



LAW AS NECESSITY
EEN ANTWOORD OP EEN GEFRAGMENTEERD RECHT?

Promotor: Prof. Dr. A. Vandevelde

Masterproef aangeboden tot het
verkrijgen van de graad van
Master in de Wijsbegeerte
door **Dries Cools**

Leuven, 2012

Dankwoord

Een blijk van dank gaat in de eerste plaats naar mijn promotor, professor Vandevelde. Hij richtte mijn blik op Dworkin en stuurde me op pad. Bovendien had hij begrip voor mijn preciaire conditie als arbeidende mens. Een woord van dank ook aan mijn baas, Vicepremier en Minister van Financiën en Duurzame Ontwikkeling Steven Vanackere. Naast mijn eerdere studies reichten de kansen in de Wetstraat te werken een belangrijke inspiratiebron voor deze masterproef. Bovendien had hij begrip voor mijn preciaire conditie als studerende mens. Ook Ann Sofie Cloots mag hier niet vergeten worden. Zij onthaalde gedeclemeerde passages uit deze thesis op een stimulerend dialectisch spel van goedkeurend geknik en afkeurend wenkbrauwengefrons. Zij nam het op zich deze thesis kritisch door te lezen. Ten slotte zijn er mijn ouders, die me geestelijke rust voor het schrijven boden aan de rand van het bos, ver weg van het drukke Brussel en het liederlijke Leuven.

Inhoudstafel

Opzet	6
Hoofdstuk I – Law’s Empire doorgelicht	7
1. Dworkins concept van het recht en Dworkins rechtsconcepties	7
1.1 Het concept recht (<i>‘Concept of Law’</i>)	7
1.2 Recht als interpretatieve praktijk	8
1.3 Rechtsconcepties (<i>‘conceptions of law’</i>)	10
1.3.1 Conventionalisme	11
1.3.2 Pragmatisme	11
2. Recht als integriteit	11
2.1 Een principiële gemeenschap (<i>‘a principled community’</i>)	13
2.1.1 Gemeenschap	13
2.1.1.1 Associatieve verplichtingen	13
2.1.1.2 <i>A working personification</i>	14
2.1.2 <i>De principes van de principiële gemeenschap</i>	14
2.1.2.1 <i>Fairness</i> , rechtvaardigheid, <i>procedural due process</i> en integriteit	14
2.1.2.2 Geen <i>rulebook community</i>	16
2.2 De legitimiteit van politieke verplichtingen	16
2.3 Van politieke filosofie naar rechtstheorie	17
3. Drie verhaallijnen	19
3.1 Een aantal methodologische verduidelijkingen	19
3.1.1 <i>Een indeling van het recht volgens verhaallijnen</i>	19
3.1.2 <i>Het statuut van de verhaallijnen</i>	19
3.1.3 <i>Common law versus civil law</i>	20
4. De vraag in deze thesis: de vraag naar de legitimiteit van het gefragmenteerde recht	21
Hoofdstuk II – Recht als Vrijheid	22
1. De constitutionele verhaallijn van de vrije burger	22
1.1 Een verhaal van formele, universele principes	22
1.2 Een verhaal met een historische particulariteit: de Natie	23
2. Recht als Vrijheid	24
3. Recht als Vrijheid en <i>law as integrity</i>	25

3.1	De particulariteit van de Natie: speciale verplichtingen binnen de gemeenschap	25
3.2	De Natie als <i>principled community</i>	26
3.3	Constructieve interpretatie	27
4.	De kip of het ei	28
5.	Tussenstand	28
Hoofdstuk III – Recht als Bescherming		29
1.	Oorsprong	29
2.	De sociaaleconomische rechtsorde: Recht als Bescherming	29
2.1	Een eigen juridisch discours.....	29
2.2	Een uitzondering op Recht als Vrijheid	30
2.3	Een recht van en voor groepen.....	30
2.3.1	<i>De voorgeschiedenis van de socio-economische groeperingen</i>	30
2.3.1.1	Sieyès	31
2.3.1.2	Marx.....	31
2.3.1.3	Arendt.....	32
2.3.2	<i>De verdere uitbouw van de sociaaleconomische rechtsorde</i>	32
2.4	Eigenschappen van de sociaaleconomische rechtsorde.....	33
3.	Het politiek debat over de arbeidende existentie: ten prooi aan fragmentatie.....	33
4.	Integriteit onder druk	34
4.1	Zorg geldt binnen de groep	34
4.1.1	<i>De gepersonifieerde gemeenschap geproblematiseerd: gepersonifieerde sociaaleconomische groeperingen?</i>	34
4.1.2	<i>De crisis van de gemeenschap in de werking van de sociaaleconomische rechtsorde</i>	35
4.1.3	<i>Een sociaaleconomische consensus?</i>	37
4.2	Gemeenschap versus subgemeenschappen	37
4.3	Principiële inconsistenties	39
5.	Tussenstand	39
Hoofdstuk IV – Recht als Markt		41
1.	De politieke verhaallijn van de markt	41
1.1	De ontstaansgeschiedenis	41
1.1.1	<i>De politieke economie</i>	41
1.1.1.1	Het begin van de politieke economie	41
1.1.1.2	Maatschappelijke transformatie en vooruitgangsgeloof.....	42
1.1.1.3	De politieke economie en de nieuwe wetenschappen.....	42

1.1.1.4	Verwetenschappelijking van het politieke discours	43
1.1.1.5	Nieuwe domeinen van politieke interventie	43
1.1.2	<i>De macro-economie</i>	43
1.2	Kenmerken van de verhaallijn van de markt	44
1.2.1	<i>De consument</i>	44
1.2.2	<i>Een universele verhaallijn</i>	44
1.2.3	<i>Een offensieve verhaallijn</i>	45
2.	Het recht van deze verhaallijn: Recht als Markt	45
2.1	Teleologische en functionalistische interpretatiemethodes	45
2.2	Het Europees recht	45
2.2.1	<i>De interne markt</i>	46
2.2.2	<i>Een programmatorisch recht</i>	46
2.2.3	<i>Smalle rechtsbases</i>	46
2.3	Het mededingingsrecht	47
2.4	De tentaculaire kracht van Recht als Markt.....	48
2.4.1	<i>Onzuivere verschijningsvormen</i>	48
2.4.2	<i>Casus: De vier vrijheden van de interne markt</i>	49
2.5	<i>Law and Economics</i>	50
3.	Recht als Markt en integriteit	50
3.1	Een markt-utilitaristische versie van <i>Law as pragmatism?</i>	51
3.2	Het janusgezicht van de Markt	51
3.2.1	<i>De principiële markt</i>	52
3.2.2	<i>De utilitaristische markt</i>	52
3.2.3	<i>De nexus: het Coase-theorema</i>	53
3.3	De legitimiteit van Recht als Markt.....	54
3.3.1	<i>Consistent toepasbare principes</i>	54
3.3.2	<i>De afwezigheid van een gemeenschapsdimensie</i>	55
3.3.3	<i>Contractuele legitimiteitsmodellen van de Markt</i>	56
3.3.4	<i>De Rechter in Recht als Markt</i>	56
3.3.5	<i>In de marge van Dworkin</i>	57
4.	De grote afwezigheid in het Europees recht.....	59
4.1	Een Europa van de Markt en een Europa van Burgers	59
4.2	Geen gemeenschaps-Europa	60
4.3	De impact van een louter contractueel politiek discours	61

4.4 Casus: De Belgische taalwetgeving: Anton Las tegen PSA Antwerp NV	61
4.4.1 <i>Feiten en procedure</i>	61
4.4.2 <i>De structuur van de toetsing</i>	62
Hoofdstuk V – Capita selecta: twee rechtstakken door de verhaallijnen heen.....	65
1. Mensenrechten.....	65
1.1 De onttovering van mensenrechten	65
1.2 Het sociaal nut van mensenrechten	66
1.3 Het economisch nut van mensenrechten	66
1.4 Een voortdurende legitimiteitscrisis	67
2. De Belgische arbeidswetgeving	67
Eindstand	69
1. De verbrokkeling van het recht.....	69
2. Een nieuwe homogeniteit: de verdwijning van het onderscheid tussen principes en beleid....	70
Bibliografie.....	72
Abstract	74

OPZET

Het uitgangspunt voor deze thesis is dat Dworkins lezing van het recht als integriteit (*law as integrity*) een interessante en deels juiste visie vormt om het recht te begrijpen, ook het continentale recht van onze contreien. De lezing van recht als integriteit werkt Dworkin uit in zijn boek *Law's Empire*.¹ In wat volgt zullen eerst de essentialia van Dworkins theorie beschrijvend uitgewerkt worden (Hoofdstuk I). Daarna wordt getracht aan te tonen waar wel en waar niet Dworkins lezing van het recht een juiste lezing van ons recht vormt (Hoofdstuk II tot V). Daarbij wordt in hoofdzaak het Belgisch en het Europees recht bestudeerd.

Voor deze oefening wordt een onderscheid gemaakt tussen de drie inhoudelijke politieke verhaallijnen die de vorming van ons recht gestructureerd hebben. Het aanvoelen is dat Dworkins analyse te weinig oog heeft voor de fragmentatie van ons recht. Geargumenteed wordt dat de twee historisch meest recente politieke verhaallijnen een exhaustieve lezing van het recht als integriteit in het gedrang brengen.

¹ Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986. Hierna verkort weergegeven als Ronald Dworkin, *Law's Empire*.

HOOFDSTUK I – *LAW'S EMPIRE* DOORGELICHT

1. Dworkins concept van het recht en Dworkins rechtsconcepties

1.1 Het concept recht (*'Concept of Law'*)

Op de vraag wat het recht is, tracht Dworkin niet om een semantisch of taalkundig antwoord te vinden. Dworkins zoektocht bestaat er niet in om een ultiem criterium te vinden op grond waarvan een propositie al dan niet als juridisch getaxeerd kan worden. Volgens Dworkin bestaan zo'n criteria die zich buiten het recht bevinden niet. Dworkin gooit het over een andere boeg en bekijkt het recht als een sociale praktijk en tegelijk als een interpretatief concept. Wat recht is en wat het recht is in een bepaald geval is voorwerp van debat. De ontwikkeling van het recht gebeurt in dit interpretatief veld.

Recht als sociale praktijk is volgens Dworkin het voorwerp van interpretatie door de leden van de gemeenschap die deel heeft aan het recht, net zoals andere sociale fenomenen, zoals beleefdheid.² Recht is een sociale praktijk waar de leden van de gemeenschap een zekere waarde aan toedichten. Recht heeft voor hen een bepaalde doelmatigheid; zij zoeken een antwoord op de vraag *'What's the point of law?'*. De specifieke regels die het recht voorschrijft worden constructief geïnterpreteerd en kritisch geëvalueerd in het licht van die doelmatigheid. Het is binnen de brede contouren van deze doelmatigheid dat het debat over wat het recht is, zich ontspint. De *point of law* is m.a.w. de gemeenschappelijke sokkel op grond waarvan discussies over het recht plaatsvinden. Er valt dus geen precieze scheidslijn te traceren tussen de rechtsfilosofische of rechtstheoretische discussie over wat recht is en de juridische of adjudicatieve discussie wat *het* recht is in een bepaald geval. Elk juridisch argument draagt in zich de sporen van een bepaalde rechtstheorie.

Voor Dworkin is de *point of law* de *beperking van overheidsdwang op grond van eerdere politieke beslissingen*. Het recht verbiedt dwang tenzij dit gerechtvaardigd is door individuele rechten en verantwoordelijkheden die voortvloeien uit eerdere politieke beslissingen over

² Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 47.

wanneer collectieve dwang toelaatbaar is. Recht legt uit of en waarom politieke beslissingen aanleiding kunnen geven tot overheidsdwang.³ Dit is wat Dworkin het *concept of law* noemt, het antwoord op de vraag naar de *point of law*. Dworking merkt op dat het min of meer overeenkomt met wat de *rule of law* genoemd wordt.⁴ Het concept recht is voor Dworkin wezenlijk politiek in de zin dat, in tegenstelling tot het rechtspositivisme, het spreken van recht in zijn wezen met politieke beslissingen verbonden wordt en niet gezien wordt als de louter mechanische toepassing van een gecodificeerd recht.

Het bepalen van dit *concept of law* is geen metafysisch punt van Archimedes;⁵ het is deel van een interpretatieve oefening die toestaat om de argumentatie over de natuur van het recht te structureren.

1.2 Recht als interpretatieve praktijk

De constructieve interpretatie van het recht is geen volledig vrije interpretatie. Het object van interpretatie – het recht – beperkt immers het aanbod aan interpretatieve mogelijkheden. Interpretatie gaat voor Dworkin wezenlijk over doel (*purpose*): de vraag naar wat iets betekent, weze het een uitspraak van een persoon, een kunstwerk of een sociale praktijk zoals het recht, zal steeds de vraag zijn naar de intentie, het doel van wat geïnterpreteerd wordt. Intentie is m.a.w. de formele structuur van elke interpretatieve claim.⁶

Het recht zal daarbij steeds in zijn beste licht worden geplaatst. Bij de vraag of een gegeven propositie juridisch van aard is, gaat het erom te weten of die propositie verzoenbaar is met onze lezing van de doelmatigheid van het recht. De imputatie van een positieve doelgerichtheid op het recht bij de interpretatie van het recht, maakt deze interpretatie *'constructief'*.

De Dworkiniaanse constructieve interpretatie is een *interne interpretatie*. Ze kan enkel uitgevoerd worden door iemand die aan het recht deelneemt. Meer nog, de interpretatie van het recht is de wijze waarop het recht zich continu ontwikkelt. Het betreft hier dus niet de externe interpretatie van de sociale wetenschapper die wel de standpunten over het recht van

³ Ibidem, p. 109.

⁴ Ibidem, p. 93.

⁵ Ibidem, p. 62.

⁶ Ibidem, p. 58.

de leden van de gemeenschap bestudeert, maar niet zelf deelneemt aan de interpretatieve zoektocht naar het recht.

Is de interpretatie van het recht dan een volledig subjectief gegeven? Neen. De interpretatie van het recht gebeurt volgens Dworkin in onderscheiden stadia. Dworkin onderscheidt deze stadia, maar voegt er wel aan toe dat bij het spreken van recht deze stadia niet netjes te onderscheiden vallen.

Het eerste stadium is het *pre-interpretatieve stadium*. In dit stadium wordt de vraag gesteld welke proposities überhaupt als juridisch aanzien *kunnen* worden. In dit veld bestaan nogal wat gemeenschappelijk gedeelde opvattingen. Ook al zijn er grensgevallen, er bestaat relatief grote eensgezindheid over welke vormen van tekst juridisch van aard zijn.

Het tweede stadium is het eigenlijke *interpretatieve stadium*, waarin gezocht wordt naar een *rechtvaardiging* van het recht. Ook hier is de deelnemer beperkt door gemeenschappelijke opvattingen. Ten eerste moet de voorgestelde rechtvaardiging ‘passen’ bij de bestaande elementen van de praktijk van het recht om nog te kunnen beschouwd worden als een interpretatie van de bestaande praktijk. Een rechtvaardiging van het mededingingsrecht als instrument ter bescherming van de zwakkere tegen de sterkere, zal niet kunnen verklaren waarom de praktijk van het mededingingsrecht monopolies in stand houdt die vanuit het standpunt van welvaartsmaximalisatie optimaal zijn. Zo’n interpretatie zal dus waarschijnlijk geen stand houden. Ten tweede bestaan er gemeenschappelijke opvattingen over wat de beste rechtvaardiging is. Een interpretatie die erin bestaat het doel van snelheidsregulering te zoeken in overwegingen van schoonheid, zal het domein van de individuele interpretatie niet overstijgen en geen bijdrage leveren aan de collectief-interpretatieve zoektocht van het recht.

Deze gedeelde opvattingen in het pre-interpretatieve domein en het eigenlijke interpretatieve domein zijn niet gesloten in de zin dat zij zich *buiten* het interpretatief veld zouden stellen. Zij kunnen uitgroeien tot paradigma’s in het recht, burchten die nog moeilijk bestormd kunnen worden. Toch kunnen ook paradigma’s kantelen. De eeuwenlange interpretatie van het huwelijk als een instrument van reproductie naar een unie tussen geliefden is daar een voorbeeld van.

Ten derde is er het post-interpretatieve stadium. Dit is de hervormende fase, waarin de interpreteerder zijn visie op wat het recht vereist, aanpast in functie van de rechtvaardiging die hij in de eigenlijke interpretatieve fase naar voren heeft geschoven.

1.3 Rechtsconcepties ('*conceptions of law*')

Het abstracte *concept of law* - het verbod van overheidsdwang tenzij gerechtvaardigd door individuele rechten en plichten die voortvloeien uit eerdere politieke beslissingen - is voor Dworkin het 'plateau' waarop elke discussie over wat recht is, plaatsvindt. Dworkin onderscheidt ruwweg drie soorten rechtstheorie, drie typevisies op wat het recht is, op grond van antwoorden op drie vragen die voortvloeien uit Dworkins typering van het *concept of law*:

- Moet er wel een link zijn tussen recht en dwang?
- Zo ja, welke link?
- Wat betekent 'voortvloeiend uit', oftewel 'consistentie' met vorige politieke beslissingen?

Rechtsconcepties geven een antwoord op de vraag op welke grond (*grounds*) een juridische propositie geacht kan worden juist te zijn. Zij geven m.a.w. antwoord op de vraag op grond waarvan rechters overheidsdwang kunnen gebruiken.⁷

Op basis van de antwoorden op deze vragen onderscheidt Dworkin conventionalisme, pragmatisme, en recht als integriteit als mogelijke *conceptions of law*. Voor Dworkin zijn deze drie rechtsconcepties interpretatief, en niet linguïstisch van aard. Zij bieden geen extra-juridisch criterium om te bepalen wat recht is, maar zijn zelf opgenomen in de interpretatieve praktijk van het recht. Zoals gezegd bestaat er voor Dworkin geen reëel verschil tussen de praktijk van het recht en rechtstheorie. Iedereen die nadenkt over het recht, recht bedrijft, of meer algemeen bewust leeft in een wereld geregeerd door recht, heeft op zijn minst impliciet zijn eigen rechtstheorie (*jurisprudence*), die hij ontwikkelt en bijstelt waar nodig.

⁷ Ibidem, p. 112.

1.3.1 Conventionalisme

Voor de conventionalist is recht de enige grond die aanleiding kan geven tot overheidsdwang, op grond van de vereisten van rechtszekerheid en procedurele gelijkheid. De conventionalist vereist een strikte consistentie tussen de situatie waarin een recht *in concreto* wordt toegekend en de situatie die bij de eerdere politieke beslissing geïmagineerd werd. Elke conventionalistische theorie zal steeds een antwoord moeten vinden op wat de rechter te doen staat in geval een concrete situatie niet duidelijk binnen het toepassingsgebied van de eerder genomen politieke beslissing ligt.

1.3.2 Pragmatisme

In tegenstelling tot de conventionalist ziet de pragmatist niet de noodzaak van het bestaan van een recht om tot dwang te kunnen besluiten. De enige leidraad voor de pragmatische rechter is een collectieve standaard van het gemeenschappelijk goed. Het verleden mag voor de pragmatist geen rem vormen op het nastreven van een collectieve agenda.

2. Recht als integriteit

Dworkin verwerpt *law as conventionalism* en *law as pragmatism* en stelt er *law as integrity* tegenover. Voor Dworkin bestaat de praktijk van het recht in het zoeken naar de meest passende lezing van de zich ontwikkelende rechtspraktijk in het licht van de fundamentele *principles* die het recht, als sociale praktijk van een gemeenschap, schragen.

