

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/85089>

Please be advised that this information was generated on 2019-01-23 and may be subject to change.

PLUS QUE LA BOUCHE DE LA LOI EUROPÉENNE. OVER RECHTERLIJK ACTIVISME EN HET EUROPEES HOF VAN JUSTITIE

Henri de Waele*

* Mr.dr. H.C.F.J.A. de Waele is universitair docent Europees recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

- 1 'Les juges de la nation ne sont (...) que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui ne peuvent modérer ni la force ni la rigueur', *De l'esprit des lois*, Parijs: Editions Garnier 1748, XI, 6. Hiervan verscheen een prachtige Nederlandse vertaling van de hand van Jeanne Holierhoek, *Over de geest van de wetten*, Amsterdam: Boom 2006.
- 2 Hierover nader K.M. Schönfeld, *Montesquieu en 'La bouche de la loi'*, Leiden: New Rhine Publishers 1979.
- 3 Dordrecht-Boston-Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers 1986.
- 4 Zie o.m. J.H.H. Weiler, 'The Court of Justice On Trial', *Common Market Law Review* 1987, p. 555-589; Mauro Cappelletti, 'Is the European Court of Justice "Running Wild?"', *European Law Review* 1987, p. 4-17.
- 5 Het betrof Patrick Neill, *The European Court of Justice: A Case Study in Judicial Activism*, Londen: European Policy Forum 1995, en Trevor C. Hartley, 'The European Court, Judicial Objectivity and the Constitution of the European Union', *The Law Quarterly Review* 1996, p. 95-109. Hierop reageerden o.m. Lord Howe of Aberavon, 'Euro-Justice: Yes or No?', *European Law Review* 1996, p. 192-198; Takis Tridimas, 'The Court of Justice and Judicial Activism', *European Law Review* 1996, p. 199-210; Anthony Arnall, 'The European Court and Judicial Objectivity: A Reply to Professor Hartley', *The Law Quarterly Review* 1996, p. 411-423.

Henri de Waele promoveerde op 20 mei 2009 aan de Radboud Universiteit Nijmegen op een proefschrift getiteld *Rechterlijk activisme en het Europees Hof van Justitie*, uitgegeven door Boom Juridische uitgevers. Promotor was mw. prof.dr. A.M.A.P. van den Bossche.

1 Inleiding

Op de vraag 'Wat is de primaire taak van de rechter?' bestaat geen eenduidig antwoord. In het privaatrecht zou men 'geschillenbeslechting tussen particulieren' voorop kunnen stellen. In het constitutionele recht zal echter vooral worden gewezen op de bescherming van de *rule of law*. Rechtsfilosofen zullen eerder 'zorgen voor rechtvaardigheid' als de eigenlijke kerntaak aanmerken. Vanuit de argumentatieleer valt daarentegen te bepleiten dat rechters vooral 'correcte uitspraken' moeten doen, aan welke eis dan al is voldaan wanneer de gebezigde redeneringen logische geldigheid bezitten.

Op de vraag 'Wat is de primaire taak van de rechter?' bestaat geen eenduidig antwoord. Ook over het Hof van Justitie van de EU en zijn rol in het Europese integratieproces, is in het verleden herhaaldelijk gediscussieerd en gepolemiseerd

Een paar eeuwen geleden leek er over de functie van de (zittende) magistratuur nog wat meer consensus te bestaan. Overbekend zijn de woorden van de baron de Montesquieu, dat de rechter niets meer behoort te zijn dan 'la bouche de la loi', de spreekbuis van de wet.¹ Auteurs halen gewoonlijk deze frase aan als een schoolvoorbeeld van achterhaald legistisch denken. Daarbij doen zij overigens de oorspronkelijke context van het citaat geen recht, en

