet op basis van de gelijkwaardigheid die tussen hen verwacht zou mogen worden. Zelfs het burgerinitiatief vereist immers dat de initiatiefnemers uit ten minste een significant aantal lidstaten afkomstig zijn, terwijl de regeringen over de betekenis van 'significant' nog steggelen. En: een Unieburger kan zijn actieve en passieve kiesrecht ten aanzien van het Europees Parlement weliswaar in een andere lidstaat uitoefenen, maar hij handelt in dat geval als ware hij een onderdaan van die lidstaat. Immers, hij moet daarbij gebruikmaken van een nationale procedure die doorgaans afwijkt van de procedure van zijn eigen lidstaat en hij kan alleen stemmen op de in die lidstaat verkiesbare politici. Als een Unieburger optreedt, blijft zijn nationaliteit als een schaduw op de achtergrond aanwezig. De meest adequate duiding van de vertegenwoordiging van burgers in het Europees Parlement is daarom dat zij niet primair als (Unie)burgers, maar als lid van één van volkeren van de Unie worden vertegenwoordigd.

Maar aangezien voor het *Bundesverfassungsgericht* cruciaal is dat het Europees Parlement op zijn beurt ook legitimiteit aan het handelen van de Europese Unie verleent, is een interessante kwestie waarom een beslissing van het Europees Parlement waarmee geen Duitser heeft ingestemd toch door het Duitse volk gelegitimeerd kan worden geacht. Het Hof stelt immers enerzijds dat er geen nieuw legitimatiesubject in het leven wordt geroepen, hetgeen meebrengt dat ten aanzien van Duitsland het eigen volk nog steeds het subject

is dat legitimatie moet verzorgen en anderzijds, dat de verkiezing van het Europees Parlement voor Duitse burgers een aanvullende democratische medewerkingsmogelijkheid is. Helaas laat het de vraag echter open hoe beslissingen van (een meerderheid van) het Parlement precies rechtstreeks op het Duitse volk terug te voeren zijn en laat het een antwoord aan de verbeelding van de lezer over. Hier valt dus een gat dat we zelf moeten dichten.

Dat het Europees Parlement op de een of andere wijze bijdraagt aan de democratische legitimatie van het Europese recht zal niemand betwisten. De vraag is dus *hoe* het Parlement het Europees recht uit naam van verschillende volkeren tegelijk kan legitimeren zonder dat hierdoor één Europees volk ontstaat. Waar het democratisch concept 'volk' gewoonlijk verklaart dat de beslissingen van sommigen (de volksvertegenwoordigers) aan allen (het volk) kunnen worden toegerekend, moet ten aanzien van de Europese Unie dus verklaard worden hoe de beslissingen van sommigen van het ene volk, aan allen van een ander volk kunnen worden toegerekend.

Op grond van de theorie van de volkssoevereiniteit kan natuurlijk ook gesteld worden dat het Europees Parlement eigenlijk helemaal geen democratische legitimatie kan verschaffen omdat het Parlement een volk kan binden aan beslissingen waar diens Europarlementariërs niet mee hebben ingestemd. In andere, 'Duitse', woorden, het Europees Parlement is geen representant van het volk omdat hij zijn besluiten niet neemt uit naam van het volk.

Deze opvatting miskent echter de verdragsteksten en de politieke realiteit, en miskent iedere betekenisvolle bovenstatelijke democratische samenwerkingsvorm. Het Europees Parlement wordt immers wel direct gekozen en neemt daadwerkelijk bij gewone meerderheid beslissingen. De verdragsteksten maken de Unieburgers handelingsbekwaam doordat namens hen relevante juridische handelingen kunnen worden verricht. Er lijkt met andere woorden door het Europees Parlement, in ieder geval in positiefrechtelijk zin, weldegelijk gerepresenteerd te worden. Maar wie precies? Uit de stemprocedure van het Parlement blijkt enerzijds dat het niet de volkeren van de lidstaten zijn. Anderzijds kunnen het niet 'de Unieburgers' zijn omdat die status niet van de volkeren losgezien kan worden. Het is daarom bezijden de realiteit en de verdragen dat tussen de volkeren geen directe band bestaat, zoals het Hof ondanks de wijzigingen op dit punt in het Verdrag van Lissabon meent.