*According to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness, and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community's legal practice.*⁸

Het recht vindt zijn wortels dus in principes en niet in een mechanische consistentie met eerder genomen beslissingen, die de conventionalistische lezing van het recht kenmerkt. Noch vindt het recht zijn bestaansredenen in de mate waarin het bijdraagt tot de realisatie van een programmatische beleidsagenda, eigen aan een pragmatische lezing van het recht.

⁸ Dworkin, *Law's Empire*, p. 225.

Dworkin legt de nadruk op het onderscheid tussen beleid (*'policy'*) en principes (*'principles'*). *Law as integrity* doet ons geen keuze maken voor welbepaalde beleidsoverwegingen; wel vereist het dat recht gebouwd is op een aantal principes - waarover democratisch debat mogelijk is - die op een consistente wijze hun weerslag vinden in het recht. Deze principes vinden hun oorsprong in de gemeenschap en maken een gemeenschap tot een principiële gemeenschap.

De stappen die Dworkin volgt om aan te tonen dat het recht een oefening in integriteit is, zijn de volgende:

1. Dworkin onderzoekt de eigenschappen die een gemeenschap - om het even welk type gemeenschap - tot een gemeenschap maken. Welk soort verplichtingen moeten de leden van een gemeenschap elkaar verschuldigd zijn opdat een gemeenschap een gemeenschap zou zijn?
2. Dworkin onderzoekt de principes van onze politieke praktijk. Integriteit is de rode draad van onze politieke praktijk. Integriteit streeft een consistente toepassing van de fundamentele principes van *fairness*, *justice* en *procedural due process* na.
3. De principes van onze politieke praktijk impliceren dat de leden van onze politieke gemeenschap elkaar het soort verplichtingen verschuldigd zijn dat van onze politieke gemeenschap een echte gemeenschap maakt in de zin van (1).
4. De legitimiteit van de politieke verplichtingen van de gemeenschap vindt zijn grondslag dus in de natuur van onze politieke gemeenschap, gebouwd op integriteit.
5. De legitimiteit van de politieke verplichting is een noodzakelijke voorwaarde om de legitimiteit van overheidsdwang (*the point of law*) te staven.
6. Integriteit vormt dan ook de sleutel bij de ontwikkeling van het recht. Recht tracht op consistente wijze expressie te geven aan de fundamentele principes van de gemeenschap, zowel in wetgeving als in rechtspraak.

Hieronder worden deze punten verder in detail uitgewerkt.

2.1 Een principiële gemeenschap (*'a principled community'*)

2.1.1 Gemeenschap

2.1.1.1 Associatieve verplichtingen

Binnen een associatieve gemeenschap, zoals Dworkin ze typeert, heersen er onder de leden van de gemeenschap verplichtingen. Deze verplichtingen vinden hun oorsprong niet in een moment van vrije keuze van de leden van de gemeenschap. Ze zijn daarentegen wezenlijk verbonden met het bestaan zelf van de gemeenschap. Voorbeelden van gemeenschappen zijn families, genootschappen of kerkgemeenschappen. De vraag die Dworkin zich stelt is of de onder verscheiden namen gebruikte idee van 'politieke gemeenschap' beantwoordt aan deze typering van een associatieve gemeenschap.

Als eerste stap onderzoekt Dworkin de natuur van associatieve verbintenissen. Zij beantwoorden volgens Dworkin aan vier condities: ze moeten *speciaal* en *persoonlijk* zijn en ze moeten uitdrukking geven aan een *zorg* die elk van de leden *op gelijke wijze* met elk ander lid deelt.

De verplichtingen die gelden tussen de leden van de gemeenschap moeten *speciaal* zijn. Zij gelden enkel bij gratie van het toebehoren aan de gemeenschap.

Deze verplichtingen gelden *persoonlijk*, tussen de leden onderling. Het betreft verplichtingen die de burgers niet in eerste instantie aan een hogere autoriteit verschuldigd zijn, maar direct aan elkaar.

De bron van deze verplichtingen bevindt zich in een authentieke *zorg* die de leden van de gemeenschap voor elkaar betonen. Deze zorg is uiteraard niet oneindig; de zorg die geldt in een politieke gemeenschap zal van een andere aard zijn dan de zorg die geldt binnen een familie. De omvang van de zorg wordt bepaald door de natuur van de verplichtingen die gelden binnen de gemeenschap.

Opdat een gemeenschap echt een gemeenschap zou zijn, moeten de leden van deze gemeenschap de zorg op gelijke, *niet-discriminatoire* wijze aan hun medeleden betuigen. Een kastenmaatschappij is volgens Dworkin dan ook geen echte gemeenschap.⁹

2.1.1.2 *A working personification*

De gemeenschap is volgens Dworkin een diepe personificatie. Deze diepe personificatie veronderstelt echter geen apart metafysisch bestaan. Veeleer is ‘gemeenschap’ een diep geworteld mentaal construct. Daarmee bedoelt Dworkin dat de gemeenschap, net zoals een vennootschap, een autonoom moreel agent is met een eigen morele verantwoordelijkheid, die niet afgeleid kan worden uit de som van individuele verantwoordelijkheden van de deelnemers aan de gemeenschap. Dworkin geeft het voorbeeld van Duitsland dat nog tot op vandaag reparatieverplichtingen nakomt voor landen die in de Tweede Wereldoorlog door Duitsland bezet werden, ook al heeft de huidige generatie Duitsers geen schuld aan de wreedheden van de Tweede Wereldoorlog.¹⁰ Deze reparatieverplichtingen vinden hun oorsprong in een collectieve Duitse verantwoordelijkheid. De notie ‘Duitsland’ is dus reëel en staat voor een reeks collectieve waarden en verplichtingen.

2.1.2 *De principes van de principiële gemeenschap*

2.1.2.1 *Fairness, rechtvaardigheid, procedural due process* en integriteit

In een tweede stap onderzoekt Dworkin de principes waar de gewone politieke praktijk¹¹ van de typische westerse pluralistische democratie voor staat. In hun essentie vat Dworkin deze principes samen onder de noemers ‘*fairness*’, rechtvaardigheid (*‘justice’*), ‘*due process*’ en integriteit. Ze komen tot uitdrukking in de constitutionele rechtsorde van de gemeenschap. In de praktijk van de gemeenschap worden deze principes niet altijd rigoureu geïmplementeerd. Toch vormen deze principes de kritische standaard waaraan het politieke bedrijf van de gemeenschap getoetst wordt.¹²

Fairness zoals Dworkin het definieert betreft het geven van een gelijk gewicht aan elke burger in beslissingsprocedures. *Rechtvaardigheid* betreft de verdeling van de middelen. Een gemeenschap kan kiezen uit verscheidene concepten van rechtvaardigheid, zoals de

⁹ Ibidem, p. 201.

¹⁰ Ibidem, p. 173.

¹¹ Ibidem, p. 164.

¹² Ibidem, p. 168.

utilitaristische of de libertaire conceptie van rechtvaardigheid. *Procedural due process* betreft de juiste procedures die dienen gevolgd te worden bij de beoordeling of een burger de wet overtreden heeft.

Integriteit ten slotte is de vereiste van principiële consistentie. Welke concepten van *fairness*, rechtvaardigheid en *procedural due process* ook gehanteerd worden, zij dienen op een consistente wijze gehanteerd te worden. Integriteit loopt als een rode draad door het politieke verhaal van de typische westerse pluralistische democratie. Consistentie in *law as integrity* is radicaal verschillend van consistentie voor de conventionalist. Voor de conventionalist betekent consistentie mechanische overeenstemming in toepassingsvoorwaarden; *law as integrity* daarentegen vereist een consistente toepassing van de onderliggende principes. Dit staat toe bv. rekening te houden met veranderende omstandigheden. *Law as integrity* vermijdt zo het vaak onrechtvaardige effect van een strikt conventionalisme.

Onze politieke gemeenschap is dus volgens Dworkin een principiële gemeenschap. Als deelnemers erkennen we dat we geregeerd worden door een coherent waardenschema gebouwd op *fairness*, *justice* en *procedural due process*, veeleer dan door een geheel van juridische regels die niet meer zijn dan het toevallig resultaat van politiek getouwtrek.¹³ In een principiële gemeenschap wordt politiek gezien als een debat over hoe de fundamentele principes invulling dienen te krijgen. Wanneer we in bepaalde gevallen vinden dat een politicus, een rechter of een ambtenaar flagrant deze waarden met de voeten treedt, bekritisieren we dat op grond van datzelfde waardenpatroon waarvan we verwachten dat het onze politieke betrekkingen beheerst.

Blijft de vraag of onze principiële gemeenschap aanzien kan worden als wat Dworkin een echte gemeenschap noemt, m.n. een gemeenschap die associatieve verplichtingen genereert. Pas als deze vraag positief beantwoord is, kunnen politieke verplichtingen, kort gezegd de verplichting voor de burger om de wet na te leven, beschouwd worden als associatieve verplichtingen.

¹³ Ibidem, p. 211.

2.1.2.2 Geen *rulebook community*

Voor deze vraag te beantwoorden, is het zinvol deze principiële gemeenschap te onderscheiden van wat Dworkin de *rulebook community* noemt. Deze gemeenschap vindt aansluiting bij een conventionalistische conceptie van het recht. Het is een gemeenschap waarin de burgers het recht respecteren louter omdat en slechts in de mate dat het volgens de geijkte procedures tot stand is gekomen. Burgers respecteren elkaars rechten wanneer die uitdrukkelijk erkend zijn. De verplichting de wet na te leven vindt hier niet zijn oorsprong in een authentieke zorg die de burgers voor elkaar betonen, doch veeleer in een droog formalistisch naleven van de wet.

2.2 De legitimiteit van politieke verplichtingen

Kan onze principiële gemeenschap beschouwd worden als een hechte associatieve gemeenschap die verplichtingen genereert voor haar deelnemers? Om deze vraag te beantwoorden onderzoekt Dworkin de kenmerken van de politieke verplichtingen die gelden in onze principiële gemeenschap.

In onze principiële gemeenschap worden burgers niet geacht de Wet getrouw te zijn *omdat* het de Wet is, maar wel omdat zij aanvaarden dat hun gezamenlijke lot geregeerd wordt door het diepere waardenschema waarop de Wet is gebouwd.¹⁴ Ook al gaan burgers niet akkoord met een bepaalde wet, ze beseffen dat ze de rechten die voor hun medeburgers voortvloeien uit die wet dienen te respecteren op gelijke wijze voor iedereen, m.a.w. op een wijze die we als integer kwalificeren.

In onze principiële gemeenschap zijn politieke verplichtingen volgens Dworkin *speciaal*, in de zin dat ze op een voor die gemeenschap eigen wijze uitdrukking geven aan de principes van *fairness* en rechtvaardigheid. Bovendien zijn deze verplichtingen *persoonlijk*, in de zin dat eenieders rechten door iedereen geacht worden op een gelijke wijze gerespecteerd te moeten worden. Bovendien vinden politieke verplichtingen hun oorsprong in een oprechte zorg om bij elke politieke daad te handelen in overeenstemming met het dieperliggende waardenpatroon waar de gemeenschap voor staat, en niet louter de mechanische zorg om te handelen in overeenstemming met de letter van de wet. Deze zorg is ook gelijk van aard: een

¹⁴ Ibidem, p. 211.

principiële gemeenschap gebouwd op integriteit kleeft een bepaalde conceptie van gelijke zorg aan die eenieder evenveel waard acht.

De politieke verplichtingen van een principiële gemeenschap zijn dus associatief van aard. Dat burgers de Wet moeten naleven kan verklaard worden, niet op basis van een of andere theorie van het sociaal contract die verklaart waarom de overheid het recht heeft om met de nodige dwang haar burgers verplichtingen op te leggen, doch wel op basis van het feit dat deze verplichtingen inherent verbonden zijn aan de gemeenschap zelf. Integriteit en de ermee gepaard gaande belofte dat het recht zich zal ontwikkelen op een principieel consistente manier, is volgens Dworkin de sleutel die toestaat om de legitimiteit van de plicht het recht na te leven te vinden in de sfeer van *broederschap*, in het vruchtbare terrein van een echte politieke gemeenschap.¹⁵

2.3 Van politieke filosofie naar rechtstheorie

Hiermee heeft Dworkin de legitimiteit van een principiële gemeenschap aangetoond, die haar burgers politieke verplichtingen vermag op te leggen. Dit stukje politieke filosofie was nodig om aansluiting te kunnen vinden bij de rechtsfilosofische vraag die Dworkin animeert, m.n. de vraag naar de invulling van het concept recht, de vraag op grond waarvan het recht aanleiding kan geven tot het gebruik van overheidsdwang.

Deze vraag naar de legitimiteit van overheidsdwang sluit dus nauw aan bij de vraag naar de legitimiteit van politieke verplichtingen, maar beide vragen overlappen niet volledig. Het is immers nog niet omdat een politieke verplichting legitiem is, dat overheidsdwang om die verplichting te doen naleven, ook legitiem is. De legitimiteit van de politieke verplichting is dan wel geen voldoende voorwaarde om de legitimiteit van het recht te kunnen aantonen, het is wel een noodzakelijke voorwaarde.¹⁶

Daar Dworkin de legitimiteit van de politieke verplichting situeert in de gemeenschapsdeugd integriteit, moet ook ons recht zelf vaste grond vinden in de funderingen van integriteit. Integriteit vormt voor Dworkin de sleutel tot de best mogelijke constructieve interpretatie van

¹⁵ Ibidem, p. 206.

¹⁶ Ibidem, p. 93.

onze juridische praktijk.¹⁷ Het zou in tegenstrijd zijn met het principe van integriteit zelf dat in een principiële gemeenschap de vraag wanneer het recht aanleiding kan geven tot overheidsdwang zou beantwoord kunnen worden zonder beroep te doen op de gemeenschapsdeugd integriteit.

Een *conventionalistisch* rechtstheoreticus die integriteit als gemeenschapsdeugd aankleeft, doet dat wel. Hij kan dat enkel doen omdat hij de draagwijdte van de vraag wanneer overheidsdwang toegelaten is, minimaliseert. Voor de conventionalist is overheidsdwang immers toelaatbaar op grond van een strikte consistentie met een eerder genomen politieke beslissing die overheidsdwang in dezelfde omstandigheden toestaat. Los van de vraag hoe die eerdere beslissing tot stand is gekomen, blijft de vaststelling dat strikte consistentie in rechtspraak vaak zeer problematisch is. De conventionalistische rechtstheoreticus besteedt dan ook veel intellectuele energie aan het bedenken van theorieën over hoe de rechter moet omgaan met zogenaamde ‘gaten’ in het recht.

Een *pragmatisch* rechtstheoreticus kan nog moeilijker integriteit als gemeenschapsdeugd aankleven zonder dat zijn visie op het recht daarmee in het gedrang komt. Immers, de pragmatist vereist van de rechter geen enkele principiële consistentie. Hij vereist enkel dat de rechter de beste maatschappelijke oplossing nastreeft, volgens een gekozen standaard of conceptie van het goede. Verder is hij niet bekommerd om het heden te verweven in een principiële *narrative* die aansluiting vindt bij het verleden.

Recht als integriteit is met andere woorden de enige rechtsconceptie waarbij recht en politiek niet in spanning met elkaar staan. Voor de conventionalist staan politiek en recht naast elkaar. Voor de pragmatist bestaat recht dan weer niet. Voor de ‘integrist’ zijn recht en politiek daarentegen in hun wezen met elkaar verbonden. De locus van de nexus bevindt zich in de gemeenschapsdeugd integriteit, in de over de jaren ietwat bedampete notie ‘broederlijkheid’.

¹⁷ Ibidem, p. 216.

3. Drie verhaallijnen

Tot zover een ruwe schets van *law as integrity* bij Dworkin. Deze schets zal ik confronteren met het recht zoals het bestaat in België en Europa. Dat recht wordt gekleurd door drie verhaallijnen (*political narratives*); achtereenvolgens de verhaallijn van Vrijheid; de verhaallijn van Bescherming; en ten slotte de verhaallijn van de Markt. Deze drie verhaallijnen komen aan de oppervlakte in geschreven rechtsbronnen en vormen de interpretatieve achtergrond voor het beslechten van geschillen. Het recht veruitwendigt deze drie zich soms kruisende verhaallijnen.

Het juridische discours zoals het vandaag de dag bestaat vertoont een fragmentarisch karakter als gevolg van de aanwezigheid van deze drie verhaallijnen die vaak niet in elkaars lijn liggen. Bepaalde rechtstakken zijn voornamelijk beïnvloed door een bepaalde verhaallijn. Toch zijn er vele conflictzones. Die spanningen in het juridisch discours vormen een speciale bron van aandacht in deze thesis.

3.1 Een aantal methodologische verduidelijkingen

3.1.1 Een indeling van het recht volgens verhaallijnen

Het object van studie hier is het recht. Op zoek wordt gegaan naar de achterliggende politieke verhaallijnen die het recht informeren. De opdeling in types recht naar gelang hun politieke oorsprong is zowel transversaal als in de diepte. Deze opdeling doorkruist de traditionele opdelingen die men terugvindt in het juridisch curriculum van de rechtenstudent, met de gekende dichotomie publiek recht – privaat recht en de verdere opdelingen in de diepte. Deze klassieke opdeling pretendeert ertoe het menselijk leven en het maatschappelijk verkeer op te delen in onderscheiden blokken, zoals de relaties tussen burgers en overheid; het gemene recht betreffende de privérelaties tussen burgers onderling, arbeidsgerelateerde materies, bestraffing voor misdrijven,...

3.1.2 Het statuut van de verhaallijnen

Hier wordt geenszins geclaimd dat de verhaallijnen die het recht doordeseinen, hun exacte weerslag in de realiteit vormen. Deze verhaallijnen zijn het verklarende verhaal achter bepaalde keuzes in het recht. Zij vormen de dieperliggende *ratio legis* van het juridisch discours. Het zijn interpretatieve kaders die toestaan de onderliggende politieke dimensie van

het recht te begrijpen. Het zijn dromen, ideaalbeelden van een ideale of betere samenleving. Zij vormen een legitimerend kader voor de staat van (*de lege lata*) en de evolutie van het recht (*de lege ferenda*). Het zijn die dromen die de potentie en de pretentie hebben de richting van het recht te sturen. Het zijn stuk voor stuk optimistische verhalen. Het opzet hier is niet om de discrepantie na te gaan tussen realiteit en discours. Veeleer is het de bedoeling om de verhaallijnen aanwezig in het recht zelf te verduidelijken.

Deze verhalen zijn geen rechtsconcepties in de zin dat zij een verklarend model zouden aanbieden voor *wat* het recht is. Zij helpen wel begrijpen waarom het recht eruit ziet zoals het eruit ziet. Waar Dworkins analyse zich toespitst op de principes die het recht structureren, gaat het hier over de diepere verhalen die achter bepaalde beleidskeuzes in het recht zitten.

De drie verhaallijnen vinden hun oorsprong in een bepaald tijdsgewricht. Het is niet de bedoeling de precieze oorsprong van elk van deze verhaallijnen na te gaan. Noch is het de bedoeling aan te wijzen wanneer in de tijd de wegen van deze verhaallijnen elkaar kruisten in het juridisch discours. De drie verhaallijnen zullen hier in hun puurheid beschreven worden. Daarmee wordt geenszins geïnsinueerd dat in concrete geschillen of in legislatieve discussies nooit elementen uit een andere verhaallijn zouden worden opgeworpen. De afzonderlijke beschrijving van de verhaallijnen is echter nodig om de precieze contouren van de verhaallijnen af te bakenen.