wordt miskend dat de opmerking van Montesquieu niet normatief bedoeld was.²

Ook over het Hof van Justitie van de EU en zijn rol in het Europese integratieproces, is in het verleden herhaaldelijk gediscussieerd en gepolemiseerd. In 1986 wierp de Deense jurist Hjalte Rasmussen een eerste steen in de vijver met zijn boek *On Law and Policy in the European Court of Justice*.³ Daarin betoogde hij dat het Hof een 'dangerous court' was, dat zich regelmatig bezondigde aan 'revolting judicial behaviour'. De kritische studie van Rasmussen is echter zelf hevig bekritiseerd: de auteur zou namelijk sterk overdrijven, zijn beweringen waren tendentius en de bewijsvoering zwak.⁴ In het midden van de jaren 90 hebben niettemin twee Britse juristen eveneens lucht gegeven aan hun bedenkingen bij de rol van het Hof. Ook hun kritiekpunten zijn echter in de Europeesrechtelijke doctrine afgeserveerd, en als ongefundeerd en onwaarachtig terzijde gesteld.⁵ Daarmee was de discussie voor het moment gesloten, en leek het gelijk te liggen aan de kant van degenen die het laatste woord hadden gehad: de aanhangers en verdedigers van het Hof.

De vraag blijft gerechtvaardigd of het Hof zich, door de jaren heen, daadwerkelijk naar behoren van zijn taken heeft gekweten

Nochtans blijft de vraag gerechtvaardigd of het Hof zich, door de jaren heen, daadwerkelijk naar behoren van zijn taken heeft gekweten. In redactionelen van tijdschriften en in annotaties bij arresten zijn daarover nog wel incidenteel opmerkingen aan te treffen, maar men speurt er vergeefs naar een *Gesamtbewertung*. In het voorliggende artikel wordt getracht om in die lacune te voorzien. Het schetst in kort bestek de hoofdlijnen van de jurisprudentie van het Hof, zet de argumenten pro en contra zijn performance op een rij, en probeert tot een steekhou-

dend eindoordeel te komen.⁶ Hierbij zal de kwestie worden benaderd vanuit het paradigma van 'rechterlijk activisme'. In essentie gaat het er dan om, of er in de EU op enig moment gevallen van zogenaamd 'excessief activisme' aan de orde zijn geweest. In wat volgt zullen we allereerst nader ingaan op de oorsprong, betekenis en vormen van rechterlijk activisme (paragraaf 2). Daarna schakelen we over naar de Europese dimensie, gaat de aandacht uit naar de rechtspleging van het Hof, en zal zijn rechtspraak langs de activistische meetlat worden gelegd (paragraaf 3). We sluiten af met een korte beschouwing waarin gereflecteerd wordt op de bijzondere institutionele context van de EU (paragraaf 4).

2 Rechterlijk activisme

De term 'rechterlijk activisme' is oorspronkelijk afkomstig uit de Verenigde Staten, en dook daar aanvankelijk vooral op in politicologische en sociologische literatuur. Aan het begin van de vorige eeuw raakte hij ook courant in het juridische discours, en in de jaren 70 volgde de oversteek naar Europa. Sindsdien wordt er ook in Nederland over activistische rechters gediscussieerd.⁷

Sommige auteurs beschouwen activisme als iets wat intrinsiek verwerpelijk is. Voor anderen kan het wel acceptabel zijn, afhankelijk van de bereikte resultaten. Wie de debatten in Amerika probeert te doorgronden, ervaart al snel dat de (vaak onuitgesproken) politieke opvattingen van de auteurs de argumentatie vertroebelen: activisme wordt dan aanvaardbaar geacht als de door de rechter uitgelegde of uitgevonden regel strookt met de eigen voorkeuren, maar is in alle andere gevallen ongewenst.⁸

Sommige auteurs beschouwen activisme als iets wat intrinsiek verwerpelijk is. Voor anderen kan het wel acceptabel zijn, afhankelijk van de bereikte resultaten

Voor een zinvolle discussie lijkt het raadzaam om een zo neutraal mogelijk standpunt te betrekken. Daarbij moet er vóór alles op worden gewezen dat rechterlijke rechtsvorming inmiddels in vrijwel alle continentale rechtsstelsels geaccepteerd is. In ons land markeerde het befaamde arrest *Lindenbaum-Cohen*⁹ het begin van het einde van het legisme, de stroming waarbinnen de rechter als niet meer dan een automaat werd beschouwd. Sindsdien komt rechters naar algemene opvatting een zelfstandige rol toe, als vertolkers van de wet en toepassers van het recht. Daarmee valt er op enige mate van activisme niet meer zo gek veel aan te merken: immers, gecodificeerde regels vertonen maar al te vaak leemtes, waarvoor rechters mogen compenseren. Zij kunnen dan, door een gestage stroom jurisprudentie, bepaalde leerstukken construeren, preciseren en verder uitbouwen. Zo is in de meeste Europese landen het onrechtmatige daadsrecht, dat grotendeels uit de

koker van rechters komt, een prototypeproduct van activisme.