Het beste antwoord op onze vraag is daarom dat het Europees Parlement de gemeenschap van Unievolkeren vertegenwoordigt. Alleen op deze manier kan immers verklaard worden dat meerderheidsbeslissingen van het Europees Parlement uit naam van alle gerepresenteerden worden genomen, terwijl dezen, zoals uit de toekenning van het kiesrecht blijkt, onderling geen politieke gelijkheid genieten. Deze gemeenschap heeft niet in die zin een fundamentele status, als soeverein of iets vergelijkbaars, dat zij de directe legitimator van de verdragen is. De verzamelde lidstaten gaan immers nog steeds exclusief over verdragswijziging. Dit antwoord sluit niet alleen goed aan bij de politieke werkelijkheid van het moment, maar biedt ook kansen voor een constitutionele

constructie van de EU die de 'federalismeval' vermijdt. De volkeren van de lidstaten blijven soeverein, terwijl het Europees Parlement uitdrukking geeft aan hun onderlinge solidariteit. Door bij meerderheid te besluiten brengt het Europees Parlement een eenheid van Unievolkeren tot stand. Deze eenheid, die noodzakelijk is voor zinvolle representatie, is weliswaar niet soeverein, maar kan wel gezien worden als de uiting van de voortdurende wil tot politieke samenwerking tussen de volkeren.

Tegen deze achtergrond kan het Unieburgerschap het beste worden beschouwd als solidariteitsstatus tussen de volkeren van de Unie. Er gaan immers weliswaar twaalf Duitsers in één Maltees en de verkiezingsprocedures zijn nationaal georganiseerd, Duitsers mogen toch maar in Malta stemmen en omgekeerd. Het Unieburgerschap overschrijdt daarmee de grenzen die tussen de volkeren hebben bestaan, maar kan de volkeren voorlopig niet vervangen.

6 | Naar een democratische legitimatie van Europa

Commentaar naar aanleiding van het preadvies van Duchateau en Hulstijn

Anamarija Kristic [■]

Aan het begin van mijn reactie complimenteer ik de auteurs graag met hun preadvies. Het geeft niet alleen blijk van grondige kennis van zaken en een aangenaam heldere schrijfstijl, maar ook van een vermogen tot scherpe en op punten heel kritische analyse. Met plezier maak ik enkele opmerkingen over en naar aanleiding van het advies.

Het preadvies gaat over de democratische legitimatie van de Europese Unie (EU) en haar besluiten. De kernvraag daarbij is: op welke wijze kan en dient het uitoefenen van politiek gezag door de EU en haar organen democratisch te worden gelegitimeerd? Algemeen gesteld zou dat op twee elkaar uitsluitende manieren kunnen:

1. via de lijn van de soevereine lidstaten en nationale parlementen;
2. via het democratische orgaan van de EU, het Europese Parlement (EP).

Het antwoord dat het Duitse Constitutionele Hof (het Hof) in het Lissabon-arrest op deze vraag geeft, is glashelder.

1. De Europese orde is een secundaire orde, complementair aan en afhankelijk van de nationale rechtsorde. 2. Het EP is onvergelijkbaar met de nationale parlementen en is geen echt parlement. 3. Het EU-burgerschap is afhankelijk van het nationale burgerschap en daardoor een tweederangsburgerschap. 4. De democratische legitimatie van de EU wordt ten principale door de nationale parlementen verzorgd en gegarandeerd. Anders gezegd, het nationale parlement is de aangewezen instantie om het democratisch deficit op Europees niveau te verminderen of weg te nemen. Omdat democratische legitimatie via de nationale parlementen gaat, kan het EP (ondanks de versterking van zijn democratische bevoegdheden) slechts alternatieve en aanvullende en dus geen zelfstandige en volwaardige legitimatie bieden.

