

Besprekingen en aankondigingen

De redactie verwelkomt initiatieven tot het schrijven van evaluatieve recensies en korte boekaankondigingen. Neemt u daartoe vooraf contact op met de recensieredacteur.

W.T. Eijsbouts, Het verdrag als tekst en als feit. De wedergeboorte van het Europese recht uit het vallen van de Berlijnse Muur (oratie Amsterdam UvA), Vossiuspers UvA: Amsterdam 2002, 55 p.

Op 9 november 2001 hield Eijsbouts zijn oratie, *Het verdrag als tekst en als feit*, bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar in het Europese constitutionele recht en zijn geschiedenis aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Amsterdam. Dit heugelijke feit is neergeslagen in een tekst, zodat het mogelijk is dat drie jaar na dato alsnog een recensie hiervan verschijnt. Daarmee raken we meteen aan de fundamentele tegenstelling van waaruit Eijsbouts' oratie vertrekt, die tussen tekst en feit. Eijsbouts introduceert deze tegenstelling direct aan het begin bij zijn lezing van het toneelstuk *Romeo and Juliet* van Shakespeare. Uit deze tragedie trekt hij de 'theoretische les' dat het 'loont om in een afspraak niet alleen een tekst te zien, maar ook een feit – wie de afspraak uitlegt naar de geest in plaats van haar letter, beroept zich immers op de afspraak als feit eerder dan op haar tekst' (p. 9). In het hierop volgende betoog tracht hij het aan te tonen dat een opvatting van het verdrag als feit, en niet primair als tekst, wezenlijk is voor het begrip van het uit het verdrag voortvloeiende recht. Het is niet zozeer een interne 'tekstuele evolutie' als wel een opvolging van concrete feiten die verantwoordelijk is voor een omslag in het denken over het Europese recht. Met name het vallen van de Berlijnse Muur heeft de onhoudbaarheid aangetoond van zowel de 'communautaire orthodoxie', volgens welke de Europese Unie een autonome rechtsorde is die in plaats van de lidstaten komt, als de 'nationale orthodoxie' die exclusieve soevereiniteit voor de lidstaten claimt (p. 13 e.v.).

Voor de herwaardering van het feit bij de uitleg van de overeenkomst in het algemeen en het verdrag in het bijzonder zoekt Eijsbouts allereerst aansluiting bij Scholten, die naar zijn mening door de 'wat brave bende van drie jonge privatisten', enige tijd geleden benoemd aan de UvA, schromelijk wordt verwaarloosd (p. 42). Volgens Scholten wordt het rechtskarakter van een overeenkomst niet bepaald door de inhoud (de tekst) maar door de oorsprong (het feit), ofwel de aan een specifieke plaats en tijd gebonden wilsontmoeting van partijen. Deze, door Scholten en andere Amsterdammers verdedigde opvatting zet zich af tegen de positie die het recht definieert als

een systeem van regels. Uit de begeleidende voetnoot blijkt dat Eijsbouts hierbij met name denkt aan de 'puristen en positivisten' Kelsen en Hart (noot 5, p. 45). Hiertegenover stelt Eijsbouts dat een 'louter feit' zonder tekst toch juridisch bindend kan zijn. Een feit omschrijft hij in dit verband als 'elke naar enkele plaats en enkel tijdstip bepaalde verandering in situatie' (p. 13). Als voorbeeld verwijst hij naar de handreiking van Jan Ullrich naar Lance Armstrong tijdens de Tour de France van 2001, die Armstrong beantwoordde zonder dat daarbij tekst aan te pas kwam.

Er bestaat in het recht een complexe relatie tussen feit en tekst. Tekst en feit gaan vaak goed samen, maar soms is er frictie, aldus Eijsbouts. Het zijn volgens hem 'twee vergelijkbare compatibele structuurvormen van menselijke intelligentie', die van elkaar kunnen worden onderscheiden in termen van tijd: 'Feiten zijn punctueel, dat is tijds- en plaatsgebonden, ongeduldig. Tekst is traag, geduldig, zonder noodzakelijke binding aan tijd en plaats' (p. 19). Anders gezegd: 'Het feit geeft het leven en de kiem van objectiviteit; de tekst condenseert die elementen en bewaart ze voor bederf, hij bestrijdt misverstand, illusie en subjectiviteit' (p. 18). Feit en tekst kunnen op verschillende manieren op elkaar inwerken: een opvolging van feiten wordt steeds meer aan tekst gebonden; een gebonden relatie van tekst en feit brengt zowel nieuwe tekst, bijvoorbeeld een wijziging van het verdrag, als een nieuw feit, zoals het houden van een raadplegend referendum, voort; en een feit maakt inbreuk op een tekst.