Denkelijk wordt rechterlijk activisme pas werkelijk problematisch bij grote doses rechtsvorming, wanneer rechters een eigen begrippenapparaat in het leven roepen, en dat over een langere periode doorontwikkelen. Men kan dan spreken van extreem of excessief activisme indien blijkt wordt gegeven van een zekere vooringenomenheid en eenzijdigheid, en als teleologie als interpretatiemethode de overhand krijgt. Deze kwalijke uitwas van 'ordinair' activisme manifesteert zich in het bijzonder wanneer rechters met eigen oplossingen komen waar van leemtes in de wet pertinent geen sprake is, en/of wanneer de gediceerde uitkomst evident niet strookt met de (bedoeling van de) regel.¹⁰ In dergelijke gevallen werken rechters structureel en naar eigen inzicht door in een bepaalde richting, die (nog) weinig of geen draagvlak heeft bij de politieke, democratisch gelegitimeerde instellingen van de gemeenschap waarbinnen zij opereren. Een dergelijke praxis lijkt slechts in zeldzame uitzonderingssituaties geoorloofd, namelijk wanneer een overstijgende morele noodzaak magistraten ertoe dwingt een eigen weg te volgen, en zich niet neer te leggen bij 'wettelijk onrecht', gecodificeerde regels die ernstig laakbaar zijn vanuit ethisch perspectief.¹¹

Denkelijk wordt rechterlijk activisme pas werkelijk problematisch bij grote doses rechtsvorming, wanneer rechters een eigen begrippenapparaat in het leven roepen, en dat over een langere periode doorontwikkelen

Zo bezien is een zeker activisme eigenlijk onvermijdelijk, en iets dat in vrijwel alle moderne rechtssystemen voorkomt. Afkeurenswaardig is pas een exces, en wel om de volgende drie redenen.¹²

Ten eerste, vanwege de inherente beperkingen van rechtspraak. Rechterlijke uitspraken kennen immers, door hun casuïstische, ad-hoc-natuur, een veel lagere graad van algemeenheid en coherentie dan wetgeving. Hun transparantie ligt ook veel lager, waar justitiabelen vooral last van hebben. Verder komt rechtersrecht onder steviger tijdsdruk tot stand. Bindende regels worden echter bij voorkeur vastgesteld na kalm en rijp beraad, na een uitgebreide reflectie, vanuit meerdere perspectieven en door verschillende instanties. Hoe verder dan rechterlijke rechtsvorming gaat, hoe zwaarder de genoemde tekortkomingen zich opdringen; hoe vaker of indringender een regelsteller er in controversiële casus toe overgaat de samenleving zijn particuliere standaarden voor te schrijven, hoe sterker de noodzaak zich doet gevoelen om het hele speelveld te overzien, en om uitvoerig alle relevante informatie en belangen af te wegen. Juist waar casus zich aan de randen van de rechterlijke geschillenbeslechtingbevoegdheid bevinden, en maar nauwelijks de mogelijkheid bestaat om alle

6 Het huidige artikel vormt slechts een beknopte beschouwing over dit onderwerp. Een meer uitgebreide verhandeling is H.C.F.J.A. de Waele, *Rechterlijk activisme en het Europees Hof van Justitie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009. Een medium-lange, Engelstalige analyse biedt 'The Role of the European Court of Justice in the Integration Process: A Contemporary and Normative Assessment', dat in juni 2010 verschijnt in de *Hanse Law Review* (www.hanselawreview.org).