Deze stelling van het Hof is gebaseerd op twee argumenten. Ten eerste voldoet de verkiezingsprocedure van het EP niet aan de in een democratie noodzakelijke eis van electorale gelijkheid, omdat het parlement niet met gelijk

[■] Dit betreft een weergave van de uitgesproken tekst.

stemgewicht wordt gekozen, maar sprake is van een degressief proportioneel kiessysteem. Ik ga nu niet nader in op dit argument, maar constateer met de auteurs dat het Hof gelijkheid van stemrecht weliswaar als een noodzakelijke voorwaarde voor democratie beschouwt, maar niet als een voldoende voorwaarde en volgens mij ook niet als de belangrijkste voorwaarde.

Belangrijker – want principiëler – is mijns inziens de stelling van het Hof dat in een democratische orde per definitie sprake moet zijn van volkssoevereiniteit en dus van een volk. De redenering van het Hof is als volgt:

1. Democratie betekent volkssoevereiniteit. 2. Het overheidshandelen is slechts gelegitimeerd als het terug te voeren is op een volkswil. 3. De volkswil komt tot uiting via de door het volk (op basis van gelijkheid) gekozen volksvertegenwoordigers (i.e. de nationale parlementen). 4. Alleen deze nationale parlementen zijn in staat de volkswil te representeren en het staatsgezag te legitimeren. 5. Zonder volk is geen volkssoevereiniteit mogelijk en zonder volkssoevereiniteit geen democratie. Omdat de EU geen eigen *dèmos* en geen eigen volkswil heeft, kan er geen sprake zijn van volkssoevereiniteit op EU-niveau met als gevolg dat de EU geen autonome democratische orde is en deze ook nooit kan worden. Omdat de EU geen democratische orde is, is het niet in staat om op eigen kracht en met eigen instituties een zelfstandige democratische legitimatie te organiseren.

De centrale vooronderstelling achter dit tweede argument van het Hof is dat democratie noodzakelijkerwijs volkssoevereiniteit impliceert en er bij gebrek aan volk geen democratie mogelijk is.

Maar vereist een democratische orde per definitie een *dèmos*? Volgens het Hof wel. Dat antwoord van het Hof heeft alles te maken met de democratieopvatting die het Hof hanteert en het daaraan ter grondslag liggend volkbegrip. Het Hof gaat – evenals de preadviseurs – namelijk uit van een communitaristische democratieopvatting en een inhoudelijk volkbegrip. In de traditie van het Duitse 18^e eeuwse idealisme van o.a. Hegel ziet het Hof het volk niet als een verzameling van individuen, maar als een eenheid, een territoriaal begrensde en inhoudelijk bepaalde politieke gemeenschap. Het volk is veel meer dan de verzameling van burgers, het is een door de geschiedenis, cultuur, taal en traditie bepaalde identiteit en het is die historisch gegroeide culturele eenheid die soeverein is en hoort te zijn in een democratie.

Het hanteren van dit volkbegrip brengt de EU per definitie in de problemen, omdat de EU geen volk heeft dat inhoudelijk is bepaald en gebaseerd is op een gezamenlijke cultuur, traditie, geschiedenis of identiteit. De opstand tegen de Europese Grondwet en de bagatellisering van de introductie van Europese identiteitssymbolen als de vlag of het volkslied is tekenend hiervoor. Zoals bij elke cultuur, traditie of identiteit kan ook de Europese cultuur, traditie of identiteit niet opgelegd worden, maar moet zij langzaam in de tijd groeien.

Hier komt nog bij dat de communitaristische democratieopvatting en het inhoudelijk volkbegrip van het Hof klassieke, traditionele en op de natiestaat gerichte concepten zijn. Ze bieden bij voorbaat geen enkele kans aan transnatio-

nale organisatieverbanden die geen natiestaat zijn om een autonome democratische orde te zijn en om in eigen democratische legitimatie te voorzien. Het is weinig vruchtbaar om de EU langs de maatstaven van statelijkheid te leggen en te toetsen aan de aan de statelijke logica ontleende democratie- en legitimatiestandaarden, omdat de EU als een volkloze en niet-statelijke gezagsorganisatie hieraan nooit zal kunnen voldoen. Louter en alleen omdat het EU geen volk heeft – in communitaristische zin des woords – kan het a priori geen democratische orde zijn en heeft het EP geen enkele zelfstandige legitimerende betekenis. De representatieve en legitimerende kracht van het EP wordt zo op formele gronden ontkend. Door haar democratieopvatting als enig juiste te verklaren, schakelt het Hof alle alternatieve democratiemodellen en vormen in één klap uit.