Vervolgens stelt Eijsbouts dat de opvatting van het verdrag als feit een betere fundering mogelijk maakt van de teleologische interpretatiemethode, die het Internationale Gerechtshof hanteert bij de uitleg van het EG-verdrag. Gebruikelijk is die fundering te zoeken in de tekst van het EG-verdrag zelf, maar dat is volgens Eijsbouts niet overtuigend. Wanneer gesproken wordt over 'de 'geest' of de 'algemene structuur' van het Verdrag, wordt immers verwezen naar een 'enige juridisch relevante werkelijkheid buiten de tekst'. Er wordt een beroep gedaan op een 'buitenwereld', een 'niet-tekstuele lading die in de eerste plaats *door partijen bij sluiting* in die gebeurtenis [wordt] geïnvesteerd' (p. 22).¹ Eijsbouts ontkent dat elke extensieve interpretatie terug te voeren is tot de tegenstelling tekst-feit. Daartoe is nog een derde begrip vereist: de duurzame menselijke verhouding. Met het feit zorgt de verhouding voor de verankering van het recht in de 'brute' werkelijkheid. Ook de relatie tussen beide termen duidt Eijsbouts in temporele termen, onder verwijzing naar Bergson: de verhouding is een kwestie van *durée*; het feit is *instant*. Hij verzet zich tegen de neiging van juristen om de rechter tot enige uitlegger van wet en verdrag te verheffen. Pas wanneer de

1 Cursivering door de auteur. De hier aangehaalde zin is grammaticaal incorrect, maar ik hoop hem hiermee in ieder geval 'naar de geest' juist te hebben weergegeven.

betrokken partijen de extensieve uitleg van een wets- of verdragsnorm aanvaarden, is de extensieve uitleg een feit, zoals bij het Van Gend & Loos-arrest gebeurde. De meerwaarde van het recht is erin gelegen dat de juridische beslechting van een geschil binnen bestaande verhoudingen – wanneer deze tenminste op een ‘fatsoenlijke’ manier gebeurt – een ‘abstract precedent uit het generaliseerbare dictum’ scheidt (p. 27). Het recht heeft echter niet het monopolie over die meerwaarde; de lidstaten kunnen ook het aldus geschapen precedent ten eigen bate benutten.

Tot slot gaat Eijsbouts in op de vraag, hoe een feit op een tekst inbreuk kan maken. Hij ziet in het Verdrag van Maastricht uit 1992 de ‘opvolger’ van het vallen van de Berlijnse Muur in 1989. Het Verdrag zelf is niet alleen tekst maar ook een feit dat de val van de muur moet bezweren. De Duitse kanselier Kohl kreeg indertijd van zijn Franse collega Mitterand instemming met de hereniging van beide Duitslanden, onder meer doordat hij zich bereid verklaarde de D-Mark in te ruilen voor de Euro. De belangrijkste juridische betekenis van het Verdrag is volgens Eijsbouts erin gelegen dat de lidstaten en hun bevolking zijn gevangen in het ‘corset’ van de solidaire wijzigingsprocedure van artikel 49 EU-verdrag. Hierdoor is de betrokkenheid van de lidstaten en hun bevolkingen bij de ontwikkeling van de Europese Unie en het hierbinnen geldende recht vergroot. In de filosofie van het structuralisme en poststructuralisme wordt de betekenis van het feit voor de tekst miskend, omdat zij ervan uitgaat dat er – in de woorden van Derrida – niets buiten de tekst is (‘il n’y a pas de hors-texte’). Zij maakt zich schuldig aan ‘overtekstualisering’, die Eijsbouts kortweg als ‘onzinnig’ afdoet. Het hierbinnen geldende primaat van tekst boven feit keert hij de facto² om. Een feit wordt niet enkel gekenmerkt door ‘chaotische impulsiviteit’, maar maakt het ook mogelijk, meestal achteraf, om duidelijkheid en verband te brengen in menselijke verhoudingen. ‘Het enkele feit heeft in zijn kern een onaantastbaar vast punt in ruimte en tijd; een punt dat in de ruimte voor vrijwel iedereen buiten zichzelf staat, en dat in tijd groeiende afstand biedt. Vanuit dat feit kan men dan zijn eigen en andermans belevingen beschouwen, ook in samenspraak.’ Omgekeerd, ontbeert de tekst een dergelijk ordenend vermogen. ‘Tekst mist precies het vermogen van afstand, binding en vereenvoudiging dat feiten bieden, eenvoudig omdat tekst minder gebonden is aan een eigen plaats en moment.’ (p. 34) Een tekst laat, juist omdat ze relatief los van tijd en plaats bestaat, meerdere betekenissen toe en creëert daarmee onduidelijkheid. Wanneer het Verdrag van Maastricht, in onder-

2 Eijsbouts verklaart zelf van een nevenschikking van feit en tekst uit te gaan (voetnoot 6, p. 46), maar daarvan geeft zijn tekst geen blijk, integendeel, deze is een onverholven lofzang op de natuurlijkheid, de singulariteit, de impulsiviteit, de tegelijk ontregelende en ordenende kracht, en wat dies meer zij, van het feit.

ling verband met het EG-verdrag als EU, als een feit wordt opgevat, leidt dit volgens Eijsbouts tot een mogelijke omslag in het denken die ‘wel bijna Copernicaans’ is (p. 38). Als voorbeelden van terreinen waarop deze ‘wedergeboorte van het Europese recht’ zich zou moeten voltrekken, noemt Eijsbouts: de constitutionalisering van het Unie-recht, de doorwerking van het Unie-recht en het materiële EG-recht. Hij besluit zijn betoog met een oproep tot een herwaardering van de temporele kant van het recht, die onder de nog steeds voortdurende heerschappij van Rawls en Dworkin verwaarloosd zou zijn.

Bij deze haast bombastische slotakkoorden van dit over het geheel genomen fraai gecomponeerde en geformuleerde betoog zijn ten minste twee kanttekeningen te plaatsen, een van rechtstheoretische/metajuridische aard en een van meer praktische/dogmatische aard. In reactie op zijn afwijzing van het (post)structuralisme, kan men zich op theoretisch niveau afvragen hoe houdbaar de door Eijsbouts gemaakte tegenstelling tussen tekst en feit en zijn privilegiëring van feit boven tekst is. Elke tekst verwijst altijd naar iets buiten die tekst – ideeën, meningen, feiten, andere teksten –, maar omgekeerd krijgen deze buitentekstuele verwijzingen pas hun betekenis in en door de inbedding in een tekst. Dat betekent dat er geen voor zichzelf sprekende, ‘enkele’, ‘brute’ of ‘naakte’ feiten zijn, maar dat ‘feiten’ pas gaan spreken als zij binnen een tekstueel verband tot spreken zijn gebracht en daarbinnen in hun veronderstelde singulariteit, bruut- en naaktheid verschijnen. En, doordat feiten steeds in nieuwe tekstuele verbanden worden ingevoegd, ‘zeggen’ ze ook steeds iets anders. ‘Meaning is context-bound, but context is boundless’, zoals Culler (*On Deconstruction*, p. 123) aangeeft. De enkele verwijzing naar het feit van het vallen van de Berlijnse Muur biedt geen ‘archimedisches punt’ van waaruit eenduidig en eenmalig de inhoud, het systeem en de ‘geest’ van het Verdrag van Maastricht vastgesteld kunnen worden. De politieke strijd om de betekenis van de val van de Muur gaat nog steeds voort, zoals uit de recente onlusten in het voormalige Oost-Duitsland blijkt. Eijsbouts’ veelvuldig gehanteerde personificaties – feiten ‘kunnen inslaan op de tekst’ en die tekst ‘een structuuromslag bezorgen’ (p. 9), het feit ‘geeft het leven en de kiem van objectiviteit’ (p. 18), het feit daagt de tekstuele orde uit (p. 32) enzovoorts – verhullen dat een feit op en uit zichzelf niets doet, maar pas in de interpretatie waarbij dit feit met andere feiten, teksten, meningen en ideeën wordt verbonden, ofwel ingevoegd wordt in een weefsel van tekst, zijn werking krijgt. In deze zin vat ik ook Derrida’s tot slogan geworden uitspraak op dat er niets buiten de tekst is. Het onderscheid tussen een tekst en zijn ‘buiten’ wordt niet opgeheven, maar fundamenteel ter discussie gesteld. Elke interpretatie (van een feit, van een tekst, van een feit binnen een tekstueel verband) kenmerkt zich door voorlopigheid: ‘geen interpretatie is de laatste

interpretatie, het blijft mogelijk bij de tekst te verwijlen door de eigen interpretatie van een voorbehoud te voorzien, tot in het oneindige. De representatie wordt verwickeld in een *uitstel*' (Van Roermund, Recht, verhaal en werkelijkheid, p. 40).

Meer praktisch, en in reactie op Eijsbouts afwijzing van het 'puristische' positivisme, doet zich de vraag voor, in hoeverre de opvatting van het verdrag als feit, en niet primair als tekst, inderdaad wezenlijk is voor het begrip van het uit het verdrag voortvloeiende recht. 'Wezenlijk' betekent dat het verdragsrecht niet of niet goed kan worden begrepen zonder de relevante, buitenjuridische feiten erbij te betrekken. Dat toont Eijsbouts echter niet aan. Enerzijds zijn de feiten waarnaar hij verwijst, die mede tot de totstandkoming van het Verdrag van Maastricht hebben geleid, zoals onder meer het feit dat Kohl de Duitse toetreding tot de munt-unie als wisselgeld hanteerde om de hereniging mogelijk te maken – anekdotisch van aard en juridisch niet relevant. Ze zijn wellicht interessant voor een historicus, die de genese van het Verdrag wil beschrijven en verklaren, maar niet voor een jurist die de hieruit voortvloeiende bepalingen moet uitleggen. De solidaire wijzigingsprocedure van artikel 49 EU-verdrag laat zich heel wel begrijpen zonder voorafgaande kennisneming van de totstandkomingsgeschiedenis van het Verdrag. Wetenschapsfilosofisch uitgedrukt, kan er een onderscheid worden gemaakt tussen de *context of discovery*, bestaande uit de sociale en institutionele feiten die leiden tot de totstandkoming van een juridische tekst, en de *context of justification*, de praktijk van uitleg en rechtvaardiging die zich rond de eenmaal gevonden juridische tekst ontwikkelt, onafhankelijk van zijn geboortepapieren. Als Eijsbouts van mening is dat de sferen van *discovery* en *justification* nauwer op elkaar moeten worden betrokken dan ik het hier simplificerend voorstel of zelfs niet los van elkaar gedacht kunnen worden (daartoe is binnen de wetenschapsfilosofie alle aanleiding), dan zal hij dat met overtuigender voorbeelden aannemelijk moeten maken.

Anderzijds zijn de feiten waarnaar Eijsbouts verwijst, die bij een extensieve – maar eigenlijk bij elke³ – uitleg een rol spelen en die hij als 'extra-juridisch' karakteriseert, naar mijn overtuiging geen feiten of in ieder geval geen 'zui-vere', dat wil zeggen niet door tekstuele inbreng bezoedelde, feiten. Eijsbouts geeft aan, 'uitleghulpen' als 'geest' en 'algemene structuur' te beschouwen als 'verwijzingen naar enige juridisch relevante werkelijkheid buiten de tekst' (p. 22). Even tevoren spreekt hij over 'de telkens uit de feiten opduikende geest' die in tekst wordt gevangen (p. 21). Daarmee lijkt hij refe-

3 Zie mijn artikel over de analogieredenering in het strafrecht: Bart van Klink, 'Bedreigt rechtsvinding de rechtszekerheid? Een kritisch-hermeneutische visie op de rol van de rechter in het materiële strafrecht', *Delikt en Delinkwent* 2001, p. 685-710.

renties naar de geest van de wet of het verdrag, evenals die naar het systeem, tot de sfeer van de feiten te rekenen. Dat valt moeilijk vol te houden. 'Het systeem' is een geestelijke constructie op een hoog abstractieniveau die het gemeenschappelijke en verbindende tracht te vinden in een verzameling van concrete bepalingen, eventueel ondersteund met gegevens ontleend aan andere teksten, zoals parlementaire stukken. Hetzelfde geldt voor 'de geest'. Zij duikt niet zomaar als een natuurgebeuren op uit de feiten, maar zij is het gevolg van interpretatieve arbeid waarbij wederom teksten een cruciale rol spelen – naast parlementaire stukken, kan men bijvoorbeeld denken aan de preambule bij een wet of verdrag, eerdere jurisprudentie en rechtswetenschappelijke literatuur. Natuurlijk kunnen in beide gevallen 'anekdotes' uit de feitelijke sfeer van de totstandkoming de uitleg mede bepalen, maar ook deze zullen eerst moeten worden geïnterpreteerd en verbonden met andere, tekstuele en empirische, gegevens, voordat zij in het recht gelding kunnen krijgen. In het recht bestaan er dus geen 'loutere' feiten, maar enkel juridische getransformeerde en gedeformeerde feiten die hun betekenis en juridische verbindendheid ontleen aan de plaats die ze binnen een weefsel van tekst innemen.

Of zou Eijsbouts met zijn herwaardering van de feiten aandacht willen vragen voor het hermeneutische inzicht dat een rechtsregel pas zijn (steeds voorlopige) betekenis krijgt in de toepassing op en confrontatie met de feiten van het concrete geval? Daarin heeft hij zeker gelijk, maar dat is een inzicht dat zeker sinds Scholten in de Nederlandse rechtswetenschap gemeengoed is. Ook onderschrijf ik zonder meer zijn stelling dat de communautaire rechtsorde vooral dienstbaar dient te zijn aan 'een in belangrijke mate extrajuridische verhouding', ofwel het 'sociale of politieke verband in ruime zin' (p. 27), al kan ik me opnieuw niet voorstellen wie dat nog zinvol zou kunnen bestrijden.

Een oratie als institutioneel feit is gelukkig geen eindpunt van het denken, maar juist het begin ervan. Ze schetst daartoe de contouren van een programma dat in samenspraak en samenwerking met vakgenoten verder moet worden uitgewerkt. Met belangstelling kijk ik uit naar de teksten die dit programma nog zal produceren.