3.1.3 *Common law* versus *civil law*

Het methodologisch *frame* van deze thesis is Ronald Dworkins *Law's Empire*. Dworkins analyse spitst zich vooral op het recht spreken, meer van belang in *common law*-jurisdicties dan in de continentaal-Europese *civil law*-rechtsstelsels. Toch hoeft zijn analyse niet tot *common law* beperkt te worden. De lezing van recht als integriteit die hij verschaft, beschrijft recht als een zich ontplooiend verhaal doorheen rechtspraak en wetgeving, waarbij integriteit de soevereine wetgever uiteraard meer ruimte laat dan de meer gebonden rechter. Daar deze analyse de focus richt op het Belgisch en het Europees recht, zal hier meer aandacht besteed worden aan wetgevende bronnen dan in *Law's Empire*.

4. De vraag in deze thesis: de vraag naar de legitimiteit van het gefragmenteerde recht

Deze verhaallijnen geven het recht een substantiële legitimiteit, door het recht aansluiting te doen vinden bij een verklarend verhaal. De vraag is of deze substantiële legitimiteitsverhalen wel verzoenbaar zijn met de legitimiteitsanalyse die Dworkin aanbiedt. Brengen sommige van de politieke verhalen waarop het recht gebouwd is, integriteit niet in het gedrang? M.a.w., is de politieke deugd integriteit nog wel de grond op basis waarvan we de stand van het recht kunnen verklaren?

HOOFDSTUK II – RECHT ALS VRIJHEID

1. De constitutionele verhaallijn van de vrije burger

Recht als Vrijheid ent zich op de constitutionele verhaallijn van Vrijheid. Dit is – zeer schematiserend gesteld – het herkenbare verhaal van de burger wiens universele grondrechten grondwettelijk gewaarborgd zijn en die, gelijk aan zijn medeburgers, vrij kan beschikken en contracten sluiten en daarbij enkel gelimiteerd is door de rechten van anderen en door welbepaalde constitutionele overwegingen van algemeen belang, zoals *ordre public*. Deze verhaallijn vormt dé inspiratiebron voor de constitutionele rechtsordes van West-Europa en Amerika.

Deze verhaallijn werpt zich op als een principiële, universele grondwettelijke verhaallijn, die boven het politieke gewoel staat. In die zin is deze verhaallijn geen beleidsmatig verhaal - een verhaal met een beleidsagenda - maar een fundamentele mens- en gemeenschapsvisie, die zich opwerpt als constitutioneel *frame* voor wetgevend en uitvoerend beleid. Langs de ene kant reikt dit verhaal de principes aan die in wetgeving en uitvoerend beleid verder uitgewerkt kunnen worden; langs de andere kant beperken diezelfde principes ook de bewegingsvrijheid van de wetgever en de uitvoerende macht.

Deze verhaallijn had bij de uitbouw van de Europese constitutionele rechtsordes in de nasleep van de Franse Revolutie de ambitie om een interpretatief kader te vormen voor de totaliteit van het recht. Het is dus een verhaallijn die de intentie heeft het hele recht kleur te geven. Tot de opkomst van de verhaallijnen van Bescherming en Markt zal dit het geval zijn.

1.1 Een verhaal van formele, universele principes

De verhaallijn van Vrijheid is gebouwd op een reeks constitutionele universele principes, waarvan de belangrijkste vrijheid, gelijkheid en verantwoordelijkheid zijn.¹⁸ Deze principes zijn *formeel* in de zin dat ze ertoe strekken de burger een zo groot mogelijke vrijheid te geven om een verantwoordelijke invulling te geven aan zijn eigen leven, waarbij hij

¹⁸ De keuze voor de term ‘Recht als Vrijheid’ is dus enigszins reductief.

verantwoordelijk is voor zijn autonoom gestelde daden tegenover elk van zijn medeburgers, op gelijke wijze tegenover elk van hen. Deze principes zijn *universeel* in de zin dat ze het leven van iedereen beheersen, wat de particuliere situatie van deze of gene ook zij.

Foucault merkt op dat er een grote discrepantie bestaat tussen langs de ene kant de universaliteit van het grondwettelijk discours waar deze verhaallijn toe aanleiding geeft en langs de andere kant de particuliere groepsbelangen die dit discours zou beogen.¹⁹ Deze interessante gedachte wordt hier niet verder ontwikkeld.

De uitbouw van de positieve rechtsorde van Recht als Vrijheid gebeurt op basis van deze constitutionele principes, die verder uitgewerkt worden in de onderscheiden rechtstakken. Zo zijn het strafrecht en het recht van de onrechtmatige daad gebouwd op het principe van de resp. strafrechtelijke en burgerrechtelijke toerekenbaarheid van foutieve daden; administratief recht op het principe van rechtsbescherming tegen de overheid en contractenrecht op het principe van de wilsvrijheid. De taak van het recht bestaat er ten gronde in om de vrijheid van de burger te garanderen en af te bakenen.

1.2 Een verhaal met een historische particulariteit: de Natie

De totstandkoming van deze formele constitutionele principes gebeurt niet in het ijle. Ze ontstaan als reactie op een specifieke historische situatie. De welbepaalde invulling die ze krijgen, kan enkel begrepen worden vanuit de bewogen constitutionele ontstaansgeschiedenis van onze pluralistische democratieën. De Franse Revolutie met zijn *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* of de Grondwet van de Vijfde Republiek in Frankrijk, de *Founding Fathers*, de burgeroorlog en de *civil rights movement* in de Verenigde Staten en de Taalstrijd en de Koningskwesie in België: stuk voor stuk zijn dit cruciale episodes in de constitutionele geschiedenis van een Natie. Stuk voor stuk zijn dit brokjes in een verhaalsgeschiedenis die ons – los van de moeilijke vraag van de historisch juiste interpretatie – leren wie ‘we’ zijn als gemeenschap en waar we voor staan.

In het huwelijk tussen de particulariteit van de geschiedenis van een gemeenschap en de universaliteit van de principes die deze gemeenschap omhelst, ontstaat de Natie. Een Natie is een gemeenschap die zich boven zichzelf verheft door zich op te werpen als een

¹⁹ Michel Foucault, *Society must be defended*, Lectures at the Collège de France, Londen, Penguin, 1975-76, p. 37-38.

gepersonifieerde autonome morele agent²⁰ die staat voor een constitutioneel waardenschema; een waardenschema dat m.a.w. de gemeenschap tot Natie constitueert. Daarmee ontdoet de Natie zich niet van haar particulariteit. Integendeel, in de *narrative* van de Natie bevruchten universaliteit en particulariteit elkaar: De universaliteit geeft een diepere zin aan de particuliere gemeenschappelijke geschiedenis; de particulariteit geeft de universaliteit haar stichtende verhalen.

2. Recht als Vrijheid

Dit is de achtergrond waartegen Recht als Vrijheid zich ontwikkelt. Bij het spreken van recht vindt de rechter van Recht als Vrijheid minstens impliciet aansluiting bij een gedeelde *narrative* van de Natie. Die connectie vindt hij door gebruik te maken van de fundamentele principes die de onderscheiden rechtstakken van Recht als Vrijheid schragen. Zo bv. de aansprakelijkheid voor eigen fout in het recht van de onrechtmatige daad, of de contractvrijheid in het contractenrecht. Telkens zijn dit principes die een toepassing zijn van een dieperliggend waardepatroon van de Natie zoals dat verteld wordt in een meanderende constitutionele *narrative*. Recht spreken kan dan gezien worden als het verder breien aan een vruchtbare interpretatieve interactie tussen ‘wie we zijn’ en ‘waar we voor staan’ naar aanleiding van concrete gevallen.

Het is de taak van de rechtspraak om de vrijheid van de burgers te vrijwaren tegen de excessen van de overheid. Vandaar het groot belang van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht.

Het spreken van recht of het schrijven van wetten in het publiek recht gebeurt *de facto* op basis van een methode van afwegen. Een burgerlijk recht wordt afgewogen tegen een te beschermen belang of een ander burgerlijk recht. Zo wordt de vrijheid van meningsuiting in geschillen vaak afgewogen tegen de bescherming van de eerbaarheid van de persoon, of wordt persvrijheid afgewogen tegen het recht op privacy. In de grond komt deze afwegingsmethode neer op het afwegen van verschillende waarden tegen elkaar. Dit zoekend interpreterend afwegen is een continu verder bouwen aan het verhaal van de Natie.

²⁰ Dworkin, *Law's Empire*, p. 172.

3. Recht als Vrijheid en *law as integrity*

Het standpunt dat hier verdedigd wordt, is dat Recht als Vrijheid best begrepen wordt als *law as integrity*, veeleer dan als conventionalisme of pragmatisme. De volledige argumentatie daarvoor zal hier niet herhaald worden. In *Law's Empire* werkt Dworkin uit waarom *heel* onze rechtsorde best begrepen wordt als *law as integrity*. Deze argumentatie gaat alvast op voor Recht als Vrijheid. Cruciaal voor de redenering hier is de aanwezigheid van de notie 'gemeenschap' in Recht als Vrijheid, onder de vorm van de gepersonifieerde notie 'Natie'. Deze gemeenschapsdimensie zal problematisch worden in de andere types recht (Recht als Bescherming en Recht als Markt).

3.1 De particulariteit van de Natie: speciale verplichtingen binnen de gemeenschap

Dworkin besteedt weinig regels aan de vereiste dat in een echte politieke gemeenschap de burgers elkaar *speciale* verplichtingen verschuldigd zijn, die ze anderen niet verschuldigd zijn. Dat is hem in de Angelsaksische context terecht evident. Dat Amerikanen politiek meer bekommerd zijn om elkaar dan om niet-Amerikanen of Britten politiek meer bekommerd zijn om elkaar dan om niet-Britten, lijkt een aannemelijk punt. Natie spreekt voor zich.²¹

Dworkin richt zijn analyse op het vereiste niveau van zorg en verantwoordelijkheid dat moet gelden tussen de leden van de gemeenschap, maar niet op wat de oorsprong is van die speciale zorg en verantwoordelijkheid in een gemeenschap.²² Dat is volgens Dworkin het domein van o.a. de beschrijvende sociologie. Ook hier zal daar niet op ingegaan worden. Wat wel relevant is, is dat een constitutionele *narrative* nooit louter een verhaal is van universele principes, maar ook de particuliere ontstaansgeschiedenis van de Natie in kwestie in zich draagt. Deze ontstaansgeschiedenis betreft de opbouw door de tijd heen van een gezamenlijke lotsverbondenheid.

Daar waar de vereiste van een authentieke niet-discriminatoire zorg, vereist dat een politieke gemeenschap een *community of principle* weze, heeft de eis van specialiteit minder betrekking op het principiële karakter van de gemeenschap, dan wel op het spontane gevoel van lotsverbondenheid dat een gemeenschap kenmerkt. Deze specialiteit komt in Recht als

²¹ Ibidem, p. 208.

²² Ibidem, p. 208.

Vrijheid tot uiting via de particuliere dimensie van de idee Natie. Recht als Vrijheid kan immers niet juist begrepen en consistent geïnterpreteerd en ontwikkeld worden *in splendid isolation* van de particuliere ontstaansgeschiedenis ervan. Zo kunnen de concepties van gelijkheid en bescherming die de Belgische taalwetgeving zin geven enkel begrepen worden in het licht van de Belgische communautaire geschiedenis.

Het recht ontwikkelt zich met ander woorden in een interpretatief spanningsveld tussen particulariteit en universaliteit. *Texas v. Johnson*, het arrest van het Amerikaans Hoogerechtshof over de grondwettelijkheid van het verbranden van de vlag, is in dit licht frappant.²³ Het vormt een treffende illustratie van het spanningsveld tussen de particulariteit en de universaliteit van de Natie ‘Amerika’. Miljoenen Amerikanen voelden zich beledigd door het verbranden van het symbool van de Natie, door een Amerikaans staatsburger nota bene. Het verbranden van de vlag werd aanzien als een regelrechte uithaal naar het gezamenlijk opgebouwde verhaal Amerika. Toch was het maar door beroep te doen op een van de fundamentele principes waar de VS voor staan, de vrijheid van meningsuiting gewaarborgd in het *First Amendment (freedom of speech)*, dat het verbranden van de vlag niet als ongrondwettig kon worden beschouwd. *Texas v. Johnson* is een treffend voorbeeld van hoe de Natie zich bevestigt en ontwikkelt. In een complex interpretatief veld tussen particulier en universeel geeft de Natie haar particuliere ontstaansgeschiedenis zin door met behulp van universele principes zich uit de particulariteit te ontheffen. Dit ligt in de lijn van Habermas, voor wie de deliberatieve aard van onze politieke praktijk beoogt om ‘*universele principes van rechtvaardigheid in de horizon van de specifieke levensvorm van een gegeven gemeenschap te introduceren.*’²⁴

3.2 De Natie als *principled community*

Cruciaal aan de notie ‘Natie’ is dat ze de nexus vormt tussen een bestaande collectiviteit van individuen binnen bepaalde geografische grenzen en een reeks fundamentele principes. De Natie geeft uitdrukking aan het feit dat de gemeenschap geen loutere ‘*bare community*’ is, een collectiviteit van mensen binnen lukrake grenzen, maar wel een ‘*principled community*’. ‘Natie’ wijst erop dat de principes waarvan sprake ‘constitutionele’ principes zijn. Het zijn principes die een gemeenschap constitueren tot Natie.

²³ *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1986).

²⁴ Habermas, ‘Three Normative Models of Democracy’, *Constellations*, vol.1, No. 1, 1994, p.5 (citaat vertaald).

‘Natie’ wijst dus op die gepersonifieerde gemeenschappelijke moreel agent die staat voor een reeks fundamentele gemeenschapsprincipes. De notie ‘algemeen belang,’ veelvuldig gebruikt in Recht als Vrijheid, vormt het corrolarium van de Natie. Zoals gezegd is het algemeen belang, zoals dat strikt constitutioneel gedefinieerd wordt, de politieke grond op grond waarvan burgerlijke vrijheden kunnen worden ingeperkt.

Burgers zijn samen deelachtig aan de Natie. Op grond daarvan kan de plicht tot getrouwheid aan de Wet aanzien worden als een geheel van associatieve verbintenissen die zij aan hun medeburgers verplicht zijn. Niet toevallig bepaalt de Belgische Grondwet dat alle machten *uitgaan* van de Natie.²⁵

3.3 Constructieve interpretatie

Deze schets van de Natie is de basis van de constructieve interpretatie van Recht als Vrijheid. Het vergt een principiële en integere ingesteldheid van de burger, als lid van een gemeenschap die zich bekent tot een consistent verhaal van fundamentele principes. In een geschil of een politiek debat zullen de contouren van de verwachte houding van de burger het voorwerp zijn van constructieve interpretatie. Dat er te goeder trouw verschillende meningen over kunnen bestaan, is eigen aan het interpretatief proces. Het interpretatief proces is een gangmaker van onze democratie, toegankelijk voor iedereen. De principes waarop onze maatschappij gebouwd is en de concrete toepassingen ervan zijn het voorwerp van een niet aflatende constructieve interpretatie. De rechter is uiteraard gehouden tot een verregaande beperking: in een concreet geschil dient hij de wet toe te passen op een manier die deze wet aansluiting doet vinden bij wat de reeds bestaande praktijk van het recht beschouwt als een consistente interpretatie van de basisbeginselen van onze gemeenschap. De beperking van de rechter bij de interpretatie zal vaak groter zijn in *common law*-jurisdicties, waar de rechter gebonden is door de *binding force of precedent*.

²⁵ Artikel 33 Gecoördineerde Belgische Grondwet 1994.

4. De kip of het ei

Dat Dworkin de totaliteit van het recht verklaart door het prisma van *law as integrity*, heeft misschien te maken met de voorbeelden die hij kiest. Stuk voor stuk zijn het voorbeelden die onder de *default*-noemer van Recht als Vrijheid vallen. Het betreft voorbeelden van rechtszaken inzake onrechtmatige daad, wilsbeschikking bij testament, milieuwetgeving en grondwettelijke rechtszaken inzake racisme en positieve discriminatie. Geen van de voorbeelden valt a priori binnen het domein van wat hierna gekarakteriseerd zal worden als Recht als Bescherming of Recht als Markt. In wat volgt zal getracht worden aan te tonen dat in die domeinen van het recht de lezing van het recht door het prisma van integriteit een stuk problematischer is.

5. Tussenstand

Law as integrity vormt de best mogelijke constructieve interpretatie voor Recht als Vrijheid. Zolang Recht als Vrijheid de enige verhaallijn in ons recht was, kon *law as integrity* gelden als een constructieve interpretatie voor de totaliteit van ons recht. In de loop van de twintigste eeuw zullen echter twee nieuwe verhaallijnen opgeld maken die aanleiding geven tot het ontstaan van nieuwe rechtstakken die zich nog moeilijk laten lezen als *law as integrity*.

HOOFDSTUK III – RECHT ALS BESCHERMING

1. Oorsprong

De verhaallijn van bescherming van de arbeidende mens ontstaat als reactie op de onrechtvaardige verdeling van de rijkdom en de mensonwaardige omstandigheden in het nieuwe geïndustrialiseerde Europa. De spanning tussen het verhaal van de vrije burger en de levensomstandigheden van arbeiders werd te groot opdat het vrijheidsverhaal zelf niet in crisis zou geraken. Dit is het verhaal van de werkende mens die van staatswege bescherming nodig heeft tegen de ongelijkheid ingebakken in het kapitalisme, ook wel verwoord als ‘het (economisch) systeem’. Deze verhaallijn beoogt de materiële lotsverbetering van de arbeidende mens.

Het ontstaan van deze nieuwe verhaallijn brengt de uitbouw van een nieuwe rechtstak met zich mee, de sociaaleconomische rechtsorde, met in haar kielzog een hele reeks nieuwe politieke groeperingen. Deze groepsstructuur brengt de notie *‘principled community’* in gedrang en belet dat de sociaaleconomische rechtsorde nog gelezen kan worden door het prisma van recht als integriteit.

2. De sociaaleconomische rechtsorde: Recht als Bescherming

2.1 Een eigen juridisch discours

Het juridisch discours van de sociaaleconomische rechtsorde waartoe de nieuwe verhaallijn aanleiding geeft, bestaat in hoofdzaak uit twee rechtstakken: het arbeidsrecht en het sociale zekerheidsrecht. Beide rechtstakken streven ernaar de arbeider te beschermen tegen de wreedheid en de onzekerheid van het arbeidende bestaan. Het ontluikende Belgische arbeidsrecht bv. stelt zich als doel de werknemer te beschermen, meer bepaald door hem vastheid van betrekking te garanderen en een gewaarborgd inkomen.²⁶

²⁶ Roger Blanpain, *Arbeidsrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 36.

2.2 Een uitzondering op Recht als Vrijheid

Al van het begin presenteert dit verhaal zich als een uitzondering op het vrijheidsverhaal. In het recht kunnen de twee verhalen zonder al te veel grensgeschillen naast elkaar blijven bestaan, omdat het toepassingsgebied van het nieuwe verhaal afgebakend blijft tot een precieze sfeer van de menselijke existentie, met name de sfeer van het arbeiden. De arbeidende sfeer is de sfeer van de gebondenheid: met het tekenen van een arbeidscontract, contractenrechtelijke figuur uit het vrijheidsparadigma, wisselt de arbeider zijn vrijheid in voor een relatie van ondergeschiktheid tussen werkgever en werknemer.²⁷ Het is in die gebonden sfeer dat de arbeider krachtens het nieuwe paradigma bescherming verdient.

Het afbakenen van de vrije sfeer en de gebonden sfeer van de arbeid vormt dan ook een van de cruciale uitdagingen van het nieuw ontstane arbeidsrecht. De overvloedige juridische literatuur over de precieze afbakening van het arbeidsongeval vormt daar een treffend voorbeeld van.²⁸

2.3 Een recht van en voor groepen

De sociaaleconomische rechtsorde deelt de bevolking in in verschillende categorieën op basis van hun relatie tot arbeid, zoals werknemers, werkgevers, zelfstandigen, boeren, werklozen etc. De leden van elk van deze categorieën delen een reeks makkelijk identificeerbare materiële belangen, weze het de werkloosheidsuitkering van de werkloze, de medische verzorging van de zorgbehoevende arbeidsongeschikte of de ondernemingsvriendelijke fiscaliteit van de zelfstandige.

2.3.1 *De voorgeschiedenis van de socio-economische groeperingen*

Een sociaaleconomische opdeling van de samenleving is van alle tijden. De Romeinse samenleving had patriciërs en plebejers en de middeleeuwse samenleving standen en gilden.²⁹ Waar de Franse Revolutie probeerde komaf te maken met deze indeling van de maatschappij, gaan nieuwe vormen van sociaaleconomische opdelingen snel opgang maken, die uiteindelijk juridische erkenning zullen krijgen. Hieronder wordt deze evolutie kort gedeut.

²⁷ Ibidem, p. 15.

²⁸ Blanpain, *Arbeidsrecht in hoofdlijnen*, p. 209.

²⁹ Karl Marx en Friedrich Engels, *Het communistisch manifest*, Amsterdam, Pegasus, 1979 (17de druk), p. 40-42.

Het belang van deze sociaaleconomische typering neemt een kwalitatieve sprong voorwaarts met het ontstaan van de sociaaleconomische rechtsorde. Ten eerste werkt deze rechtsorde de sociaaleconomische opdeling van de bevolking verder in de diepte uit, in steeds nauwkeuriger afgelijnde categorieën. Ten tweede verbindt het aan deze categorieën verder gaande juridische relevantie. Lidmaatschap tot deze of gene sociaaleconomische categorie genereert rechten en plichten.

2.3.1.1 Sieyès

In de ontwikkeling van de idee van de natie speelt Sieyès een belangrijke rol. In Sieyès' conceptie van natie spelen ook substantiële en economische criteria een belangrijke rol. Voor Sieyès is niet zozeer Frankrijk *an sich* een natie, maar wel de Derde Stand. De reden daarvoor is niet dat de leden van de Derde Stand krachtens hun geboorte tot een zelfde groep behoren, maar wel dat ze beantwoorden aan een aantal inhoudelijke economische criteria, zoals het vervullen van economische sleutelposities binnen de maatschappij in de handel, landbouw, industrie en magistratuur.³⁰ Sieyès pleitte er dan ook voor dat de Derde Stand zich zou verzelfstandigen in een aparte Assemblee.

2.3.1.2 Marx

In de evolutie van de notie 'natie' speelt deze economische definiëring een belangrijke rol. Zij vormt de voorloper van de hertekening van het politieke landschap, niet langer verdeeld in drie standen op basis van afkomst, maar op basis van een sociaaleconomische typering. Deze hertekening van het landschap in een binair politiek landschap kent zijn hoogtepunt in de marxistische theorie, met zijn klassenstrijd tussen bezitlozen en de bourgeoisie.³¹ Niet langer de adel vormt een apart politiek subject, maar wel enerzijds de bezitters en anderzijds de bezitlozen. Het criterium van materiële welvaart is daarmee het wezenlijke kenmerk geworden in de typologie van politieke subjecten.

³⁰ 'Emmanuel-Joseph Sieyès, 'Qu'est-ce que le Tiers Etat?' in Emmanuel-Joseph Sieyès, *Ecrits politiques*, Roberto Zapperi (ed), Brussel, Editions des Archives Contemporaines, p. 115-188. Zie ook: Foucault, *Society must be defended*, p. 217-222.

³¹ Marx en Engels, *Het communistisch manifest*.

2.3.1.3 Arendt

Deze hertekening van het politieke landschap volgens economische krachtlijnen is de exponent van wat Hannah Arendt duidt als de primauteit van het sociale, die in de Arendtiaanse analyse het publieke verdringt. In haar analyse over de opkomst van de maatschappij krijgt dat deel van de menselijke conditie dat in het klassiek-Griekse denken als wezenlijk privaat werd beschouwd, publiek-politieke relevantie.³²

2.3.2 De verdere uitbouw van de sociaaleconomische rechtsorde

Met de uitbouw van de sociaalstaat wordt de typologie van politieke subjecten verder uitgebouwd. Nieuwe categorieën zien het licht: werkhebbenden versus werklozen of werkzoekenden, zelfstandigen versus werknemers, bedienden versus arbeiders, steuntrekkenden versus bijdragers, ambtenaren versus bedienden, etc. Eigen aan deze nieuwe typologieën is de recurrente binaire structuur. De sociaaleconomische breuklijn wordt in de West-Europese politiek een van de belangrijkste, zoniet de primaire breuklijn in het politiek denken.

De indeling van de maatschappij in een uitdijend aantal socio-economische categorieën die sociaaleconomische bescherming behoeven, leidt tot een hoogst technisch recht en tot een groot overheidsapparaat. Zo was het jonge Belgische arbeidsrecht bij het begin van de 20^{ste} eeuw enkel van toepassing op werklieden, maar werd het toepassingsgebied ervan continu uitgebreid tot andere arbeidsrelaties.³³ Toch blijft dit recht afgescheiden van Recht als Vrijheid; de nieuwe categorieën die gecreëerd worden, zijn immers precies afgebakend, daar het duidelijk moet zijn op wie de specifieke beschermingsmaatregelen van toepassing zijn. Met andere woorden, de uitbouw van de socio-economische rechtsorde gebeurt niet *extensief*, door nieuwe domeinen van de menselijke existentie aan te snijden, maar *intensief*, door de arbeidende conditie steeds meer in detail en in een betere opdeling te reguleren. De grenzen van de arbeidende existentie worden niet overschreden. Werkloosheid vormt daarbij integraal deel van de arbeidende menselijke conditie, die in dit geval niet ingevuld is, maar wel geacht wordt ingevuld te zijn.

³² Hannah Arendt, *Vita Activa*, Amsterdam, Boom, 1994, derde druk, p. 45 e.v.

³³ Blanpain, *Arbeidsrecht in hoofdlijnen*, p. 37.

2.4 Eigenschappen van de sociaaleconomische rechtsorde

Meer dan in het *default*-Recht als Vrijheid, neemt de wetgever in de sociaaleconomische rechtsorde een proactieve rol op zich. Dit heeft te maken met het verschil in verhaallijn. Recht als Vrijheid is gebouwd op een ideaalbeeld van de maatschappij *zoals ze is*; de sociaaleconomische rechtsorde gaat uit van de imperfectie van de maatschappij en doet beroep op een *te realiseren* ideaalbeeld: een wereld met een optimale bescherming van de arbeidende mens. Om dat te realiseren, moet de wetgever proactief ingrijpen. Zodoende snijdt hij een juridisch uitzonderingsveld uit op Recht als Vrijheid.

Het wantrouwen van de sociaaleconomische wetgeving voor de vrijheid van de burger manifesteert zich in het dwingend en uitermate formalistisch karakter van het arbeidsrecht, zoals bijvoorbeeld in geval van beëindiging van de arbeidsovereenkomst wegens dringende redenen of de nietigverklaring van clausules die getuigen van een grote economische ongelijkheid tussen partijen.³⁴ Dit wetgevend wantrouwen over de manier waarop contractspartijen hun autonomie in het domein van arbeidsrelaties zouden invullen, heeft als doel ervoor te zorgen dat de bescherming van de zwakke contractspartij niet uitgehold wordt.

3. Het politiek debat over de arbeidende existentie: ten prooi aan fragmentatie

Het juridisch discours van de socio-economische rechtsorde genereert de basistermen voor het politieke debat waaraan niet te ontsnappen valt. Immers, om sociale regulering te kunnen veranderen, moet het bestaande vocabularium van de steeds meer in detail uitgebouwde socio-economische rechtsorde gehanteerd worden. Het juridisch discours zoals het ontstaan is, bemoeilijkt met andere woorden de inname van een metastandpunt dat de onderscheidene belangen kan overstijgen. Het juridische discours als een gefragmenteerd groupdiscours reduceert het politiek argument tot een kiezen van partij voor een bepaalde beroepsgroep of voor een compromis tussen groepsbelangen.

De politieke argumentatie over de regulering van de arbeidende existentie wordt daarmee vaak vernauwd tot het beantwoorden van een precieze vraag naar materiële verbetering voor een bepaalde beroepscategorie. De politieke discussie centreert zich rond een grote variëteit

³⁴ Blanpain, *Arbeidsrecht in hoofdlijnen*, p. 79.

van particuliere assen, waarop het politiek debat de cursor tracht te plaatsen. Hoe beschermend moet het ontslagrecht zijn voor de werknemer? Hoe verloopt de eerste pijlerpensioenopbouw voor de zelfstandige? Dit heeft het voordeel om de politieke discussie te beperken tot meetbare criteria. Tegelijk heeft de kracht van het discours tot gevolg dat elementen die zich niet laten vatten in de categorisering van de socio-economische rechtsorde aan het politieke debat ontsnappen. De leefwereld van de arbeidende mens *as such* wordt daardoor politiek moeilijker bruikbaar.

Het wordt des te moeilijker om te ontsnappen aan deze axiale structuur van het sociaaleconomisch politiek debat omdat de representatieve organisaties van de socio-economische categorieën, die zelf een bepaalde axiale positie innemen, het politiek debat mee beslechten via het systeem van sociaal overleg. Politieke discussie over sociale materies gebeurt dan ook veeleer volgens het model van onderhandelingen dan als een politiek debat gericht op het algemeen belang.

4. Integriteit onder druk

Het feit dat in de sfeer van het sociaaleconomische de primair politieke gemeenschap niet meer de gemeenschap van Recht als Vrijheid is, maar veeleer een versplinterd landschap van sociaaleconomische groeperingen, ondergraaft de legitimiteit van de sociaaleconomische rechtsorde. De indeling van de bevolking in sociaaleconomische categorieën brengt de Dworkiniaanse principiële gemeenschap, de Natie, in het gedrang.

4.1 Zorg geldt binnen de groep

4.1.1 De gepersonifieerde gemeenschap geproblematiseerd: gepersonifieerde sociaaleconomische groeperingen?

Nagaan of de vele sociaaleconomische groeperingen voldoen aan Dworkins kwalificatie van de notie ‘gemeenschap’, zou het bestek van deze thesis overstijgen. Toch is het aanneembaar te stellen dat deze verregaande indeling van de maatschappij op grond van de arbeidende existentie tot gevolg heeft gehad dat een niet-discriminatoire politieke zorg voor andere leden van de gemeenschap problematisch geworden is. De zorg waar Dworkin het over heeft, lijkt in eerste instantie binnen een sociaaleconomische groep te gelden. Het binaire karakter van beslissingen in de sociaaleconomische rechtsorde versterkt dit gegeven: de groep aan de

overkant van de tafel deelt de zorg van de andere groep meestal niet. De uitbouw van de sociaaleconomische rechtsorde en de besluitvormingsprocedures die ermee gepaard gaan, hebben een nieuwe categorie van politieke subjecten daar gesteld, die zich niet primair betrokken zien op alle andere medeburgers, maar zich veeleer zien als vertegenwoordiger van een eigen klasse met een offensieve agenda voor die eigen klasse.³⁵ De constituerende van die nieuwe reeks subjecten heeft met andere woorden de universele zorg voor de andere, die de *principled community* van Dworkin veronderstelt, problematisch gemaakt. De sociaaleconomische rechtsorde is gebouwd op basis van een proces van afwegen van verschillende concepties van *relatieve* rechtvaardigheid, waarbij rechtvaardigheid begrepen wordt als rechtvaardigheid *voor een bepaalde groep*. De gezamenlijke interpretatieve zoektocht naar welke notie van rechtvaardigheid de gemeenschap constitueert en hoe die notie het recht vorm kan geven, lijkt opgegeven. *'Integrity holds within political communities, not among them,'*³⁶ stelt Dworkin. In sociaaleconomische discussies lijkt de Dworkiniaanse politieke gemeenschap aan belang te hebben ingeboet.

4.1.2 *De crisis van de gemeenschap in de werking van de sociaaleconomische rechtsorde*

In de totstandkoming van het recht van de sociaaleconomische rechtsorde via sociaal overleg en in de afdwinging van het recht via de methode van paritaire rechtspraak, blijkt dat het beeld van de ene gepersonifieerde gemeenschap niet meer aanwezig is.

Een van de argumenten die Dworkin aanreikt om aan te tonen dat een gemeenschap een diepe graad van personificatie bezit, is zijn stelling dat gezagsdragers specifieke verantwoordelijkheden bezitten, die niet afgeleid kunnen worden uit een individueel model van morele verantwoordelijkheid in de niet-politieke sfeer, maar enkel afgeleid kunnen worden uit een waardenpatroon verbonden met de gemeenschap.³⁷ Zo kan een rechter in zijn privéleven niet geacht worden onpartijdig te kiezen tussen het welzijn van zijn vrouw en dat van een wildvreemde. Echter, in zijn professionele bezigheden, dient hij het principe van onpartijdigheid rigoureus te respecteren. Deze verplichting is een verplichting die de rechter, als orgaan van de gemeenschap, aan de gemeenschap verplicht is. Deze verplichting kan dus

³⁵ Het zou interessant zijn na te gaan of de creatie van deze categorieën beschouwd kan worden als een vorm van wat Foucault 'subjectivatie' noemt: Foucault, *Society must be defended*, p. 45-46.

³⁶ Dworkin, *Law's Empire*, p. 185.

³⁷ Ibidem, p. 173-175.

niet afgeleid worden uit een morele verplichting die op het prepolitieke niveau bestaat, doch bestaat enkel bij de gratie van het bestaan van een gepersonifieerde politieke entiteit.

De sociaaleconomische rechtsorde heeft als eigenschap dat een groot deel van het overheidsgezag uitbesteed is aan vertegenwoordigers van de sociaaleconomische groeperingen. Het Belgisch socio-economisch bestuursmodel is op dit vlak treffend. Zo worden de belangrijke beslissingen inzake loonvorming in eerste instantie beslist in sociaal overleg tussen werkgevers en werknemers. Het is geen toeval dat de achteruitgang van de macht van het parlement historisch gezien samenvalt met het ontstaan van de sociaaleconomische rechtsorde. Voor een deel heeft dit wellicht van doen met de logge parlementaire procedure die de complexiteit van de sociaaleconomische regelgeving niet meer aankan. Toch is er meer aan de hand: het parlement als instrument voor een gezamenlijke zoektocht naar de juiste conceptie van principes zoals rechtvaardigheid, toegepast in concreet beleid, wordt in de sociaaleconomische rechtsorde niet meer aanzien als het meest geschikte besluitvormingsorgaan. De sociaaleconomische rechtsorde bewijst enkel nog lippendienst aan het parlement door het sociaaleconomische compromissen bereikt tussen de sociale partners te laten bekrachtigen. In wezen is het parlement als besluitvormingsorgaan van Recht als Vrijheid vervangen door een beter bij de aard van Recht als Bescherming passend binair compromismodel.

Gelijktijdig met de teloorgang van het parlement situeert zich de versterking van wat men nu de traditionele politieke partijen noemt.³⁸ In de verzuilde naoorlogse hoogdagen van Recht als Bescherming vulde de participatie de leemte in die de onmacht van het parlement gelaten had. Politieke partijen zagen zich als het verlengstuk van professionele groepsbelangen. Zelfs partijen die zich in het centrum situeerden, waren in hun wezen verdeeld in tegenstrijdige groepsbelangen.

Naast het nemen van sociaaleconomisch beleidsbeslissingen is ook de hele administratieve afhandeling van de sociale zekerheid uitbesteed aan de vertegenwoordigers van de werknemersorganisaties. Bovendien zijn sociaaleconomische adviesorganen, zoals de Centrale Raad voor het Bedrijfsleven, paritair samengesteld. Ten slotte, en niet het minst belangrijk, zetelen in de Belgische Arbeidsrechtbanken en Arbeidshoven telkens minstens één

³⁸ In België het socialisme, de christendemocratie en het liberalisme. Voor een beschrijving van deze ideologieën zoals ze in België bestaan, zie: Luc Sanders en Carl Devos (eds.), *Politieke ideologieën*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2008.

vertegenwoordiger van zowel de werkgevers- als de werknemersorganisaties.³⁹ De Arbeidsrechtbanken en de Arbeidshoven zijn bevoegd voor elke betwisting inzake arbeidsrecht en sociale zekerheidsrecht. De verregaande pariteit in beslissingsorganen, adviesorganen en judiciële organen laat duidelijk blijken dat de vertegenwoordigende gezagsdragers in hun beroepsactiviteiten ten dienste van de gemeenschap vooral geaffilieerd zijn met een bepaalde sociaaleconomische groep, veeleer dan met de gemeenschap. Deze pariteit is indicatief voor het wantrouwen van Recht als Bescherming voor de traditionele rechter, die zijn taak zou zien als een oefening in integriteit. Het resultaat van recht spreken gebaseerd op integriteit zou immers niet noodzakelijk stroken met de compromismethode van de sociaaleconomische rechtsorde.⁴⁰ Deze pariteit toont ook aan dat besluitvorming, advies en rechtspraak in de sociaaleconomische rechtsorde gezien moet worden als een getouwtrek, een *bargaining* tussen tegengestelde belangen.⁴¹ Het sociaaleconomisch recht is daarmee in zijn wezen gedepolitiseerd: het betreft niet de gemeenschappelijkheid van de *polis*, maar vormt een weerspiegeling van socio-economische krachtverhoudingen.

4.1.3 Een sociaaleconomische consensus?

Er zou kunnen worden opgeworpen dat het Europa en de Verenigde Staten van na de Tweede Wereldoorlog gekenmerkt worden door een sociaaleconomische consensus. Toch bewijst deze situatie, waarbij een sociaaleconomische vrede afgekocht werd door een ruime sociale bescherming op basis van paritair overleg, vooral dat een principiële gemeenschap problematisch is wanneer het *ratione materiae* sociaaleconomische aangelegenheden betreft.

4.2 Gemeenschap versus subgemeenschappen

Men kan natuurlijk opwerpen dat het bestaan van sociaaleconomische subgemeenschappen niet uitsluit dat er ook nog een Dworkiniaanse gemeenschap *at large* bestaat. Naast sociaaleconomische gemeenschappen bestaan er immers nog andere subgemeenschappen, zoals de collectiviteit van inwoners van een zelfde stad of een geloofsgemeenschap. Dworkin

³⁹ Artikels 81 en 104 Gerechtelijk Wetboek.

⁴⁰ Een ander reden van wantrouwen is dat ook de traditionele rechter – veelal politiek benoemd – in het kamp zou zitten van een bepaalde beroepsgroep.

⁴¹ Volgens Habermas is dit type van politieke besluitvorming eigen aan een liberale conceptie van democratie: Habermas, 'three normative models of democracy', *Constellations*, vol.1, No. 1, 1994. Hier wordt aangevoerd dat deze methode van besluitvorming wel als normaal beschouwd kan worden in de sociaaleconomische rechtsorde, maar niet zozeer in het klassieke Recht als Vrijheid.

onderkent dat de aard en de graad van zorg die een individu geacht wordt te voelen voor zijn geloofsgenoten of de mede-inwoners van zijn gemeente anders is dan voor zijn landgenoten. De zorg, aldus Dworkin, moet betrekking hebben op die domeinen die het object zijn van associatieve verplichtingen die gelden in de gemeenschap waarvan sprake. Wat die verplichtingen en de eruit volgende zorg precies inhouden, staat niet noodzakelijk duidelijk vast, maar vormt het voorwerp van interpretatief debat.⁴²

Zo zal in een Dworkiniaanse gemeenschap een Bruggeling het niet meer dan *fair* vinden dat hij even streng bestraft wordt als een Antwerpenaar voor een snelheidsovertreding, of dat hij onderhevig is aan dezelfde bijdrageverplichtingen voor de sociale zekerheid, in de mate dat hun persoonlijk situatie vergelijkbaar is, daar dit type geldende normen en verplichtingen geacht worden te gelden op het niveau van de grotere nationale (of regionale?) collectiviteit.

Het punt dat hier gemaakt wordt, is dat die niet-discriminatoire zorg problematisch is geworden in het domein van het sociaaleconomische. Ook al gelden de *rechten en verplichtingen* uit de sociaaleconomische rechtsorde *ratione loci* over heel het land, toch schijnt de *locus van de zorg* in Recht als Bescherming zich vaak te beperken tot de groep waarvan men lid is. Zo lijkt het dat binnen een bepaalde beroepsgroep meer bezorgdheid bestaat over de pensioensopbouw van de leden van de eigen groep, dan over de pensioensopbouw van leden van een andere sociaaleconomische categorie. Elke beroepsgroep lijkt het fiat te hebben het hardst te rijden voor zijn eigen rekening. Het is juist dat voor elke afwijkende maatregel ten voordele van deze of gene beroepsgroep argumenten voorhanden zijn om die afwijking principieel te rechtvaardigen. Het is ook juist dat de hoge graad van diversiteit en complexiteit van de arbeidsmarkt en de sociaaleconomische rechtsorde onderlinge vergelijking problematisch heeft gemaakt. Nagaan of er wel degelijk een gemeenschappelijke principiële onderbouw is die de onderscheiden beleidskeuzes rechtvaardigt, is heel moeilijk geworden. Dit versterkt echter het gemaakte punt: deze complexiteit maakt het, in sociaaleconomische materies, zeer moeilijk om dezelfde indiscriminatoire graad van zorg te betonen voor die sociaaleconomische groeperingen waar men weinig affiniteit mee heeft. De complexe bureaucratie en het moeilijk verstaan van de regel vormen een rem op een authentieke bezorgdheid voor het materieel welzijn van andere beroepscategorieën.

⁴² Dworkin, *Law's Empire*, p. 201.

4.3 Principiële inconsistenties

Het gebrek aan zorg die de beroepscategorie overschrijdt, leidt tot een gebrek aan principevastheid in de sociaaleconomische rechtsorde. De verschillende bijdrageverplichtingen voor verschillende beroepscategorieën waar gelijke uitbetalingen in de sociale zekerheid tegenover staan, vormt een voorbeeld. Ook het verschillend sociaal statuut tussen werknemers en zelfstandigen wordt veelal als een principiële inconsistentie ervaren.⁴³ De wording van de sociaaleconomische rechtsorde voltrok zich op ad hoc-basis, bepaald door de politieke haalbaarheid van het moment en het politieke gewicht van de onderhandelende beroepscategorieën, zonder veel oog voor de principiële consistentie in de uitdijende sociaaleconomische rechtsorde. Het is dan ook problematisch geworden om Recht als Bescherming louter te kunnen begrijpen vanuit het prisma van *law as integrity*.

5. Tussenstand

De sociaaleconomische rechtsorde heeft zichzelf geproblematiseerd door het verdiepen en het juridiseren van bestaande sociaaleconomische opdelingen. De sociaaleconomische rechtsorde mist legitimiteit doordat zij op vele punten niet het resultaat is van beleidskeuzes die de gedeelde concepties van *fairness* en rechtvaardigheid van de gemeenschap op consistente wijze reflecteren, maar veeleer het resultaat is van getouwtrek tussen sociaaleconomische gemeenschappen.

De totale rechtsorde van Recht als Vrijheid en Recht als Bescherming ligt er ietwat verbrokkeld bij. Dworkin definieert 'wetgevende integriteit' als '*the principle which asks lawmakers to try to make the total set of law morally coherent*'. De coherentie is niet alleen zoek binnen de sociaaleconomische rechtsorde, maar is tengevolge daarvan ook zoek in de onderlinge verhouding tussen de *default*-rechtsorde van Recht als Vrijheid en de sociaaleconomische rechtsorde.

De concepties van *fairness*, rechtvaardigheid en integriteit waar een gemeenschap voor staat, zijn deels uitgehold doordat zij niet primordiaal de verzelfstandigde sociaaleconomische

⁴³ Jef Van Langendonck en Johan Put, *Handboek Sociale Zekerheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002, p 107-108.

rechtsorde vorm geven. Toch blijven zij een kritisch kader vormen van waaruit het particularisme van de sociaaleconomische rechtsorde bekritiseerd wordt.

Niettemin zal het meest effectieve kritische referentiekader pas de kop op steken met het opduiken van een nieuwe verhaallijn die een nieuw type recht met zich meebrengt: Recht als Markt. De Markt zal een *sui generis*-vorm van universaliteit belichamen, van waaruit de particulariteit van de sociaaleconomische rechtsorde onder vuur wordt genomen.

HOOFDSTUK IV – RECHT ALS MARKT

In dit hoofdstuk zal eerst de verhaallijn van de Markt verduidelijkt worden. Daarna zijn de eigenschappen van Recht als Markt aan de orde, de rechtsorde waar deze verhaallijn toe aanleiding geeft. Vervolgens wordt de vraag naar de spanning tussen Recht als Markt en integriteit gesteld. Ten slotte wordt aandacht besteed aan het Europees recht, als prominente exponent van Recht als Markt.

1. De politieke verhaallijn van de markt

De derde verhaallijn die met hernieuwde kracht de kop op steekt in ruwweg de jaren '80 van de vorige eeuw, is de verhaallijn van de Markt. Deze verhaallijn manifesteert zich als een pragmatisch, functionalistisch discours waarbij het bereiken van een politiek doeleinde - de perfecte markt - een belangrijker prisma wordt om steeds grotere delen van het recht te begrijpen dan schragende principes zoals rechtvaardigheid en *fairness* en principiële consistentie.

Deze verhaallijn introduceert zich in ons juridisch denken op een moment dat een verstaan van onze rechtsorde door het prisma van integriteit onder druk staat ten gevolge van de vele principiële inconsistenties die in de sociaaleconomische rechtsorde zijn binnengeslopen. De voedingsbodem voor het nieuwe verhaal is daardoor des te vruchtbaarder. De nieuwe verhaallijn zet de aanval in op de particulariteit van de sociaaleconomische rechtsorde en de ongelooftwaardigheid van een principiële lezing van ons recht.

1.1 De ontstaansgeschiedenis

1.1.1 De politieke economie

1.1.1.1 Het begin van de politieke economie

Met het ontstaan van de politieke economie in de moderne tijd wordt het politiek discours steeds meer gekenmerkt door een wetenschappelijke opsplitsing tussen het te bereiken politiek doel en het middel om dat doel te bereiken. Doel-middel-rationaliteit verovert een

prominente plaats in het politiek argument.⁴⁴ Het doel is voorwerp van politiek-morele arbitrage, het middel niet. De discussie over het middel wordt een efficiëntiediscours. De politieke economie toetst de haalbaarheid van voorgestelde beleidsmaatregelen door voorspellingen te doen over het menselijk gedrag. Zij schrijft voor met behulp van welk soort maatregelen menselijk gedrag in deze of gene richting kan worden gestuurd.

1.1.1.2 Maatschappelijke transformatie en vooruitgangsgeloof

Eigen aan de politieke economie is de continue expansie ervan. Het opgeven door de politiek van de te kiezen middelen geeft politieke economen het hoogste gezag om de middelen voor te stellen om een gekozen politiek doel te behalen. De enige beperking die daarbij bestaat zijn andere, reeds gekozen politieke doeleinden. Verder is elke beleidsmaatregel die bijdraagt tot het realiseren van het gekozen politiek doel in kwestie toelaatbaar. De hele maatschappelijke existentie wordt het voorwerp van het screenend oog van de politieke economie. De hele maatschappij wordt opgenomen in het selectieproces van de economische wetenschap. Dit perfectionisme van de politieke economie leidt tot een radicaal transformatieproces van de maatschappij.

1.1.1.3 De politieke economie en de nieuwe wetenschappen

Het ontstaan van de politieke economie valt niet los te denken van de gelijktijdige expansie van de natuurwetenschappen en sociale wetenschappen van de 19^{de} eeuw. Die nieuwe wetenschappen waren de middelen waarmee het radicale economisch-maatschappelijke transformatieproces mogelijk werd. Opdat de nieuwe wetenschappen deze rol konden spelen, waren de uitbesteding van de middelen door de politiek aan de economie en de nieuwe conceptie van politiek als hefboom voor verandering van cruciaal belang. De nieuwe wetenschappen deden een ongekende waaier aan nieuwe mogelijkheden voor maatschappelijke verandering ontstaan. Die nieuwe wetenschappelijke middelen drongen zich in hun grote complexiteit op aan de politiek. De politieke economie ging zo de brugfunctie spelen tussen politiek en wetenschap. Zij stelt op de meest efficiënte manier de wetenschappen ten dienste van de politiek.

⁴⁴ Zie Webers onderscheid tussen doelrationeel en waarderationeel handdelen: Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Grundriss der Sozialökonomik, Tübingen, Mohr Siebeck, 1922.

1.1.1.4 Verwetenschappelijking van het politieke discours

Het ontstaan van de politieke economie presenteert zich als een verwetenschappelijking en een objectivering van het politieke discours. Het logisch gevolg van deze evolutie is dat argumentatiepatronen die niet passen binnen het argumentatiekader van de politieke economie buiten het licht van de wetenschap vallen en daardoor aan overtuigingskracht inboeten. De argumentatie van de politieke economie laat zich reduceren tot wat berekenbaar en voorspelbaar is. Wat daarbuiten valt – waarden zoals rechtvaardigheid of het behoud van een bepaalde levensstijl – vallen buiten het domein van de politieke economie. Deze waarden hebben nog wel hun plaats in een discussie over de politiek na te streven doeleinden. Dat is het domein van de moreel-politieke preferenties, die voortdurend op hun haalbaarheid bevraagd worden door de politieke economie.

1.1.1.5 Nieuwe domeinen van politieke interventie

Juist doordat de politiek zich terugtrekt uit de discussie over de middelen, krijgt de politiek via de politieke economie controle over nieuwe domeinen van de menselijke existentie. Zo gaat de politiek zich interesseren in tot dan toe onontgonnen terreinen zoals het menselijke consumptie- en productiegedrag.⁴⁵ De politieke economie krijgt het fiat om menselijke gedragingen te stroomlijnen in functie van gekozen politieke doeleinden.

1.1.2 *De macro-economie*

Waar de politieke economie zich nog als methode ten dienste stelt van de politiek, zal deze relatie tussen economie en politiek een fundamentele wijziging ondergaan bij het ontstaan en het intellectueel aan terrein winnen van de macro-economie, waarvan de opgang ruwweg gesitueerd kan worden bij de publicatie in 1936 van John Maynard Keynes' *General Theory of Employment, Interest and Money*.⁴⁶

De macro-economie legt zich toe op de studie van het efficiënt beheer van de staatshuishouding, of *de economie*. Waar de traditionele micro-economie nog menselijke relaties bestudeerde die als economisch geduid konden worden, gaat de macro-economie dit menswetenschappelijke perspectief te boven door *de economie*, als gesubstantiveerd begrip, te

⁴⁵ Arendt, *Vita Activa*, 73-78.

⁴⁶ John Maynard Keynes, *General Theory of Employment, Interest and Money*, Londen, Macmillan, 1967.

bestuderen. De macro-economie presenteert zich dus niet louter als methode om op de meest efficiënte wijze een gegeven politiek doel te bereiken. De macro-economie, of het goed beheer van de economie, wordt een politiek doel van de eerste orde, waaraan andere politieke doeleinden zich moeten conformeren, of op zijn minst niet tegenstrijdig mee mogen zijn. Met andere woorden, met het ontstaan van de macro-economie verzelfstandigt de studie van de *methode* zich tot een politiek doel van de eerste orde.

1.2 Kenmerken van de verhaallijn van de markt

1.2.1 De consument

In tegenstelling tot de twee andere verhaallijnen is de mens minder centraal aanwezig in het verhaal van de Markt. Als er al een personage in dit verhaal voorkomt, is het wel de consument. Deze bekleedt echter niet de centrale plaats die de vrije burger en de arbeidende mens in de twee andere verhaallijnen bekleden. De consument is immers niet de ultieme bestaansreden van het marktverhaal. Die plaats is weggelegd voor het efficiënt functioneren van de markt zelf.

1.2.2 Een universele verhaallijn

In tegenstelling tot de tweede verhaallijn van de arbeidende mens, en net zoals de eerste verhaallijn van de vrije burger, is deze verhaallijn universeel. Het is een verhaallijn die haar eigen werkterrein niet afbakent. Elk politiek argument laat zich potentieel subsumeren onder deze verhaallijn. Het zal dan ook blijken dat steeds meer terreinen van het juridisch discours beïnvloed worden door deze verhaallijn. Waar vroeger sociale zekerheid in eerste instantie gelegitimeerd werd op basis van overwegingen van rechtvaardigheid en de nood aan bescherming, wordt sociale zekerheid steeds vaker gerechtvaardigd op grond van economische efficiëntie. Zo is het argument vaak gehoord dat de sociale zekerheid bij het uitbreken van de financieel-economische crisis in 2008 een schokdemper vormde die de omvang van de totale welvaartsvernietiging wist te beperken. Een ander voorbeeld betreft het stakingsrecht, een grondrecht dat het steeds moeilijker krijgt zich te handhaven tegen het argument van de economische schade dat het zou aanrichten.

1.2.3 Een offensieve verhaallijn

Meer dan de eerste verhaallijn van Vrijheid, opereert deze verhaallijn niet louter defensief, wanneer er inbreuk gemaakt wordt op haar vooronderstellingen. Deze verhaallijn wordt in het juridisch discours niet als schild, maar als speer gebruikt. Het is een programmatorische verhaallijn met een offensieve agenda, die enkel gerealiseerd kan worden door een actieve transformatie van het juridisch discours. Met andere woorden, waar de eerste verhaallijn er over moet waken dat de constitutioneel gewaarborgde vrijheid gehandhaafd blijft en beperkt wordt waar nodig op grond van de vrijheid van de andere of het algemeen belang, streeft deze verhaallijn naar een nog niet gerealiseerde toestand, m.n. het perfecte functioneren van de Markt. Deze verhaallijn leidt dan ook tot een progressieve transformatie van hele domeinen van het recht conform deze nieuwe verhaallijn.

2. Het recht van deze verhaallijn: Recht als Markt

2.1 Teleologische en functionalistische interpretatiemethodes

Het programmatorisch karakter van deze verhaallijn vertaalt zich in de gekozen juridische interpretatiemethodes. Een grote voorliefde voor teleologische en functionalistische interpretatiemethodes is eigen aan het juridisch discours gebouwd op deze verhaallijn. Het recht dient zo geïnterpreteerd te worden dat het op de meest efficiënte manier de realisatie van het programma van de perfecte markt naderbij brengt.

De verhaallijn van de markt heeft als dusdanig een politiek adjudicatief programma. Dit is een belangrijk onderscheid met *law as integrity*, dat veeleer een methode is voor de wetgever en de rechter, maar an sich geen concrete beleidsbeslissingen, wetgevend, regelgevend of adjudicatief voorschrijft.

2.2 Het Europees recht

Het Europees recht is een erg zichtbare exponent van deze verhaallijn. In Europa zal de introductie van Recht als Markt hoofdzakelijk gebeuren door de absorptie van het Europees recht in de nationale rechtsordes in de tweede helft van de 20^{ste} eeuw.

2.2.1 *De interne markt*

Het Europese project presenteert zich bij de inceptie als een project van vrede gebouwd op de economische fundamenten van een eengemaakte markt, die in de loop van de geschiedenis steeds breder en dieper zal worden.

2.2.2 *Een programmatorisch recht*

Het Europees recht is bijzonder in die zin dat het bewust een bepaalde agenda nastreeft, waarvan historisch gezien het belangrijkste element de realisatie van de interne markt is. Dit komt tot uiting in de preambule bij het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie en in artikel 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, waarin de doelstellingen van het Europese project opgesomd staan. De realisatie van de interne markt staat erin prominent vermeld.

Interessant hieraan is dat het inhoudelijke, politieke basisprogramma van de Europese Unie hier juridisch grondwettelijk-fundamentele waarde krijgt, doordat het opgenomen staat in de meest autoritatieve Europese tekst. Dat dit niet louter declaratoir beschouwd mag worden, blijkt uit artikel 4.3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, dat bepaalt dat ‘*de lidstaten zich onthouden van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen*’. Krachtens de leer van het *effet utile* van het Europees Hof van Justitie moeten nationale bepalingen die indruisen tegen de doelstellingen van de Europese Unie buiten toepassing worden gelaten, zelfs al betreft het nationale grondwettelijke bepalingen.⁴⁷ Meer algemeen schrijft de leer van het *effet utile* voor dat, als twee mogelijke interpretaties van een Europese rechtsregel voorliggen, steeds gekozen dient te worden voor die interpretatie die het meest in overeenstemming is met de Europese regel in kwestie.⁴⁸

2.2.3 *Smalle rechtsbases*

Tegelijk waren lange tijd de bevoegdheden van de Europese Unie in hoofdzaak beperkt tot de realisatie van de interne markt. Daar het programmatorische doel van de realisatie van de interne markt potentieel echter zeer breed is, breidden de bevoegdheden van de Europese

⁴⁷ ECJ, Case C-213/89 *Factortame and others*, [1990] E.C.R. I-2433.

⁴⁸ ECJ, Case C-262/97 *Engelbrecht* [2000] E.C.R. I-7321, para. 39.

Unie zich snel uit, niet in het minst geholpen door een bijwijlen erg expansieve Europese Commissie. Dit leidde ertoe dat interventie in hele domeinen van politiek, zoals sociale politiek en onderwijs, gerechtvaardigd werden op grond van rechtsbases gelieerd aan de interne markt. Vaak gebruikte rechtsbases waren de artikelen 94 en 95 van het oude EG-verdrag⁴⁹ waarmee nationale wetgevingen geharmoniseerd werden met het oog op de realisatie van de interne markt.

Waren het de smalle rechtsbases die de Commissie ertoe noopten om wetgevingsvoorstellen ogenschijnlijk buiten het domein van de interne markt te doen op grond van interne markt-rechtsbases? Of lag het veeleer besloten in de inherent expansieve logica van het vrije marktverhaal zoals neergelegd in de Europese verdragen dat nieuwe stukken politiek aangeboord zouden worden door het Europees marktverhaal? Dit is de vraag van de kip of ei, maar ongetwijfeld ligt de waarheid in het midden. Het interne marktverhaal leverde de juridisch-theoretische onderbouw om wetgeving voor te stellen in domeinen zoals gelijke verloning tussen man en vrouw.⁵⁰ Maar het gaat verder: het interne marktverhaal leverde ook de inhoudelijke legitimatie om dit soort wetgeving aan te nemen.

2.3 Het mededingingsrecht

Een andere prominente exponent van Recht als Markt is het mededingingsrecht. In hun inleiding tot ‘Global Competition Law and Economics’ schrijven Einer Elhauge en Damien Geradin het volgende:

*In a world of perfect competition, life is good. ... In the real world, life is regrettably imperfect. ... Perfect competition provides an aspiration and useful benchmark that helps identify the sort of interferences with market mechanisms that should most concern antitrust law.*⁵¹

Dit geeft goed de essentie weer van het mededingingsrecht zoals het vandaag begrepen wordt: als een instrument om de economische realiteit dichterbij die van de perfect werkende markt te brengen.

⁴⁹ Nu respectievelijk artikelen 115 en 114 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie, het Lissabonverdrag.

⁵⁰ Richtlijn 75/117/EEG van de Raad van 10 februari 1975 betreffende het nader tot elkaar brengen van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de toepassing van het beginsel van gelijke beloning voor mannelijke en vrouwelijke werknemers.

⁵¹ Einer Elhauge en Damien Geradin, *Global Competition Law and Economics*, Oxford, Hart, p. 1.

Ooit kende het mededingingsrecht een andere lezing, die ook nu nog hier en daar overleeft. De *Harvard School* zocht de *ratio legis* van het mededingingsrecht in het vermijden van ontoelaatbaar geacht marktgedrag door grote bedrijven. Met het ontstaan van de *Chicago School* zal de aandacht verschuiven van de toelaatbaarheid van individuele marktgedragingen naar het realiseren van globale marktefficiëntie.

2.4 De tentaculaire kracht van Recht als Markt

2.4.1 Onzuivere verschijningsvormen

De verhaallijn van de Markt blijft echter niet beperkt tot die rechtstakken die als wezenlijk doel hebben de markt te perfectioneren. Zij valt ook meer en meer terug te vinden in klassieke rechtstakken. Overwegingen van economische efficiëntie zijn steeds meer terug te vinden in het discours over bv. strafrecht en sociale zekerheid. De verschillende instanties in het juridisch discours waar dit soort economische overwegingen in voorkomen, vallen hier onder de noemer van Recht als Markt. Daarmee wordt geenszins bedoeld dat Recht als Markt steeds in zuivere vorm voorkomt. Belangrijk is net erop te wijzen dat Recht als Markt gaandeweg de onderscheiden takken van het recht binnensluipt. De verschijningsvormen van Recht als Markt zijn dus meer dan vaak onzuiver.

Zo heeft Recht als Markt aan terrein gewonnen in onverwachte domeinen zoals het aansprakelijkheidsrecht. Waar rechtspraak in dit domein traditioneel gefundeerd is op een vorm van principieel eerlijke retributie gebaseerd op het principe van de *bonus pater familias*,⁵² wordt meer en meer op zoek gegaan naar de maatschappelijk optimale schadevergoeding.⁵³ Niet de principiele taxering van de foute handeling is dan het criterium, maar wel het bereiken van een maatschappelijk equilibrium waarbij de foute handeling in kwestie zich in de toekomst zo weinig mogelijk zal voordoen, zonder de kosten voor de verdedigende partij zodanig te verhogen dat zij de maatschappelijke winsten te boven zouden gaan. In de praktijk van het recht spreken is het gebeurlijk dat beide argumentatiepatronen – het traditioneel principieel en het economisch winstmaximaliserende – beide naar voren komen. Dat is een typische verbasterde toepassing van Recht als Markt.

⁵² De basis van het Belgisch aansprakelijkheidsrecht is te vinden in artikel 1382 BW.

⁵³ Zie Robert Cooter en Thomas Ulen, *Law and Economics*, Boston, Addison Wesley, 2007, 5de druk, p. 322 – 355, 'An Economic Theory of Tort Law.'

2.4.2 Casus: De vier vrijheden van de interne markt

Langs de andere kant doet ook Recht als Markt beroep op juridische figuren die hun oorsprong kennen in Recht als Vrijheid. De vier vrijheden waarop de interne markt gebouwd is, het vrij verkeer van de vier productiefactoren goederen, diensten, kapitaal en personen, presenteren zich als fundamentele vrijheden van het Europees recht. Door beroep te doen op een mensenrechtenvocabularium kunnen deze rechten deels aansluiting vinden bij een lang bestaande mensenrechten-*narrative* die verankerd zit in het weefsel van de gemeenschap. De rechtspraak die zich hierin ontwikkelt, doet zowel beroep op klassieke interpretatiemethodes uit de mensenrechten als op economische criteria.

Een voorbeeld van een roemrucht economisch criterium vindt men in het befaamde Dassonville-arrest van het Europees Hof van Justitie. Het Hof verklaart er dat *'iedere handelsregeling der Lid-Statens die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren, als een maatregel van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen is te beschouwen.'* Met dit ruime criterium gaf het Hof een zeer expansieve lezing aan de notie 'maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen'⁵⁴. Dit soort maatregelen zijn verboden om het vrij verkeer van goederen te waarborgen. Het Hof geeft hier een verregaande bescherming aan de intracommunautaire handelaar die te kampen heeft met verkapte kwantitatieve beperkingen van in- of uitvoer. Het brede criterium dat het Hof gebruikt, is een economisch, teleologisch criterium dat in lijn ligt met de onderliggende *ratio legis* van de vier vrijheden: de realisatie van de interne markt.

Dat de pendule bij de ontwikkeling van het juridisch vocabularium inzake het vrij verkeer van personen in tegenstelling tot goederen meer in de richting gaat van een traditioneel grondrechtelijk vocabularium, mag niet verbazen. Toch moet ook hier herinnerd worden aan de onderliggende macro-economische *ratio legis*: de vrijmaking van elk intracommunautair verkeer in de productiefactor 'personen'.

Het juridisch discours dat zich ontspint in het domein van de vier vrijheden is m.a.w. een constant schipperen tussen enerzijds de economische imperatief van de vrije markt en anderzijds een discours van individuele rechten van personen *qualitate qua*, als invoerder van goederen, als verstrekker van diensten, als werknemer, etc.

⁵⁴ Artikel 34 en 35 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

Het is een typisch voorbeeld van hoe langs de ene kant het zich ontpinnende juridische discours aansluiting tracht te vinden bij een constructieve interpretatie van een reeds lang bestaande rechtspraktijk die zijn wortels vindt in maatschappelijke associatieve verbanden, maar hoe langs de andere kant de economisch-programmatorische agenda van dit recht een niet te reduceren afstand inhoudt tot de gemeenschap waarmee het aansluiting tracht te vinden.

2.5 *Law and Economics*

Het ontstaan van de *Law and Economics*-stroming geeft een sterke theoretische onderbouw aan de expansie van het marktverhaal. De zin van een rechtsregel wordt in deze stroming afgeleid uit de mate waarin hij bijdraagt tot een grotere totale maatschappelijke welvaart. *Law and Economics* genereert het model om klassieke brokken recht te vermarkten: met *Law and Economics* worden traditionele juridische standaarden beïnvloed door een economisch pragmatisch denken. Zo bijvoorbeeld het hoger vermelde voorbeeld van het aansprakelijkheidsrecht, waarbij het minder gaat over de toewijzing van schuld dan over het reduceren van de sociale kost van ongevallen.⁵⁵ De brede reikwijdte van *Law and Economics* blijkt ook uit haar onverwachte toepassingsgebieden. Zo gebruikte een comité van het Amerikaanse Congres in 1984 nog een *Law and Economics*-methode om het Amerikaanse strafrecht te hervormen.⁵⁶

3. Recht als Markt en integriteit

Hoe dit nieuwe recht te kwalificeren? Als we teruggaan naar de drie vragen op grond waarvan Dworkin drie verschillende concepties van het recht onderscheidt, moet onze aandacht hier op de eerste vraag vallen: Moet er wel een link zijn tussen recht en collectieve dwang? Een echte, niet-sceptische conceptie van recht, zoals conventionalisme en recht als integriteit, beantwoordt deze vraag positief. Pragmatisme beantwoordt deze vraag negatief, en is daarom een sceptische, lees: oneigenlijke conceptie van recht, daar voor het pragmatisme het recht niet nodig is opdat collectieve dwang toelaatbaar zou zijn.⁵⁷

⁵⁵ Cooter & Ulen, *Law and Economics*, p. 199.

⁵⁶ Ibidem, p. 3.

⁵⁷ Dworkin, *Law's Empire*, p. 95.

3.1 Een markt-utilitaristische versie van *Law as pragmatism*?

Wat Recht als Markt op het eerste gezicht een goede kandidaat lijkt te maken om als *law as pragmatism* gekwalificeerd te worden, is zijn doelgerichte karakter. De wetgeving van Recht als Markt legt de doeleinden vast die nagestreefd moeten worden – *in fine* de realisatie van de perfecte markt. Het zijn deze doelen die uitiem collectieve dwang kunnen rechtvaardigen. Op basis van deze wetgeving ontspint zich een rijke casuïstiek die tracht de standaarden vast te leggen op grond waarvan collectieve dwang in concrete gevallen al dan niet mogelijk is. Deze casuïstiek is heel feitelijk, erg verschillend van de traditionele interpretatie uit het burgerlijk recht gericht op de interpretatie van moreel-juridische standaarden. De standaarden die zich in deze teleologische casuïstiek ontwikkelen, zijn economisch van aard en hebben als doel te verifiëren of gegeven gedragingen al dan niet interfereren met de realisatie van de perfecte markt.

Toch sluit Dworkin niet uit dat de wetgever onder *law as integrity* aan beleid kan doen en daarbij utilitaristische standaarden kan hanteren. Het is niet omdat de dieperliggende politieke *ratio legis* van een nieuwe rechtstak het nastreven van een utilitaristische standaard is, dat het recht dat daaruit voortvloeit geen *law as integrity* meer zou kunnen zijn. Een onderscheid dient gemaakt te worden tussen principes (*'principle'*) en beleid (*'policy'*). *Law as integrity* sluit niet uit dat bepaalde politieke doeleinden nagestreefd worden, maar wel dat dit op een principieel inconsistente manier zou gebeuren.

Om na te gaan of Recht als Markt alsnog gelezen kan worden als *law as integrity*, dient eerst nagegaan te worden wat Recht als Markt onder 'Markt' verstaat.

3.2 Het janusgezicht van de Markt

Hier wordt een onderscheid gemaakt tussen twee concepties van 'Markt' die in Recht als Markt gebruikt worden. De eerste conceptie is die van de egalitaire, principiële Markt. De tweede conceptie is die van de utilitaristische Markt.

3.2.1 *De principiële markt*

Het discours van de egalitaire markt ziet de markt als een transactieplatform, waar eenieder een gelijke toegang tot dient te hebben. Het is de notie ‘markt’ die men terugvindt in de micro-economie. Deze markt bestaat louter bij de gratie van de interacties die erin plaatsvinden. Dit is de markt die doorklinkt in de regulering die als doel heeft te zorgen voor een eerlijke, gelijke toegang tot de Markt. De wetgeving op de consumentenbescherming, zoals bv. de Wet op de Oneerlijke Handelspraktijken, is hier een goed voorbeeld hier.⁵⁸

Dit verhaal van de markt werpt ook zijn licht op de werking van de overheid, wiens activiteiten meer en meer gelezen worden in functie van de Markt. Ten eerste wordt de overheid de beheerder van de markt, in de zin dat zij erover moet waken dat de markt goed functioneert en dat eenieder een optimale en gelijke toegang heeft tot markttransacties. Een groot stuk van het politiek debat zal daarover gaan: wat betekent gelijke toegang? Wat zijn de voorwaarden waaraan voldaan moet zijn om zo’n gelijke toegang te kunnen garanderen?

Ten tweede ziet de overheid het als haar taak een dienstverstrekker *of last resort* te zijn. In die hoedanigheid verstrekt de overheid diensten aan de burger, daar waar de markt in gebreke blijft. Zo levert de overheid veiligheidsdiensten, diensten van sociale zekerheid, etc., die anders niet door de markt aan iedereen geleverd zouden worden.

3.2.2 *De utilitaristische markt*

De utilitaristische markt is de markt of de economie uit de macro-economie. De markt leidt hier een eigen bestaan. Ze is niet langer het transactieplatform uit de micro-economie dat enkel bestaat bij gratie van zijn deelnemers. Het gaat om het geheel van economische processen en parameters, die in een complex spel van evenwichten in goede banen geleid moeten worden, zoals inflatie, consumptie, werkloosheid, etc. Het gaat hier over de economie zoals bedoeld in uitspraken zoals ‘*Dat is goed voor de economie*’. Het gaat hier om een quasimetafysische notie van economische efficiëntie; een notie waarvan de invulling een fel debat genereert onder economen en beleidsmakers. In het recht klinkt deze markt door onder

⁵⁸ Wet 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming, BS 12 april 2010.

de vorm van efficiëntiestandaarden, zoals bv. het afwegen van mededingingsbeschermende gevolgen en mededingingsbeperkende gevolgen van een voorgenomen bedrijfsfusie.⁵⁹

3.2.3 *De nexus: het Coase-theorema*

Beide gezichten van de markt zijn zijdes van dezelfde medaille. Het Coase-theorema bevat de aanzet voor een verhaal dat de twee zijdes verbindt in een coherent verhaal, hier benoemd als het verhaal van de *principiële markt met een utilitaristische agenda*.

Het befaamde Coase-theorema heeft betrekking op een situatie waarin het gedrag van persoon X kosten meebrengt voor persoon Y, ‘externaliteiten’ in het jargon van de economische wetenschap. De vraag rijst of het gedrag van X meer opbrengt voor X dan het kost aan Y. Coase geeft het vandaag gedateerde voorbeeld van de trein die door aan een hoge snelheid te rijden, assen uitspuwt die de oogsten op de aanpalende percelen verwoesten. Zal de trein uiteindelijk snel rijden en wie draait er op voor de kosten? Het Coase-theorema stipuleert dat, indien transactiekosten tussen de partijen nihil zijn, de uiteindelijke uitkomst van onderhandelingen maatschappelijk gezien optimaal zal zijn, ongeacht de wettelijke toewijzing van aansprakelijkheid. Immers, indien de kost van de verwoesting van de oogst voor de boer groter is dan de opbrengt voor de treinmaatschappij van het snel rijden, zal de trein uiteindelijk steeds trager rijden. Indien de Wet de aansprakelijkheid legt bij de treinmaatschappij, zal die uiteraard trager rijden, daar de kost voor de vergoeding van de boer hoger ligt dan de opbrengst van het sneller rijden. Indien daarentegen de Wet de treinmaatschappij niet aansprakelijk stelt, zal de boer de treinmaatschappij betalen om trager te rijden. Het betaalde bedrag zal hoger zijn dan de kost voor de treinmaatschappij om trager te rijden, maar lager dan de kost die de boer zou lijden indien de trein snel zou rijden. De wettelijke toewijzing van aansprakelijkheid beïnvloedt dus wel de welvaartsverdeling tussen de partijen, maar heeft geen invloed op de noodzakelijke keuze voor het maatschappelijk optimale resultaat, toch niet in een markt zonder transactiekosten. Dat was het vernieuwende element van het Coase-theorema.⁶⁰

Het Coase-theorema richtte de aandacht van het recht op het belang van lage transactiekosten. Het Coase-theorema benadrukt het belang van een transparante markt waar eenieder gelijke

⁵⁹ Einer Elhauge en Damien Geradin, *Global Competition Law and Economics*, Oxford, Hart, p. 799 e.v.

⁶⁰ Ronald H. Coase, ‘The problem of social cost’, *Journal of Law and Economics*, October 1960.

toegang tot heeft. Zo groeide het theorema uit tot de intellectuele ruggengraat voor Recht als Markt.

Dit theorema was de rode draad door het beleid uit jaren '80 en '90 van de vorige eeuw dat ertoe strekte de markt diepgaand te liberaliseren en transparantie op de markt te verhogen, om economische transacties zo vrij en goedkoop mogelijk te maken. Het geeft kleur aan een politiek-economisch model dat men de 'vrije markt-democratie' begon te noemen, een model dat een lange, en steeds universelere toekomst toegedicht werd.⁶¹ De vrije markt-democratie staat daarbij voor de combinatie van procedureel democratische instellingen en een principiële markt. De vrije markt-democratie promoot de twee kardinale waarden van Dworkins conceptie van integriteit: *faire* politieke instellingen en een welbepaalde conceptie van rechtvaardigheid en gelijkheid in de verdeling van kansen en middelen.

Wat hier een principiële markt met een utilitaristische agenda genoemd wordt, stemt overeen met Dworkins vaststelling dat de markt zowel op beleidsgronden als op principiële gronden gelegitimeerd wordt:

The idea of a market for goods has figured in political and economic theory, since the eighteenth century, in two rather different ways. It has been celebrated, first, as a device for both defining and achieving certain community-wide goals variously described as prosperity, efficiency, and overall utility. It has been hailed, second, as a necessary condition of individual liberty, the condition under which free men and women may exercise individual initiative and choice so that their fates lie in their own hands. The market, that is, has been defended both through arguments of policy, appealing to the overall community-wide gains it produces, and arguments of principle that appeal instead to some supposed right to liberty.⁶²

3.3 De legitimiteit van Recht als Markt

3.3.1 Consistent toepasbare principes

Recht als Markt bevat dus een conceptie van rechtvaardigheid en gelijkheid. Het gaat meer bepaald om een conceptie van gelijkheid van middelen (*'equality of resources'*), waarbij iedereen gelijke toegang moet hebben tot markttransacties. Hoe ver die toegang moet reiken en de mate waarin ongelijkheid in toegang weggewerkt dient te worden, is voorwerp van

⁶¹ Francis Fukuyama, *The end of history and the last man*, New York, Free Press, 1992.

⁶² Ronald Dworkin, 'What is Equality? Part 2: Equality of resources', *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 10, No. 4, 1981, p. 284.

debat. Dworkin werkt zijn visie op gelijkheid van middelen uit in zijn artikel ‘*What is Equality?*’.⁶³

3.3.2 *De afwezigheid van een gemeenschapsdimensie*

In dit politiek discours van Recht als Markt, ontbreken echter referenties aan de gemeenschap. Waar in de politieke verhaallijn van Recht als Bescherming de gemeenschap nog plaats ruimde voor een brede variëteit aan subgemeenschappen, verdwijnt in de verhaallijn van de Markt de idee van gemeenschap in het geheel. De overheid stelt zich kwalitatief niet anders op t.a.v. de burger dan een verstrekker van diensten in de markt zich opstelt t.a.v. zijn consumenten. De burger is een klant van de overheid, die zich tegenover zijn klanten klantvriendelijk dient op te stellen.

Als de gemeenschap al wordt opgevoerd, dan is het in een zeer precieze betekenis, als utilitaristische standaard van collectieve welvaartsmaximalisatie. Gemeenschap heeft er dan minder van doen met samenleving dan met collectiviteit.

Die afwezigheid van referenties aan de gemeenschap is niet toevallig. Het mensbeeld dat Recht als Markt gebruikt, is het mensbeeld uit de economie, de *rational actor* die in alle vrijheid zijn eigen uitgangspositie probeert te maximaliseren. Dat is een ander mensbeeld dan het mensbeeld van Dworkin: de mens van Dworkin leeft in een politieke gemeenschap en voelt een bijzondere lotsverbondenheid met zijn medeburgers, aan wie hij speciale persoonlijke verplichtingen verschuldigd is die hun oorsprong vinden in een oprechte, niet-discriminatoire zorg voor ieder van zijn medeburgers.⁶⁴

De legitimiteit van de principiële verplichtingen die Recht als Markt genereert bevindt zich niet in de gemeenschap. Dat zou een ontkenning zijn van het vrije mensbeeld uit de economie. Recht als Markt moet dus de locus van de legitimiteit van politieke verplichtingen elders zoeken, op een manier die compatibel is met het mensbeeld dat erin centraal staat. Een politieke verplichting kan de burger pas opgedrongen worden indien er een antwoord gevonden wordt op de vraag hoe politieke verplichtingen nuttig kunnen zijn vanuit het perspectief van individueel eigenbelang.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Dworkin, *Law's Empire*, p. 200

3.3.3 *Contractuele legitimiteitsmodellen van de Markt*

Deze vraagstelling brengt ons weer bij de klassieke, contractuele legitimiteitsbenadering van de politieke filosofie of bij de Rawlsiaanse idee dat mensen - hun eigen uitgangspositie niet kennende - kiezen voor een set van rechtvaardige regels uit welberekend eigenbelang.⁶⁵ Dit soort contractuele legitimiteitsmodellen zijn impliciet aanwezig in Recht als Markt. De vraag of dit soort modellen een afdoend antwoord bieden op de legitimiteitsvraag – negatief beantwoord door Dworkin – is hier minder van belang dan de hier gemaakte vaststelling dat Recht als Markt, krachtens de termen van zijn discours, niet anders dan beroep kan doen op dit soort verklaringsmodellen. Recht als Markt propageert zich door zijn nut aan te tonen voor eenieder.

Daarmee is niet gezegd dat het politieke discours van Recht als Vrijheid geen beroep doet op contractuele legitimiteitsmodellen. Dat theorieën van het sociaal contract opgeld maakten aan de vooravond van het ontstaan van de constitutionele rechtsordes, toont veeleer het tegendeel aan. Het cruciale punt dat Dworkin echter maakt, is dat de legitimiteit van de politieke verplichtingen (van Recht als Vrijheid) beter gezocht wordt in het vruchtbare terrein van gemeenschapsverbanden.⁶⁶ Hier wordt gesteld dat hetzelfde niet kan gezegd worden van Recht als Markt.

De vruchtbare interpretatieve interactie tussen ‘wie we zijn’ en ‘waar we voor staan’ als gemeenschap, die zo eigen is aan *law as integrity*, is afwezig in Recht als Markt. Zulk een interpretatieve zoektocht zou het tegelijk individueel-principiële en utilitaristische project van de Markt enkel bezwaren. Ook al heeft Recht als Markt een rechtvaardigheidsconceptie en een gelijkheidsconceptie, het zal dan ook gauw als ‘volksvreemd’ of technocratisch aanzien worden.

3.3.4 *De Rechter in Recht als Markt*

Er zit dus een spanningsveld tussen Dworkins *law as integrity* en Recht als Markt. Een rechter die Recht als Markt consciëntieus toepast, zal zijn eigen interpretatieve activiteit zien

⁶⁵ John Rawls, *A theory of justice*, Oxford, Oxford University Press, 2000 (revised edition).

⁶⁶ Dworkin, *Law's Empire*, p. 206.

als het verder bouwen aan een principieel consistente interpretatie van deze of gene abstracte, universele conceptie van rechtvaardigheid, die zijn legitimiteit vindt in een contractueel verklaringsmodel. Het is de Markt, die de rechter tracht te vrijwaren of te realiseren, die deze conceptie van rechtvaardigheid in zich draagt. Met andere woorden, het recht spreken van de rechter uit Recht als Markt is een bijdrage aan de principiële realisatie en vrijwaring van een programmatorische Markt-agenda. De teleologische interpretatiemethodes bieden de rechter de methode daarvoor. Wat het recht spreken van deze rechter niet is, is een vorm van constructieve interpretatie van de politieke waarden die de gemeenschap vorm geven.

De Rechter uit Recht als Markt hanteert een a-communautaire redeneertrant, een redeneertrant waarin gemeenschap niet begrepen wordt als een gemeenschap die staat voor een aantal principes die – weliswaar voorwerp van constructieve interpretatie – de zich ontwikkelende rechtspraktijk vormgeven. Als de rechter uit Recht als Markt al verwijst naar de gemeenschap, doet hij dat onder de vorm van een collectieve welvaartsstandaard die hem richting geeft in het rechtspreken. Waarden die in de gemeenschap leven, maar niet relevant zijn bij het recht spreken aan de hand van een collectieve welvaartsstandaard, komen hier niet aan bod. Het perspectief van de rechter of de ambtenaar uit Recht als Markt is dus gelimiteerd: de complexiteit van maatschappelijke fenomenen wordt er gereduceerd tot wat relevant is in Recht als Markt.

3.3.5 In de marge van Dworkin

Het punt van kritiek op Dworkin is dus niet zozeer dat Recht als Markt een principeloze vorm van recht zou zijn, wel integendeel. Recht als Markt biedt het interpretatief kader voor een consistente lezing van rechtvaardigheid en gelijkheid. Het is vanuit deze universele principes dat het verhaal van de Markt genadeloos kan inhakken op de particulariteit en het gebrek aan principevastheid van de sociaaleconomische rechtsorde.

Wel is het zo dat Recht als Markt de legitimiteit van de politieke verplichtingen die het genereert niet kan situeren in de gemeenschap, de Natie met zijn particuliere geschiedenis. Het ‘speciale’ karakter van de politieke verplichting in Recht als Markt ontbreekt. Recht als Markt draagt in zich dan ook een inherente tendens tot schaalvergroting. Het is niet toevallig dat die lidstaat die de Europese Unie het meest ziet als niet meer dan een grote interne markt, tegelijk de grootste voorstander is van een geografisch zo groot mogelijke Unie.

Een tweede punt van kritiek betreft de spanning tussen de twee gezichten van de januskop ‘Markt’. Zolang de efficiënte utilitaristische Markt in de traditie van Coase louter aanzien wordt als een noodzakelijk positief gevolg van een zo goed mogelijk werkende principiële Markt, riskeert het utilitaristische programma van de Markt het principiële karakter van de Markt niet in het gedrang te brengen. Het risico inherent aan Recht als Markt is echter dat het beleidsmatige programma van de efficiënte Markt de ontwikkeling van de principes van de Markt gaat beïnvloeden. Het risico bestaat dat in een concrete situatie rechten pas toegekend worden in de mate dat hun concrete toekenning een economisch nut vertoont. De link die de rechten van Recht als Markt met een beleidsprogramma vertonen, vormt hun zwakte. Men kan zich inbeelden dat een bouwvergunning makkelijker toegekend wordt indien de bijdrage aan de economie groot is dan wanneer ze klein is. Of dat de toekenning van een verblijfsvergunning voor een buitenlandse CEO makkelijker verloopt dan voor een buitenlandse poetshulp. Maar wordt dan geen afbreuk gedaan aan de principes van de Markt, die een gelijke toegang tot de Markt vereisen?

Het paradoxale aan de basisprincipes van Recht als Markt is m.a.w. dat ze zich presenteren als fundamentele principes, maar dat tegelijkertijd het fundamentele karakter ervan riskeert ondergraven te worden door het beleidsmatige doel dat ze nastreven. In dit opzicht onderscheiden de principes van Recht als Markt zich van de fundamentele principes van Recht als Vrijheid, die zich boven beleid stellen. Ongeacht de brede discussie over hun oorsprong,⁶⁷ worden mensenrechten traditioneel aanzien als absolute normen, waarvan de toepassing slechts op grond van welbepaalde grondwettelijke overwegingen van algemeen belang of op grond van andere mensenrechten kan worden opgeschort.

Een derde punt van kritiek betreft het mensbeeld dat Recht als Markt promoot en de impact die dat heeft op de afdwinging van het recht. Recht als Markt neemt het individueel welvaartsmaximaliserend individu als een gegeven en probeert – zo schrijft *Law & Economics* voor – een recht te ontwerpen dat het gedrag van de rechtsonderhorigen stuurt in de maatschappelijk gewenste zin.⁶⁸ Het probleem van dit discours is dat het waarschijnlijk

⁶⁷ Een goede schets van de crisis in de politieke theorie van de mensenrechten is te vinden in Charles Beitz, *The Idea of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

⁶⁸ Richard Thaler en Cass Sunstein pleiten in hun boek ‘Nudge’ voor de idee dat publieke en private organisaties het gedrag van individuen moeten sturen in de gewenste richting, met een duwtje in de rug (*a nudge*), veeleer dan gedragingen op te leggen of volledig vrij te laten volgens het model van de vrije markt: Richard Thaler en Cass Sunstein, *Nudge: improving decisions on health, wealth, and happiness*, London, Penguin, 2009.

ook een effectieve invloed heeft op de manier waarop de rechtsonderhorige met de regel omspringt. Zal de burger snelheidsbeperkingen respecteren omdat hij ze beschouwt als een maatschappelijke norm die hij moet naleven uit respect voor de veiligheid van zijn medeburgers, of zal hij ze enkel nog naleven wanneer hij het risico loopt geflitst te worden? Dreigt Recht als Markt geen mensbeeld te promoten dat *in fine* steeds verdergaande controle op de naleving van de Wet noodzakelijk maakt? Niet toevallig merkt Dworkin op dat *'We want officials to treat us as tied together in an association of principle.'*⁶⁹ Is het niet net dat wat Recht als Markt ontbeert?

4. De grote afwezigheid in het Europees recht

Het is geen toeval dat Recht als Markt in West-Europa grotendeels een product is van het EU-recht. De discussie of aan de Europese Unie een echte politieke gemeenschap beantwoordt, is een doos van Pandora. Dat de notie van een associatieve politieke Europese gemeenschap twijfelachtig is, verklaart misschien dat er in het Europees recht onmiskenbaar een politiek-filosofische verhaallijn aanwezig is die Europese rechten en plichten verklaart vanuit een welbegrepen eigenbelang van de Europese burger. Het is een politieke filosofie die contractueel van aard is, niet een politieke filosofie die de locus van rechten en plichten zoekt in een Europese politieke gemeenschap. De aard van de Europese integratie lijkt dit aan te tonen: Vaak is het de politieke elite die - al dan niet met succes - aantoonde dat meer Europa nodig is, dat een Europees sociaal contract het nationaal sociaal contract dient aan te vullen om meer vrede en een performantere economie te verkrijgen, voor het goed van de Europese burgers.

4.1 Een Europa van de Markt en een Europa van Burgers

In het Europees recht komen ruwweg twee grote politieke assen voor, hier benoemd als het Europa van de Markt en het Europa van Burgers.

Het Europa van de Markt kreeg vorm met de vier vrijheden, de eengemaakte markt en het mededingingsrecht. De monetaire unie vormde een volgende kwalitatieve stap in de uitbouw van een gezamenlijke economische ruimte. Dit Europa van de Markt staat momenteel verder

⁶⁹ Dworkin, *Law's Empire*, p. 264.

in de steigers met de uitbouw van een heus *European economic governance*. Het Europa van de Markt was voor het naoorlogse Europa een radicaal nieuw politiek programma, waar de Europese instellingen het voortouw in namen.

Het Europa van Burgers kreeg vorm met de progressieve uitbouw van een grondrechtelijke orde van mensenrechten en door de creatie van het EU-burgerschap met het Verdrag van Maastricht in 1992. Het Europese grondrechtelijke discours inspireerde zich op de bestaande nationale grondrechtelijke tradities. Daarom werd het relatief probleemloos ontvangen in de lidstaten. De EU-grondrechten gingen deel uitmaken, accenten aanbrengen in bestaande constitutionele *narratives* die sinds lang het voorwerp waren van een niet-aflatende judiciële en politieke constructieve interpretatie.

4.2 Geen gemeenschaps-Europa

Waar het Europa echter aan ontbreekt, is een politiek discours dat op lange termijn een heuse politieke gemeenschap vorm kan geven. Naast de vaak gehoorde gemeenplaats dat Europa een ongekend lange periode van vrede heeft gebracht, ontbreekt het Europa aan een wijd gedeelde legitimerende politieke *narrative*, met de nodige cultureel-emotioneel-symbolische geladenheid over wat het betekent Europeaan te zijn.

Dit in tegenstelling tot de VS, waar een duidelijke politieke gemeenschap bestaat, met de nodige attributen, inclusief stichtende verhalen zoals de *American Dream*. In zo'n gemeenschap worden politieke verplichtingen spontaan als associatief ervaren. Politieke discussies over thema's zoals banken(de)regulering of vrijhandel vinden er een ankerpunt in de notie 'Amerika' waar elke burger een op zijn minst impliciete idee van heeft. Het legitimerend kader van elk politiek debat is de Amerikaanse gemeenschap, met de rechten en plichten die deze voor elk van de burgers met zich meebrengt of zou moeten meebrengen. Daarover hoort elk politiek debat *in fine* te gaan. Het is het eindpunt van elk politiek debat: Wat is het Amerika zoals ik het zie? Dit is het mentale en legitimerende *frame* van het Amerikaans politiek debat. Dat reële politieke debatten vaak gegijzeld worden door de *special interests* van K Street, doet niet af aan de hier gemaakt analyse. Op zijn minst bestaat er een democratische legitimeitsstandaard waaraan het politiek debat wordt afgemeten.

In Europa daarentegen vinden soortgelijke debatten plaats in het technocratisch luchtledige. Het enige verhaal dat in Europa uit ten treure als legitimerende voetnoot wordt opgevoerd, is het contractuele verhaal dat meer Europa goed is voor eenieder; een verhaal dat naarmate de crisis dieper snijdt, met des te meer noodzaak wordt opgevoerd; een verhaal dat bij de burger een bittere nasmaak nalaat: Waar ben ik in dat verhaal? Waar is Europa – als stichtend project – in dat verhaal?

4.3 De impact van een louter contractueel politiek discours

Interessant zou het zijn om ook de impact van dit discours op de gemeenschap te bestuderen. Het lijkt erop dat dit discours vreet aan de cohesie van de gemeenschap. Het doet niet ingeloste verwachtingen ontstaan in hoofde van de burger, die zich wendt tot de overheid als een mistevreden klant bij de naverkoopservice.

4.4 Casus: De Belgische taalwetgeving: Anton Las tegen PSA Antwerp NV

4.4.1 Feiten en procedure

Een typevoorbeeld van de werking van het Europees recht vormt het momenteel bij het Hof van Justitie van de Europese Unie aanhangige geding tussen Anton Las en PSA Antwerp NV. Wat zijn de feiten? Anton Las, Nederlandse staatsburger, is als kaderlid werkzaam voor PSA Antwerp, een in Vlaanderen gevestigde onderneming die behoort tot een internationale groep. Het arbeidscontract tussen Anton Las en PSA is opgesteld in het Engels, een taal die Anton Las beheerst en professioneel gebruikt. Dit is echter in strijd met het Vlaams Taaldecreet,⁷⁰ dat voorschrijft dat alle wettelijk voorgeschreven akten en bescheiden van de werkgevers, alle documenten welke bestemd zijn voor het personeel, op straffe van nietigheid in het Nederlands dienen opgesteld te zijn.⁷¹ Wanneer Anton Las met onmiddellijke ingang ontslagen wordt, krijgt hij conform zijn arbeidscontract een opzeggingsvergoeding gelijk aan drie maanden loon en een bijkomende vergoeding gelijk aan zes maanden loon. Anton Las werpt daarop de absolute nietigheid van het arbeidscontract op, wegens strijdigheid met het Vlaams Taaldecreet en vordert een veel groter bedrag.

⁷⁰ Decreet van 19 juli 1973 van de Vlaamse Gemeenschap tot regeling van het gebruik van de talen voor de sociale betrekkingen tussen de werkgevers en de werknemers, alsmede van de door de wet en de verordeningen voorgeschreven akten en bescheiden van de ondernemingen, *BS* 6 september 1973.

⁷¹ Artikel 5 en 10 van voornoemd Decreet.

PSA Antwerp werpt op dat het Vlaams Taaldecreet strijdig is met het vrij verkeer van personen, zoals bepaald in artikel 45 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en dus buiten beschouwing moet worden gelaten. Anton Las maakte immers gebruik van zijn recht op vrij verkeer door als Nederlandse staatsburger in België werk te zoeken.

De Arbeidsrechtbank van Antwerpen, waar de zaak aanhangig is, stelt het Hof van Justitie een prejudiciële vraag over de compatibiliteit van het Taaldecreet met het vrij verkeer van personen. Op het ogenblik van het schrijven van deze thesis is er nog geen uitspraak van het Europees Hof, maar er is wel reeds een Conclusie van Advocaat-generaal N. Jääskinen die dateert van 12 juli 2012. Deze conclusie veroorzaakte in België nogal wat deining.⁷² Volgens de Advocaat-generaal is het Vlaamse Taaldecreet strijdig met het vrij verkeer van personen. De opgeworpen rechtvaardigingsgronden – de bescherming van de werknemers, de doeltreffendheid van de administratieve controles en het rechterlijk toezicht en de bescherming van de officiële taal – zijn volgens de Advocaat-generaal weliswaar legitiem, maar wegen niet zwaar genoeg om de belemmering van het vrij verkeer te rechtvaardigen.

4.4.2 *De structuur van de toetsing*

De structuur van de toetsing verdient aandacht. De norm waaraan getoetst wordt – het vrij verkeer van personen – is een norm die ernaar streeft de principiële markt te vrijwaren, de markt als transactieplatform waar elke EU-burger overal in de EU toegang tot moet hebben. Het is een utilitaristische beleidsmaatregel die zich verwoordt als een fundamenteel principe met een onderliggende conceptie van gelijkheid: de gelijke toegang tot het marktplatform.

De basisprincipes van de Belgische taalwetgeving zijn van Belgisch constitutionele aard. Artikel 129 van de Belgische Grondwet bepaalt expliciet dat *‘de Parlementen van de Vlaamse en de Franse Gemeenschap, bij uitsluiting van de federale wetgever, (elk voor zich), bij decreet, het gebruik van de talen regelen voor de sociale betrekkingen tussen de werkgevers en hun personeel, alsmede de door de wet en de verordeningen voorgeschreven akten en bescheiden van de ondernemingen.’* Dit artikel kan enkel begrepen worden in het licht van de moeilijke taalverhoudingen in België en de constante zoektocht naar het juiste evenwicht tussen de gevoeligheden van de twee grote taalgemeenschappen van het land. Elk oordeel over het legitiem karakter van het Vlaams Taaldecreet interfereert met het moeizaam zoeken

⁷² Zie o.a. De Standaard 13 juli 2012, p. 3, *‘Taaldecreet beknot vrijheid werknemers’*.

naar het constitutioneel verhaal van dit land; een verhaal gebouwd op principes zoals het territorialiteitsbeginsel en de bescherming van minderheden. Wat de Advocaat-generaal een legitieme beleidsmaatregel noemt – de bescherming van een nationale taal – is in België een principe van constitutioneel belang. Het reduceren van dat grondwettelijk principe tot een beleidsmatige rechtvaardigingsgrond die niet zwaar genoeg weegt om een uitzondering te kunnen vormen op een economisch utilitaristische standaard zoals het vrij verkeer van personen, komt daardoor voor velen in België als volksvreemd over.

De indruk mag hier niet ontstaan dat de primauteit van het Europees recht het voorwerp van kritiek is. Wat hier wel beargumenteerd wordt, is dat de Europese toetsing van nationale fundamentele principes democratische legitimiteit mist. Waar het Belgische recht dat voorligt, het Vlaamse Taaldecreet – *law as integrity* – een diepe graad van formele aanvaarding geniet omdat het beschouwd wordt uitdrukking te geven aan een dieperliggende lezing van wie we zijn, mist het Europees recht als variant van Recht als Markt deze gemeenschapsdimensie. Mocht het Europees recht deze Europese gemeenschapsdimensie wel vertonen, zou dit legitimiteitsprobleem zich niet stellen.

De rechter die het Europees recht toepast zou dan zijn interpretatieve activiteit kunnen enten op een Europese juridische praktijk die uitdrukking geeft aan de fundamentele waarden waar de Europese gemeenschap voor staat, veeleer dan zijn opdracht te zien als een programmatorische opdracht de principiële markt te vrijwaren.

De taak van de rechter zou er dan in bestaan om het nationale interpretatieve verhaal in balans te brengen met het Europese interpretatieve verhaal. Die opdracht is van cruciaal belang: zij vormt de pluralistische toets van nationale rechtsordes die zich wel vaker blindstaren op hun eigen particulariteit. De idee van Europa zou dan kunnen fungeren als een moreel-politieke hogere norm die de Europeanen niet langer zien als een vreemde inmenging, maar veeleer als de expressie van waar hun Europese gemeenschap voor staat. Dat die Europese idee geen gesloten verhaal zou zijn, maar even open voor interpretatie als de nationale constitutionele *narratives*, moge duidelijk zijn.

Ongetwijfeld vraagt de uitbouw van een heus Europees verhaal tijd. Van cruciaal belang is dat het Europees recht zich bevrijdt uit zijn carcan van dienstmaagd voor een economische

ruimte en een reële oefening wordt in constructieve interpretatie van waar Europa voor staat, zodat het Europees recht weer kan aanknopen met Europa.

HOOFDSTUK V – CAPITA SELECTA: TWEE

RECHTSTAKKEN DOOR DE VERHAALLIJNEN HEEN

In dit hoofdstuk worden twee rechtstakken opgevoerd als illustratie bij het verhaal van de drie verhaallijnen. Kort wordt geschetst hoe zij de invloed ondergaan van de drie verhaallijnen.

1. Mensenrechten

1.1 De onttovering van mensenrechten

In de loop van de 20^{ste} eeuw verzwakt het geloof in de natuurrechtelijke oorsprong van mensenrechten. Waar deze oorsprong nog erg duidelijk naar voren komt in de revolutionaire Franse mensenrechtenteksten, worden natuurrechtelijke verwijzingen zeldzamer in de Franse mensenrechtenteksten van de Franse Vierde en de Vijfde Republiek.⁷³ De VN-Verklaring voor de Rechten van de Mens uit 1948 ademt dan nog wel een sterke graad van natuurrecht uit, toch blijkt het duidelijk uit de voorbereiding van deze tekst dat er tussen de onderhandelende delegaties alles behalve eensgezindheid bestond over de oorsprong van de mensenrechten die ter tafel lagen.⁷⁴

De natuurrechtelijke oorsprong van mensenrechten schetst een beeld van wie wij burgers zijn en van de natie waar we deel aan hebben. Natuurrecht vormt een integraal deel van de universele zijde van het verhaal van de Natie. Het geeft een universele, transcendente zin aan de contingente constitutionele voorgeschiedenis van verdrukking en bevrijding. Het natuurrecht geeft mensenrechten daarmee een superieure waarde, wat hun opname in grondwettelijke teksten rechtvaardigt.

Geleidelijk aan begint in de loop van de 20^{ste} eeuw de locus van de legitimiteit van mensenrechten zich te verplaatsen van de transcendente oorsprong van mensenrechten naar hun maatschappelijk nut. In de oude conceptie hadden mensenrechten geen doel dat buiten hen lag; mensenrechten *an sich* waren het doel. Dit absolute karakter van mensenrechten ruimt plaats ten voordele van een relatief karakter, waarbij rechten pas aanspraak maken op een erkenning als mensenrechten indien ze een fundamenteel geacht maatschappelijk doel

⁷³ Jacques Robert en Jean Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Parijs, Montchrestien, 1999 (7^{de} editie), p. 64.

⁷⁴ Charles Beitz, *The Idea of Human Rights*, Beitz, p. 20.

dienen. Dit geeft aanleiding tot een explosie van nieuwe mensenrechten en van nieuwe soorten mensenrechtendiscours.

1.2 Het sociaal nut van mensenrechten

Dit is meest zichtbaar in het ontstaan van de zogenaamde mensenrechten van de tweede generatie, de sociale en economische mensenrechten. De economische rechten betreffen in hoofdzaak arbeidsgerelateerde rechten, waarvan het voornaamste het recht op arbeid zelf. Verdere rechten, zoals het recht op sociaal overleg, worden internationaal uitgewerkt in de conventies van de Internationale Arbeidsorganisatie. Interessant aan deze economische rechten is dat zij beroep doen op het typische discours van Recht als Vrijheid. Door beroep te doen op een grondrechtelijk discours, genieten zij mee van de legitimiteit die de klassieke grondrechten genieten. Hoe groot het maatschappelijk draagvlak voor deze nieuwe rechten ook zij, toch zijn deze nieuwe economische rechten in hun oorsprong de agenda van een bepaalde beroepsgroep, m.n. de groep van de werkende mensen in dienstverband. Door zich te verwoorden als universele grondrechten, bedient de particuliere beleidsagenda van een bepaalde beroepsgroep zich van een discursieve universaliteit.

De vermenging van universele principes met particulier beleid betekent dat mensenrechten nog moeilijk enkel gezien kunnen worden als een constructieve interpretatie van waar we voor staan als gemeenschap. Deze constructieve interpretatie figureerde traditioneel als een principieel kader dat de beleidsruimte van de wetgevende en de uitvoerende macht beperkte. De sociale en economische rechten daarentegen functioneren anders: doordat ze verwoord worden als grondrechten en opgenomen worden in grondwettelijke teksten, geven ze een hoger belang aan een bepaalde *beleidsagenda* ter transformatie van de maatschappij.

1.3 Het economisch nut van mensenrechten

De open poort van het maatschappelijk nut van mensenrechten wordt in een later stadium ook gebruikt door Recht als Markt. Naast de hierboven reeds aangesneden nieuwe fundamentele economische rechten - de vier vrijheden - gaat dit discours ook gradueel het bestaande grondrechtendiscours beïnvloeden. Pleiten voor mensenrechten op basis van hun intrinsieke principiële waarde verliest terrein. Andere politieke argumenten, gegrond in de Markt, winnen aan belang. De verdediging van mensenrechten wordt vaak gevoerd door te

verwijzen naar de economische functionaliteit van mensenrechten. Zo wordt vaak het argument gemaakt dat de Indische democratie met zijn vrijheid van meningsuiting een gunstig klimaat schept voor innovatie en economische groei. Omgekeerd gaan anderen dezelfde mensenrechten ontmaskeren op grond van overwegingen van de economische orde. Zo zou het Chinese politiek model - niet gehinderd door een overdreven respect voor mensenrechten - efficiënter zijn in het realiseren van economische groei.

Zoals hoger aangehaald, bestaat het risico van deze onttroning van het mensenrechtendiscours hierin dat de vernieuwde beleidsmatige bestaansgrond van mensenrechten zal binnensluipen in het ontwikkelen van de concrete toepassingsvoorwaarden van mensenrechten. Zeker omdat Recht als Markt een voorliefde vertoont voor teleologische interpretatiemodellen, is het niet ondenkbaar dat een mensenrecht sneller als geschonden zal worden beschouwd in de mate dat het economisch nut van de *in concreto* toepassing van het mensenrecht in kwestie is aangetoond.

1.4 Een voortdurende legitimiteitscrisis

De verwijzing naar het maatschappelijk (sociaal of economisch) nut van mensenrechten heeft het mensenrechtendiscours een legitimiteitscrisis bezorgd. Wat onderscheidt mensenrechten nog van andere in recht gegoten beleidsmaatregelen, behalve dan het feit dat ze ingeschreven worden in teksten met grondwettelijke of verdragsrechtelijke waarde? Er wordt dan ook druk gezocht naar een nieuwe fundering van mensenrechten.⁷⁵

2. De Belgische arbeidswetgeving

De evolutie van het Belgisch wetgevend kader van de arbeidsovereenkomsten laat een interessante ontwikkeling zien doorheen de drie verhaallijnen. In de Wet van 10 maart 1900 betreffende de arbeidsovereenkomst voor werklieden⁷⁶ staat de vrijheidsidee tussen werkgever en werknemer nog centraal. De arbeidsrelatie wordt er geconcipieerd als een vrije contractuele verhouding. De beschermingsidee doet voor het eerst met voorzichtige passen zijn intrede met de Wet van 7 augustus 1922 op de arbeidsovereenkomst voor bedienden.⁷⁷

⁷⁵ Charles Beitz, *The Idea of Human Rights*, p. 1-3.

⁷⁶ Wet op de arbeidsovereenkomst voor werklieden, *BS* 14 maart 1900.

⁷⁷ Wet van 7 augustus 1922 op het bediendencontract, *BS* 16-17 augustus 1922.

Ten slotte heeft de laatste decennia de flexibiliteitsidee haar intrede gedaan in het Belgisch arbeidsrecht,⁷⁸ uit overwegingen van economische efficiëntie. Achtereenvolgens vormen vrijheid, bescherming en flexibiliteit de drie zichtbare veruitwendigen van de drie verhaallijnen in het arbeidsrecht.

⁷⁸ Blanpain, *Arbeidsrecht in hoofdlijnen*, p. 78-79.

EINDSTAND

1. De verbrokkeling van het recht

De verbrokkeling van het recht zoals we die na het ontstaan van de sociaaleconomische rechtsorde hadden kunnen vaststellen, is in intensiteit toegenomen met de expansie van Recht als Markt. De verschillende instanties van Recht als Markt, die op steeds meer plaatsen in het web van het recht opduiken, onttrekken zich uit het interpretatieve weefsel van *law as integrity*. Deze instanties zoeken geen aansluiting bij de zoektocht naar en de interpretatie van het collectieve waardenschema van de gemeenschap. Het recht ontwikkelt zich in verschillende richtingen. Een principiële consistent verhaal valt niet meer te vertellen. De gemeenschapsidee verbonden aan de idee van Natie en algemeen belang blijft als schim van zichzelf nog wel een ankerpunt van waaruit de verbrokkeling en de decommunautarisering van het recht in het vizier worden genomen.

Op het einde van zijn boek geeft Dworkin naar eigen zeggen een ander antwoord op de vraag naar de definitie van het recht. Hierin beschrijft hij het recht als een interpretatieve ingesteldheid van iedere burger, waarbij de burger zelf nagaat voor welke principes de samenleving staat en hoe die zich dienen te uiten in concrete gevallen.⁷⁹ Misschien ligt de essentie van het in deze thesis gemaakte punt wel in een spanning tussen de twee definities van het recht die Dworkin aanbiedt. De ingesteldheid is reëel aanwezig, of burgers veronderstellen toch van elkaar dat ze over de samenleving geacht worden na te denken vanuit die ingesteldheid, maar tegelijk hebben de burgers het vertrouwen verloren in het recht zoals het zich ontwikkeld heeft. De crisis van het recht ligt precies in het feit dat de burgers de evolutie van het recht niet meer zien als een veruitwendiging van deze ingesteldheid in hoofde van politici, rechters en ambtenaren die het recht sturen. De evolutie van het recht lijkt een of meerdere andere logische modellen te volgen, die niet aansluiten bij de ingesteldheid van integriteit van de burger.

⁷⁹ Dworkin, *Law's Empire*, p. 413.

2. Een nieuwe homogeniteit: de verdwijning van het onderscheid tussen principes en beleid

In de strijd tussen de verscheidene verhalen die elk een zo constructief mogelijke lezing aan de ontwikkeling van het recht trachten te geven, toont de verhaallijn van de Markt zich het meest assertief. De marktlogica vormt een kritisch *frame* om Recht als Bescherming in twijfel te trekken en ondergraaft de principiële logica van Recht als Vrijheid. Het recht ondergraaft m.a.w. zichzelf.

Recht riskeert een beleidstechnocratisch instrument te worden in handen van een beleidsagenda die zich niet meer ondergeschikt ziet aan fundamentele principes. Als voorbeelden kunnen de ‘principes’ van de interne markt aangehaald worden, die in het Europees recht fundamentele waarde genieten. Een ander voorbeeld is de recente Europese push om een zogenaamde ‘*golden rule*’ in de nationale grondwetten in te schrijven, een regel die de lidstaten een maximum overheidstekort en een maximum schuldgraad oplegt.⁸⁰ De constitutionalisering van een begrotingsregel die als doel heeft het staatshuishouden op orde te houden, leidt ertoe dat fundamentele grondwettelijke principes en een macro-economische haalbaarheidsstandaard samen in de balans worden gelegd. Of er zich gevallen van arbitrage zullen voordoen, is moeilijk denkbaar. Toch toont het een diepere kwaal: de grondwet wordt niet langer aanzien als een constitutief document voor de gemeenschap waarvoor we staan, maar als een tekst die meer autoriteit geniet louter *omdat* de procedures om deze tekst te wijzigen, moeilijker zijn dan de gewone procedures om een wet aan te nemen. In die optiek kan een begrotingsregel er perfect naast een grondrechtencatalogus figureren.

Een economische beleidsagenda bestaande uit een ordentelijk macro-economisch beheer en een vrije markt, is dus gaandeweg deel gaan uitmaken van ons fundamenteel juridisch *acquis*. Waar Dworkin nog weigerde om de evolutie van het recht op het niveau van het recht spreken te zien als een oefening in pragmatisme, zit het pragmatisme in het Europees recht ingebakken in een hoger niveau. Het constitutionele schema van de principieel-utilitaristische markt van het Europees recht vormt een aanslag op integriteit. Het afgeleid recht ontwikkelt zich op basis van de unidirectionele functionalistische en teleologische interpretatiemodellen die het nieuwe constitutionele schema genereert. Een constructieve interpretatie van de

⁸⁰ Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union, het zogenaamde Fiscal compact, getekend op 2 maart 2012 door alle EU-lidstaten met uitzondering van het Verenigd Koninkrijk en Tsjechië.

waarden die de politieke praktijk van de gemeenschap vorm geven, zou een hinderpaal vormen bij het Markt-rechtsdenken dat *top down* de evolutie van het recht structureert.

In de mate dat de utilitaristische zijde van het marktdenken de principiële markt in het gedrang kan brengen, dreigt uiteindelijk het vermarkte recht ook een aanslag te vormen op het concept “recht” zoals Dworkin het definieert, m.n. een bescherming tegen overheidsdwang. Terwijl een *all out* pragmatisme nog verzacht wordt door de gelijkheids- en rechtvaardigheidsconcepties van de principiële markt, schuilt er een derive van terreur in een zich ontporend marktdenken dat deze concepties aan de kant schuift als obstakels op de weg naar de noodzakelijke realisatie van de perfecte markt.

De collectief-utilitaristische denkschema's van de markt zijn vandaag het voorwerp van grote kritiek. Toch centreert de populaire kritiek zich niet op het feit dat utilitaristische denkschema's gebruikt worden, maar veeleer op de vraag welke utilitaristische *benchmarks* gebruikt worden. De kritiek spitst zich toe op het gebruik van de standaard van het bruto binnenlands product. Alternatieve criteria worden voorgesteld, zoals *bruto binnenlands geluk*.⁸¹ Naast de voor de hand liggende vraag naar de definitie en de meting van dat geluk, blijft de fundamentele bedenking dat een recht dat zich ent op een globale utilitaristische standaard in plaats van zich te zien als de zoektocht naar de principes die een gemeenschap constitueren, met dezelfde kritische obstakels geconfronteerd zal worden als diegene die Recht als Markt geen geschikte kandidaat maken om als *law as integrity* geïnterpreteerd te worden.

⁸¹ Dit concept, uit Bhutan overgewaaid, lijkt aan een serieuze opmars bezig. Zie bv. het ‘World Happiness Report van o.a. Jeffrey Sachs van Columbia University: <http://www.earth.columbia.edu>.

BIBLIOGRAFIE

Primaire literatuur

Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.

Secundaire literatuur

Arendt, Hannah Arendt, *Vita Activa*, Amsterdam, Boom, 1994, derde druk.

Beitz, Charles, *The Idea of Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

Blanpain, Roger, *Arbeidsrecht in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 2004.

Coase, Ronald, 'The problem of social cost', *Journal of Law and Economics*, October 1960.

Cooter, Robert en Ulen, Thomas Ulen, *Law and Economics*, Boston, Addison Wesley, 2007, 5de druk.

Dworkin, Ronald, 'What is Equality? Part 2: Equality of resources', *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 10, No. 4, 1981.

Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.

Elhauge, Einer en Geradin, Damien, *Global Competition Law and Economics*, Oxford, Hart.

Foucault, Michel, *Society must be defended*, Lectures at the Collège de France, Londen, Penguin, 1975-76.

Habermas, 'Three Normative Models of Democracy', *Constellations*, vol.1, No. 1, 1994.

Lenaerts, Koen en Van Nuffel, Piet, *European Union Law*, Londen, Sweet & Maxwell, 2011 (derde editie).

Marx, Karl en Engels, Friedrich, *Het communistisch manifest*, Amsterdam, Pegasus, 1979 (17de druk).

Robert, Jacques Robert en Duffar, Jean Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Parijs, Montchrestien, 1999 (7^{de} editie).

Sanders, Luc Sanders en Devos, Carl Devos (eds.), *Politieke ideologieën*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2008.

Sieyès, Emmanuel-Joseph, 'Qu'est-ce que le Tiers Etat?' in Emmanuel-Joseph Sieyès, *Ecrits politiques*, Roberto Zapperi (ed), Brussel, Editions des Archives Contemporaines.

Van Langendonck, Jef en Put, Johan, *Handboek Sociale Zekerheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2002.

ABSTRACT

In het rechtstheoretisch debat tussen conventionalisme en pragmatisme biedt Dworkin een aantrekkelijke derde weg aan: *law as integrity*. Deze rechtsconceptie staat en valt met Dworkins politieke filosofie. De politieke gemeenschap is volgens Dworkin een principiële gemeenschap die staat voor *fairness*, rechtvaardigheid, *procedural due process* en integriteit. De verplichting om de Wet na te leven is een associatieve verbintenis die logisch volgt uit deze principiële natuur van de gemeenschap. De taak van de wetgever en de rechter bestaat erin om het recht zo te ontwikkelen dat het aansluiting vindt bij de concepties van *fairness* en rechtvaardigheid die de bestaande rechtspraktijk schragen.

In deze thesis werd het Belgisch en Europees recht geëvalueerd in het licht van Dworkins politieke filosofie en rechtstheorie. Daarbij werd een onderscheid gemaakt tussen drie types recht: Recht als Vrijheid, Recht als Bescherming en Recht als Markt. Het punt werd gemaakt dat Recht als Vrijheid een vorm van *law as integrity* is, dat zich laat lezen als een consistente interpretatie van de principes waar de Natie voor staat. Recht als Bescherming daarentegen is een recht van en voor sociaaleconomische categorieën. De gemeenschappelijke zoektocht naar waar de Natie voor staat, is er zoek.

Recht als Markt ten slotte is een instrument ter realisatie van de perfecte markt, maar geeft geen uitdrukking aan de principes van de gemeenschap. Ook al draagt Recht als Markt een conceptie van rechtvaardigheid en gelijkheid in zich, toch vindt Recht als Markt zijn legitimiteit niet in de lotsverbondenheid van de leden van de gemeenschap. Bovendien riskeert de perfecte markt die Recht als Markt nastreeft de conceptie van rechtvaardigheid en gelijkheid waar de Markt voor staat in het gedrang te brengen. In die zin dreigt Recht als Markt alsnog een pragmatische rechtsconceptie te worden, waarmee, niet gehinderd door principes, een perfecte markt gerealiseerd wordt.

Aantal woorden (exclusief voetnoten): 19.641