Ten onrechte. Evenals sprekers voor mij ben ik van mening dat modernisering van democratieopvatting mogelijk en nodig is. Deze moet worden losgemaakt van het Hegeliaans volkbegrip en natiestatelijke connotaties. Een geëvolueerde democratieopvatting zou de EU democratisch perspectief kunnen bieden.

Maar waar de anderen de oplossing zoeken in constitutioneel pluralisme of modernisering van het soevereiniteitsconcept zet ik graag een stap terug en begin bij het volkbegrip. Ik ben van mening dat het goed mogelijk is om een Europese gemeenschap – ik zeg bewust geen volk – te denken als rationele functionele gemeenschap van individuen die onderworpen zijn aan dezelfde rechten en plichten. Vanuit dit volkbegrip kan tegenover de communitaristische democratieopvatting van het Hof een meer republikeinse of liberale democratieopvatting worden geplaatst. Deze democratieopvatting is functioneel, technisch, formalistisch en procedureel van aard. De participatieve, de deliberatieve en de responsieve democratie zijn daarvan voorbeelden. Deze democratieopvatting eist nog steeds dat individuen vertegenwoordigd worden en dat hun vertegenwoordigers meebeslissen over de regels en besluiten die hen binden. Zij gaat echter niet primair uit van de culturele identiteit van het individu, maar van zijn fundamentele rechten. Niet het volk als historisch gegroeide culturele identiteit staat centraal, maar een gemeenschap van individuen die dezelfde rechten en plichten hebben en door dezelfde wetten en regels worden gebonden.

Een dergelijke gemeenschap is democratisch als de wederzijdse relatie tussen regels/politiek gezag en de individuen die onderworpen zijn aan die regels/dat gezag zo is ingericht dat de individuen via hun vertegenwoordigers, op zijn minst de procedurele mogelijkheid hebben mee te beslissen over de spelregels die voor die relatie gelden en de regels waardoor ze gebonden worden.

Wat betekent deze democratieopvatting voor de EU en het EP? In tegenstelling tot de opvatting die het Hof hanteert, houdt deze opvatting rekening met de verdragsteksten en de politieke realiteit van de EU en maakt zij een betekenisvolle, transstatelijke, democratische samenwerkingsvorm mogelijk. De EU

kan een autonome democratische rechtsorde zijn en is dat zolang er sprake is van de bovengenoemde wederzijdse relatie tussen de EU-instituties/regels en de aan de regels onderworpen individuen. Als de EU een democratische rechtsorde kan zijn, kan het EP ook zelfstandig bijdragen aan democratische legitimatie van die rechtsorde. Daarvoor zou het EP de aan de EU-wetten en -regels onderworpen individuen moeten vertegenwoordigen.

Maar doet het EP dat ook? Wie of wat vertegenwoordigt dat parlement?

Volgens de preadviseurs vertegenwoordigt het EP een gemeenschap van Unievolkeren. Dit omdat het EP geen Europees volk kan representeren, aangezien dat volk niet bestaat en omdat het geen Unieburgers kan vertegenwoordigen, aangezien die status niet los kan worden gezien van de nationale volkeren. Dit laatste is echter niet noodzakelijkerwijs het geval. Dat nationaliteit een technische ingangsvoorwaarde is voor EU-burgerschap doet niet af aan het feit dat het EU-burgerschap na het verkrijgen ervan een op zichzelf staande status kan zijn die gepaard gaat met bepaalde rechten en plichten die voor alle Unieburgers in gelijke mate gelden. Men zou kunnen betogen dat het Lissabonverdrag, dat het Unieburgerschap van een complementair tot een zelfstandig concept maakt, daarvoor een kiem legt. Maar ook het Europese Hof van Justitie heeft in de Grzelczyk-zaak uitgesproken dat het Unieburgerschap met het Lissabonverdrag is geworden tot: 'the fundamental status of nationals of the Member States'.