7 Zie bijv. P. van Dijk (red.), *De relatie tussen wetgever en rechter in een tijd van rechterlijk activisme*, Amsterdam: KNAW 1989; A.F.M. Breninkmeijer, 'Het primaat van de politiek bestaat niet meer. Over politieke rechtspraak, rechterlijk activisme en de legitimatie van rechterlijke oordeelsvorming', in: H.J. van Kooten et al. (red.), *Rechter en politiek*, Nijmegen: Ars Aequi 1992, p. 24-41.

8 In meer detail hierover De Waele, a.w. (voetnoot 6), p. 45 e.v.

9 HR 31 december 1919, *NJ* 1919, 161. Zie ook G.E. van Maanen, 'Lindenbaum/Cohen', *Ars Aequi* november 2010, AA20090778.

10 Nu zijn wettelijke regels niet altijd duidelijk, en valt evenmin steeds met absolute zekerheid vast te stellen wat de bedoeling van een regel is. Deze klassieke (en enigszins afgezaagde) tegenwerping laat echter onverlet dat er talrijke situaties zijn waarin er wel degelijk, met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid, kan worden gesproken van 'de' betekenis en bedoeling van een bepaalde regel.

11 Dergelijke scenario's spelen vooral in een *Unrechtsstaat* zoals Nazi-Duitsland, en het Zuid-Afrika van de apartheid, maar kwamen in de vorige eeuw ook wel voor in India en de Verenigde Staten. Zie hierover De Waele, a.w. (voetnoot 6), p. 34-36, met nadere verwijzingen.

12 Meer uitgebreid hierover De Waele, a.w. (voetnoot 6), p. 54-65.

onderliggende aspecten, de grondslagen van het conflict recht te doen, en de 'rechtsnood' volledig en passend te lenigen, is rechtsvormende rechtspraak van nature het minder geëigende vehikel. De wetgever kan dan op een meer algemene, bezonnen en consistente wijze nieuw recht tot stand brengen, en is beter geëquipeerd om de effecten en bijwerkingen daarvan in te schatten. De rechter die extreem activisme dan niettemin niet schuwt, miskent dat hij op grond van zijn praktisch-functionele beperkingen wel *moet* tekortschieten.

Een zeker activisme is eigenlijk onvermijdelijk, en iets dat in vrijwel alle moderne rechtssystemen voorkomt. Afkeurenswaardig is pas een exces

Een tweede bedenking tegen excessief activisme is dat het leidt tot, of bijdraagt aan, onderminning van het rechterlijk gezag. Gezag is voor iedere publieke instantie van belang, omdat het een (terechte) aanspraak op gehoorzaamheid impliceert. Wordt die aanspraak minder geloofwaardig, dan neemt de kans op ongehoorzaamheid van de aan dat gezag onderworpenen toe. Daarmee kan het rechtsstatelijk of maatschappelijk bestel op de tocht komen te staan. Rechters ontleen hun gezag hoofdzakelijk aan het stelsel van de wet, en dat gezag taant wanneer zij zich meer en meer losmaken van het wettelijke systeem. Daarmee kunnen zij gaandeweg de legitimatie verspelen om bindende beslissingen aan de samenleving op te leggen.

Het derde bezwaar tegen excessief activisme betreft het fundamenteel ondemocratische karakter daarvan. Nu is het kenmerkende en onderscheidende van rechtspraak natuurlijk, dat een bepaalde (uitleg van een) regel tot stand komt op onafhankelijke, daardoor *noodzakelijkerwijs* niet-democratische wijze. Maakt men daar niettemin bezwaar tegen, dan zaagt men de poten onder de stoel van de rechtsstaat weg. Houdt men vol, en drijft men het argument tot het uiterste door, dan is directe verkiezing van rechters de enige aanvaardbare oplossing.¹³ Publieke ambten kunnen echter ook *indirect* democratisch gelegitimeerd zijn, door tussenkomst van een gekozen, vertegenwoordigend orgaan. Dit is in de meeste beschaafde landen *usance*. Nochtans doet deze tegenwerping er niet aan af dat de democratische legitimatie van alle op een territorium geldende regels liefst maximaal is, dat wil zeggen, dat algemene bindende regels bij voorkeur door direct gelegitimeerde instanties worden vastgesteld. Daarom spreken we doorgaans en niet ten onrechte van 'het primaat van de wetgever'. Het is natuurlijk zo dat rechters onafhankelijk moeten zijn om de rechtsstaat te waarborgen; ze mogen echter hun bijzondere rechtsstatelijke positie niet misbruiken om zich nodeloos op het pad van de wetgever te begeven, en dat is bij excessief activisme nu juist aan de orde.

In de context van internationale en supranationale organisaties kan het ondemocratische karakter van dergelijk activisme a fortiori problematisch blijken

In de context van internationale en supranationale organisaties kan het ondemocratische karakter van dergelijk activisme a fortiori problematisch blijken. Naarmate de invloed en bevoegdheden van die organisaties toenemen, stijgt navenant de behoefte aan adequate democratische waarborgen voor de regels en besluiten die ze uitvaardigen. Zij brengen echter velerlei regels en besluiten tot stand zonder dat afdoende is tegemoetgekomen aan de genoemde behoefte. Hoewel een eventueel rechterlijk orgaan in deze situatie verbeteringen kan proberen aan te brengen, vormt het zelfs dan een deel van het probleem. Rechterlijke rechtsvorming is immers van nature ondemocratisch, en binnen een inter- of supranationaal kader ondergaat dat negatieve aspect een multipliereffect: het bereik van de uitvaardigde regels is er immers veel groter dan in een staatsverband. Zodoende leggen niet-verkozen magistraten er normen neer voor een buitengewoon omvangrijke kring personen. Dit is waar de schoen vooral knelt met betrekking tot het Hof van Justitie van de Europese Unie.

In de geschiedenis van het Europese integratieproces heeft het Hof van Justitie tot op heden een toonaangevende rol gespeeld

3 De Europese dimensie

In de geschiedenis van het Europese integratieproces heeft het Hof van Justitie tot op heden een toonaangevende rol gespeeld. In *Van Gend en Loos* (1963)¹⁴ en *Costa/ENEL* (1964) verkondigde het de blijde boodschap van 'een nieuwe rechtsorde', gebaseerd op de beginselen van directe werking en voorrang. In arresten als *Van Duyn* (1974), *Ratti* (1978), *Von Colson* (1984) en *Marleasing* (1990) kende het aan Europese richtlijnen een onvermoede bindende kracht toe, voortbordurend op het idee van 'effet utile'. Met o.a. *Stauder* (1969), *Nold* (1973), *Hauer* (1979) en *Wachauf* (1989) creëerde en boetseerde het een imposante grondrechtencatalogus, in *Les Verts* (1986) werd het EG-verdrag zelf een constitutionele status toegedicht, en de oordelen in *AETR* (1971), *Tsjernobyli* (1990), en *Francovich* (1991) brachten belangrijke wijzigingen aan in de institutionele architectuur. Met *Pupino* (2005), *Segi* (2007) en *ECOWAS* (2008) breidde het Hof zijn rechtsmacht uit over de zogenaamde 'tweede en derde pijler' van de EU. De definitieve realisatie van de interne markt is voor het grootste deel eveneens op zijn conto te schrijven; daarvoor stonden de

¹³ Een Amerikaans project ter zake mislukte om alle voor de hand liggende redenen: het leidde tot politisering van rechtspraak, tot kwaliteitsverlies, en het vertrouwen van de burger in de rechter en de rechtspleging liep een flinke deuk op. Zie M.F.J.M. de Werd, 'De constitutionele taak van de rechter', in: P.P.T. Bovend'Eert, P.M. van den Eijnden, C.A.J.M. Kortmann (red.), *Grenzen aan de rechtspraak?*, Deventer: Kluwer 2004, p. 122.

¹⁴ Zie ook Monica Claes, 'Van Gend en Loos, de autonomie van de Europese rechtsorde en het leerstuk van de rechtstreekse werking', *Ars Aequi* februari 2010, AA20100122.

verstrekkende interpretaties van de regels van vrij verkeer en mededinging in o.a. *Dassonville* (1974), *Continental Can* (1975), *Säger* (1991) en *Bosman* (1995) garant. Ook de belendende jurisprudentie over het Europees burgerschap, waaronder *Martinez Sala* (1998), *Grzelczyk* (2001), *Baumbast* (2002) en *Bidar* (2005), getuigt van een opmerkelijke voortvarendheid.¹⁵

Hoewel deze ruwe schets maar een beperkt beeld geeft van 's Hofs rechtspleging door de jaren heen, en het leeuwendeel van de tot nu toe gewezen arresten niet zo gek veel spektakel bevat, is de algemene rode draad er nochtans één van activisme. In een aantal casus lijkt er bovendien sprake te zijn van excessief activisme, vooral doordat de uitkomsten weinig of geen steun vinden in bepalingen van primair of secundair recht, de gebezigde redeneringen ernstige gebreken vertonen, overtuigende argumenten ontbreken, en eenzijdig de nadruk wordt gelegd op de noodzakelijke effectiviteit van de Europese regels.¹⁶ Zoals Pierre Pescatore, zelf voormalig lid van het Hof van Justitie, ooit schreef, wekken de rechters te Luxemburg de indruk 'une certaine idée de l'Europe' te hebben. Zijn collega Federico Mancini ging nog een stap verder, en verkondigde dat hun onwrikbare pro-Europese houding genetisch bepaald zou zijn door de oprichters van de Europese Gemeenschappen.¹⁷ Ongetwijfeld schuilt hierin enige ironie en overdrijving. Het Hof is bovendien geen entiteit met een eenvormige wil, en er bestaat weinig continuïteit in de personele bezetting van het Hof, zodat onmogelijk alle rechters door de tijd heen precies dezelfde 'voorgeprogrammeerde' opvattingen en voorkeuren zouden kunnen huldigen. Niettemin zijn de bredere patronen in de rechtspraak moeilijk te ontkennen, en is de algemene tendens, in lijn met de uitlatingen van Pescatore en Mancini, er onmiskenbaar één van stevig integratiebevorderend optreden.

De bredere patronen in de rechtspraak van het Hof zijn moeilijk te ontkennen, en de algemene tendens is er onmiskenbaar één van stevig integratiebevorderend optreden

In de eerdere wetenschappelijke discussies is hier een aantal argumenten tegenin gebracht: dat de Europese verdragen er zélf toe dwingen om die integratiebevorderende koers te varen; dat er eveneens meer dan genoeg voorbeelden van *judicial restraint* voor handen zijn; dat als de rechters een ongewenste richting zouden zijn ingeslagen, het Hof wel zou zijn teruggefloten – wat maar hoogst zelden gebeurd is.

Geen van deze argumenten snijdt echter heel veel hout. Natuurlijk zijn de Europese constructies niet voor niets in het leven geroepen, en bevatten de verdragen voldoende aanknopingspunten voor hun verdere uitbouw, maar dit laat onverlet dat het Hof in diverse casus vóór de muziek uitloopt, evident in strijd handelt met de bedoeling achter bepaalde

bepalingen, en met oplossingen van geheel eigen makelij komt. Dat excessief activisme dan maar in een minderheid van de oordelen naar voren komt, betekent nog niet dat deze dan maar met de mantel der liefde bedekt moeten worden; immers, een chirurg die bij herhaling operaties verprutst, kan zich eveneens maar moeilijk verdedigen met het excuus dat hij in de meeste gevallen wél goed werk aflevert. Tot slot is het terugfluiten van het Hof allesbehalve eenvoudig: wijziging van de verdragen vereist unanieme instemming van alle (op dit moment) zevenentwintig lidstaten; daarvoor moet in de regel ook een zogenaamde Intergouvernementele Conferentie bijeen worden geroepen, waarop doorgaans langgerekte en uiterst moeizame onderhandelingen volgen. Dit verklaart waarom uitspraken van het Hof maar sporadisch zijn en worden teruggedraaid; dat men er maar zelden iets tegen doet, betekent dus nog niet dat men ze steeds aanvaardbaar acht.¹⁸ Zodoende blijven gevallen van excessief activisme onverkort problematisch, omdat ze de hoofdregel van verdragswijziging op zijn kop zetten, en vergaande schade toebrengen aan elementaire noties van democratie. Normaliter is immers unanimitéit nodig om de verdragen te amenderen, maar wanneer het Hof de regels 'informeel amendeert', is unanimitéit nodig om dit terug te draaien, en blijft de bewuste rechtspraak al in stand wanneer één enkele lidstaat daarmee blijkt te kunnen leven.

Het Hof van Justitie is niet gehouden om zich steeds te conformeren aan de letterlijke tekst van een bepaling, de achterliggende bedoeling en/of de wensen van (een meerderheid van) de lidstaten

4 Besluit

Uit het principe van rechterlijke onafhankelijkheid vloeit onder meer voort dat rechters hun oren niet naar politici hoeven te laten hangen. Voor het Europees Hof van Justitie betekent dit, dat het niet gehouden is om zich steeds te conformeren aan de letterlijke tekst van een bepaling, de achterliggende bedoeling en/of de wensen van (een meerderheid van) de lidstaten. Niettemin moet de specifieke institutionele context hier wel naar zwaarte meewegen, en dat gebeurt ogenschijnlijk nog onvoldoende.

Anders dan bijvoorbeeld het Amerikaanse *Supreme Court* of het Duitse *Bundesverfassungsgericht*, bevindt het Hof zich niet in een homogene (nationaal)statische gemeenschap. Daardoor beschikt het per definitie over minder legitimiteit om majeure rechtspolitieke beslissingen te nemen, en moet het, wanneer het tot rechtsvorming overgaat, meer omzichtigheid aan de dag leggen. In de EU bestaan er bovendien, zoals vermeld, ook te weinig *checks and balances* om een eventueel ongewenste koers

15 De tekst van alle genoemde arresten is eenvoudig te achterhalen via <http://eur-lex.europa.eu/nl/index.htm>.

16 De ruimte ontbreekt hier voor een nadere uitwerking; zie daarvoor De Waele, a.w. (voetnoot 6), p. 115-392.

17 Zie P. Pescatore, 'The Doctrine of "Direct Effect": An Infant Disease of Community Law', *European Law Review* 1983, p. 157; G.F. Mancini en D.T. Keeling, 'Democracy and the European Court of Justice', *The Modern Law Review* 1994, p. 186.

18 Voor een meer uitgebreide uiteenzetting over dit punt, zie Martin Shapiro, 'The European Court of Justice', in: Paul Craig en Gráinne de Búrca (red.), *The Evolution of EU Law*, Oxford: OUP, p. 332. Deze auteur wijst ook op de complexe kosten/batenafwegingen die individuele lidstaten moeten maken wanneer ze bezwaren koesteren tegen bepaalde rechterlijke uitspraken, maar die het Hof van Justitie geweldig in de kaart spelen.

te corrigeren. Zodoende ligt 'ordinair' activisme op Europees niveau al een stuk gevoeliger dan in een nationale context, en stuit de extreme variant daar nog veel sterker tegen de borst.

In een organisatie als de EU is het denkkelijk niet aan de rechterlijke macht om een voortrekkersrol te spelen. In deze atypische supranationale omgeving zou een rechter zich juist wat meer als *bouche de la loi* moeten opstellen

¹⁹Aldus Walter van Gerven (voormalig advocaat-generaal bij het Hof!), *Het rechterlijk besluitvormingsproces en de eenmaking van Europa*, Brussel: Paleis der Academiën 1979, p. 20.

Het Hof van Justitie stelt zich evenwel sinds 1963 autonoom op. Het heeft het supranationale karakter van de samenwerking gradueel versterkt, op activistische, en soms excessief activistische wijze. In de oprichtingsverdragen waren daarentegen voldoende aanknopingspunten aanwezig voor een heel ander model, dat van een 'Europa der vaderlanden'.¹⁹ Toch heeft het op meerdere momenten grote sprongen voorwaarts ingezet, in de tegenovergestelde richting.

In een organisatie als de EU is het denkkelijk niet aan de rechterlijke macht om een dergelijke voortrekkersrol te spelen. Daarvoor lijkt het primaat eerder te liggen bij de politieke instellingen, de Europese Commissie, de (Europese) Raad, en het Europees Parlement. In deze atypische supranationale omgeving zou een rechter zich juist wat meer als *bouche de la loi* moeten opstellen.