De door de EU-burgers gekozen Europarlementariërs vertegenwoordigen mijns inziens de EU-burgers: een groep individuen die allen in gelijke relatie staan tot de EU, haar regels, besluiten en instituties en daaraan direct rechten ontleen. Een groep die inhoudelijk onbepaald is, maar een rationeel en formeel bepaalde gemeenschap vormt.

De erkenning van een EU-burgerschap doet wel recht aan verschillende bepalingen uit relevante EU-verdragen. Bovendien doet het recht aan de taakopvatting en zelfperceptie van de Europarlementariërs die zichzelf al lang niet meer zien als nationale, maar als pan-Europese gedelegeerden en die niet samenwerken op grond van hun geografische afkomst, maar op basis van hun partijpolitieke kleur. Ondanks het feit dat we (nog) niet stemmen op Europese partijen overstijgt de samenwerking binnen Europese fracties nu al wel het nationale karakter. De parlementariërs zitten daar niet als Duitser of Fransman, maar als liberaal of socialist.

Omdat het EP handelt in naam van alle EU-burgers die het representeert, kan het een zelfstandige legitimerende rol hebben. Versterking van diens betrokkenheid bij de totstandkoming van de EU-burgers bindende regels en besluiten vergroot die legitimatie. Maar om dit te kunnen concluderen en om de EU een kans te geven een zelfstandige democratische orde te zijn, is wel een democratieopvatting nodig die losgeweekt is van de traditionele statelijke connotaties en van het communitaristisch volkbegrip. Natuurlijk is ook die republikeinse democratieopvatting niet vrij van kritiek, maar zij laat wel zien dat het mogelijk is de EU als een democratische orde te denken waarin het

EP een zelfstandige legitimerende rol heeft en dat was mijn doel vandaag. Ik ben me er evenwel van bewust dat we de discussie over de verschillende democratieopvattingen en constitutionele fundamenteën van de EU nog lang zullen blijven voeren.

Over de auteurs

Armin Cuyvers is als PhD-Fellow verbonden aan de afdelingen Rechtsfilosofie en Europees Recht van de Universiteit Leiden.

Michiel Duchateau is promovendus constitutioneel recht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

Wouter Hulstijn is promovendus constitutioneel recht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

Anamarija Kristic is promovenda constitutioneel recht aan de Universiteit van Tilburg.

David Nederlof is promovendus bij de Universiteit van Amsterdam.

Jaap van Rijn van Alkemade is als onderwijs- en onderzoeksmedewerker verbonden aan de afdeling Staats- en Bestuursrecht, Universiteit Leiden.

Jan Willem van Rossem is promovendus constitutioneel recht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

Jerfi Uzman is als promovendus verbonden aan de afdeling Staats- en Bestuursrecht, Universiteit Leiden.

In de boekenreeks van de Graduate School of Legal Studies van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2010 en 2011 verschenen:

- MI-169 P.P.J. van der Meij, *De driehoeksverhouding in het strafrechtelijk vooronderzoek*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, ISBN 978 90 1407 158 0
- MI-170 M.V. Polak (red.), *Inbedding van Europese procesrechtelijke normen in de Nederlandse rechtsorde*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010, ISBN 978 90 6916 714 5
- MI-171 E. Koops, *Vormen van subsidiariteit. Een historisch-comparatistische studie naar het subsidiariteitsbeginsel bij pand, hypotheek en borgtocht*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, ISBN 978 90 8728 070 3
- MI-172 H.H. Kielman, *Politieke gegevensverwerking. Naar een effectieve waarborging*, (diss. Leiden) Zutphen: Wöhrmann Print Service 2010, ISBN 978 90 8570 503 1
- MI-173 K. Siewicz, *Towards an Improved regulatory Framework of Free Software. Protecting user freedoms in a world of software communities and eGovernments*, (diss. Leiden) Warszawa (Polen): Sowa 2010, ISBN 978 83 930580 0 6
- MI-174 L. Mommers, H. Franken, J. van den Herik, F. van der Klaauw, G.-J. Zwenne (red.) *Het binnenste buiten*, Liber amicorum A.H.J. Schmidt, Leiden: eLaw@leiden 2010, ISBN 978 90 815196 1 8
- MI-175 R. Ong, *Mobile Communication and the Protection of Children*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2010, ISBN 978 90 8728 080 2
- MI-176 M.P. Lycklama à Nijeholt, *Goodwill and value creation of acquisitions*, (diss. Leiden), Zutphen: Ipskamp 2010, ISBN 978 90 9025 290 2
- MI-177 M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel. Een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010 ISBN, 978 90 8728 098 7
- MI-178 J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst. De rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, ISBN 978 90 1307 662 2
- MI-179 M.B. Voulon, *Automatisch contracteren*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2010, ISBN 978 90 8728 098 7
- MI-180 B.J. de Vos, *Horizontale werking van grondrechten. Een kritiek*, (diss. Leiden), Apeldoorn: Maklu 2010
- MI-181 S. van Wingerden, D. Alberda, M. Moerings, B. Wartna & J. van Wilsem, *Recidive en nazorg. Een onderzoek onder oud-bewoners van Exodus, DOOR, Moria & Ontmoeting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, ISBN 978 90 8974 316 9
- MI-182 J. Vis, *Ondernemend Waarderen : Waarderend Ondernemen. De subjectiviteit van het begrip economische waarde*, (diss. Leiden), Apeldoorn: Maklu 2010, ISBN 987 90 466 0364 2
- MI-183 J.M.J. van Rijn van Alkemade & J. Uzman (red.), *Soevereiniteit of pluralisme? Nederland en Europa na het Lissabon-Urteil*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, ISBN 978 90 5850 6375
- MI-184 G.K. Schoep, C.P.M. Cleiren, J.P. van der Leun & P.M. Schuyt (red.), *Vervlechting van domeinen. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.L. de Wijkerslooth*, Deventer: Kluwer 2010, ISBN 978 90 1307 879 4
- MI-185 Th. Doreleijers, J. ten Voorde & M. Moerings (red.), *Strafrecht en Forensische Psychiatrie voor 16- tot 23-jarigen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, ISBN 978 90 8974 356 5
- MI-186 C. Jiménez Monroy, *Legal and Institutional Aspects of Latin-American Space Cooperation AQUARELSat: The Water Monitoring Constellation*, (diss. Leiden) Zutphen: Wöhrmann Print Service 2010, ISBN 978 90 8570 595 6
- MI-187 M.A.H. van der Woude, *Wetgeving in een Veiligheidscultuur, Totstandkoming van antiterrorismewetgeving in Nederland gezien vanuit maatschappelijke en (rechts)politieke context*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, ISBN 978 90 8974 379 4
- MI-188 A.G. Castermans, K.J.O. Jansen, M.W. Knigge, P. Memelink & J.H. Nieuwenhuis, *40 jaar practicum. Rondom onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2010, ISBN 978 90 13 08228 9

- MI-189 M.R. Bruning, M.P. de Jong, T. Liefwaard, P.M. Schuyt, J.E. Doek & T.A.H. Doreleijers, *Wegwijs in het jeugdsanctierecht. Onderzoek naar het juridisch kader voor de zwaarste jeugdsancties in theorie en praktijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, ISBN 978-90-5850-621-4
- MI-190 J.P. van der Leun, E.R. Muller, N. van der Schee, P.M. Schuyt & M.A.H. van der Woude, *De vogel vrij. Liber amicorum prof.dr.mr. Martin Moerings*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2011, ISBN 978 90 5961 657 7
- MI-191 M. den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum* (diss. Leiden) 2011

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek