UA Repository

Het concordantiebeginsel in het Koninkrijk

Item Type	Book chapter
Authors	Elzinga, D.J.
Citation	Elzinga, D.J. (2011). Het concordantiebeginsel in het Koninkrijk. In van der Wal, H.A. (eds). Juridisch geweten 25 jaar Raad van Advies van Aruba. Caribpublishing BV. pp. 87-92
Publisher	Caribpublishing BV
Download date	2025-12-06 03:40:08
Link to Item	https://hdl.handle.net/20.500.14473/648

D.J. Elzinga[1]

Het concordantiebeginsel in het Koninkrijk

Te veel convergentie is schadelijk voor de Caribische delen van het Koninkrijk

Over 'vreemd' recht en 'eigen' recht

Juristen houden van rechtseenheid en rechtszekerheid. Door de vervaging van de grenzen van de rechtssystemen vanwege globalisering, internationalisering en europeanisering (*shared legal orders*) wordt het steeds moeilijker om overzicht en inzicht te verwerven in juridische posities en dan vormt de voortgaande convergentie van juridische vormen en normen een dankbaar houvast. In de juridische wereld heeft convergentie dan ook een positieve connotatie, terwijl divergentie in een wat meer negatief en verouderd daglicht is komen te staan. Met name in de sfeer van handel, financiën en economie is een wereldwijde juridische convergentie waarneembaar. De steeds sterkere samenhang van de Europese interne markt vormt daarvan slechts een deelbewijs. De voordelen van de convergerende ontwikkeling op deze terreinen zijn betrekkelijk eenvoudig aan te wijzen. Er ontstaan pas problemen door de zogenaamde reflexwerking van deze convergentie. Indien er aanmerkelijke successen kunnen worden geboekt op het ene terrein dan werkt dit aanstekelijk voor andere gebieden.

Op dat punt aangekomen ontstaat een aanmerkelijk probleem. Niet alle rechtsterreinen lenen zich voor vergaande convergentie. In algemene zin kan het verschijnsel convergentie tot ernstige vormen van rechtsvervreemding leiden, waardoor aan het functioneren van rechtssystemen grote schade kan worden toegebracht (Elzinga, 1997).

Vanuit deze algemene context kan ook het in het Koninkrijk der Nederlanden geldende concordantiebeginsel worden benaderd. Art. 39 van het Statuut bevat de volgende formulering: 'Het burgerlijk en handelsrecht, de burgerlijke rechtsvordering, het strafrecht, de strafvordering, het auteursrecht, de industriële eigendom, het notarisambt, zomede bepalingen omtrent maten en gewichten worden in Nederland, Curaçao, Sint Maarten en Aruba zo veel mogelijk op overeenkomstige wijze geregeld.' Het tweede lid schrijft vervolgens voor dat bij voorstellen tot ingrijpende wetswijziging in een land aan de andere landen de gelegenheid moet worden gegeven hun zienswijze daarover te geven. Wat meteen opvalt, is dat het statutaire concordantiebeginsel maar een beperkte werking heeft. Diverse rechtsgebieden, waaronder het omvangrijke publiekrecht (uitgezonderd het strafrecht en de strafvordering), worden in art. 39 niet genoemd. In de praktijk echter is dit geen belemmering om ook voor die andere rechtsgebieden een meer of minder vergaande concordantie te bepleiten. Zo bepleit Rogier (2008) in zijn UNA-oratie concordantie op het terrein van het bestuursprocesrecht.

1 Prof. mr D.J. Elzinga is hoogleraar Staatsrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen en aan de Universiteit van Aruba.

Vanuit het perspectief van de Hoge Raad als cassatierechter wordt er met enige regelmaat op gewezen dat concordantie van wetgeving cruciaal is voor de cassatiefunctie. De oud-president van de Hoge Raad – W. Haak – formuleerde dat als volgt: 'In het vorenstaande heb ik betoogd dat de wetgeving in het Koninkrijk zo veel mogelijk op elkaar afgestemd moet zijn. Concordantie van rechtspraak is een complement van de vorenbedoelde concordantie van wetgeving. Zonder deze concordantie kan de Hoge Raad zijn taak als hoeder van de rechtseenheid bezwaarlijk uitoefenen.' Haak erkent uiteraard dat art. 39 Statuut een beperkte reikwijdte heeft, maar oordeelt dat ook overigens concordantie aangewezen is: convergentie (= concordantie) als regel, divergentie als uitzondering. Zouden bijvoorbeeld binnen het Koninkrijk geheel autonome rechtseenheden bestaan, dan vervalt volgens Haak de grondslag aan de cassatierol van de Hoge Raad (Haak, 2004, 2005).

Een volgende invalshoek om rechtseenheid in algemene zin te bepleiten is de praktische overweging dat in de Caribische delen van het Koninkrijk zo veel mogelijk geprofiteerd zou moeten worden van juridische *knowhow* uit Nederland. Omdat in de rechtspraak en aan de Caribische universiteiten veel Europese Nederlanders werkzaam zijn, zou nadruk op de rechtseenheid hun werkzaamheid aldaar aanzienlijk kunnen vergemakkelijken. Omdat er weinig Caribische rechtsliteratuur is, zou de Nederlandse rechtsliteratuur een dankbaar aanknopingspunt kunnen zijn. Vanwege de ontwikkelde en verfijnde rechtsdogmatiek op tal van Nederlandse rechtsterreinen hoeven Aruba, Curaçao en Sint Maarten niet steeds zelf het juridische wiel uit te vinden, etc. etc.

Vervolgens wordt er vaak op gewezen dat de economie van de Caribische koninkrijksdelen profiteert nu het Koninkrijk (lees: Nederland) waakt over een op westerse leest geschoeide rechtseenheid en rechtszekerheid. Aan buitenlandse investeerders kan derhalve duidelijk worden gemaakt dat de Nederlandse Cariben een *Supreme Court controlled economy* hebben, waarbij het betreffende hoogste gerecht – in casus de Hoge Raad – van westerse, want Nederlandse origine is.

Ten slotte lijkt er af en toe ook desinteresse te zijn voor het ontwikkelen van eigen rechtsarrangementen en wordt soms overgegaan tot het klakkeloos kopiëren van Nederlandse instituties en regels. Zo vermeldt de Arubaanse Staatsregeling in art. III 3.17 dat de staatssecretaris verantwoording aflegt aan de Staten. De rest van de Staatsregeling maakt het echter niet mogelijk om staatssecretarissen te benoemen in de Arubaanse regering, waardoor dit verantwoordingsartikel in de Staatsregeling een bizar karakter heeft. In de 'Grondwet' van een land behoren dergelijke bepalingen niet voor te komen.

Er zijn derhalve diverse en nogal uiteenlopende impulsen tot concordantie. Tezamen zorgen die impulsen voor een multiplier-effect, waarbij motieven voor divergentie het gemakkelijk afleggen. In dat verband dient eerst nog te worden opgemerkt dat veelvuldig wordt geconstateerd dat de werking van het concordantiebeginsel uit art. 39 Statuut in de periode van 1954 tot heden onder de maat is gebleven. Vanuit een bepaalde invalshoek bekeken, is die conclusie zeker juist. Indien in een van de landen ingrijpende veranderingen in de door art. 39 Statuut bestreken wetgeving plaatsvinden, moeten de overige landen in de gelegenheid worden gesteld hun zienswijze daarover te geven. In de praktijk is daar niet al te veel van terecht gekomen, zowel niet aan Nederlandse kant, maar ook niet aan de Caribische. Op tal van terreinen is er vervolgens nogal veel feitelijke divergentie, ook tussen de regelingen die wel worden bestreken door art. 39 Statuut. Deze divergentie is echter overwegend specifiek van aard en wel in die zin dat de Caribische regelgeving – voor zover überhaupt aanwezig – achter is gebleven bij de Nederlandse rechtsontwikkeling,

waardoor deze regelgeving door de Nederlandse bril bekeken een sterk verouderd karakter draagt. In veel mindere mate is er sprake van een welbewust gekozen divergentie in de zin van gemoderniseerde en horizontale afwijking. Ook deze feitelijke situatie van divergentie – in de betekenis van een achterblijvende of mankerende rechtsontwikkeling – leidt in de praktijk tot impliciete vormen van convergentie. Zo wordt de zittende magistratuur in de 'West' in hoofdzaak bevolkt door Europese Nederlanders. Komt men in concrete geschillen niet goed uit met de Caribische regelgeving, dan worden maar al te vaak via ongeschreven recht of rechtsbeginselen aan het Nederlandse recht ontleende arrangementen ingevoegd en meegewogen. Zo wordt bij de LAR-rechtspraak met regelmaat een beroep gedaan op normen die aan de voor de Cariben niet geldende Awb zijn ontleend. Bij afwezigheid of bij mankerende Caribische regelgeving gebeurt dat eveneens op de andere rechtsgebieden. Door de in hoofdzaak met Europese Nederlanders bevolkte rechtsprekende instanties worden de Caribische gaten dan gevuld met Nederlandse rechtsarrangementen of delen daarvan.

Opmerkelijk is ten slotte dat er in de Caribische delen van het Koninkrijk enerzijds maar al te vaak en graag wordt verwezen naar het juridisch kolonialisme dat door 'Den Haag' zou worden gepraktiseerd, terwijl anderzijds de animo om eigen rechtsarrangementen in elkaar te steken niet erg groot lijkt te zijn.

Legal transplants

Hoe moet nu tegen de fenomenen convergentie en divergentie in het Koninkrijk worden aangekeken? Om daarvoor een adequaat beoordelingskader te scheppen, is het van betekenis om in te gaan op het probleem van de zogenaamde *legal transplants*. Dit vraagstuk kan heel aardig worden ingeleid vanuit een Europese en vanuit een oude Nederlandse connotatie.

Eerst de Europese dimensie. Toen de Sovjet-Unie uiteenviel en de Berlijnse muur open ging, moesten diverse oude en nieuwe Oost-Europese staten op zoek naar een nieuwe constitutionele orde. De Amerikaan Goldstone leek daar gretig gebruik van te maken door in Oost-Europa rond te reizen met allerlei vormen en modaliteiten van grondwetten. Hij kon zijn waar maar moeilijk slijten, maar ten langen leste zijn veel van de nieuwe geschreven constituties in meer of mindere mate kopieën van westerse grondwetten. Toen in later jaren het Europese acquis voorschreef aan welke democratische en rechtsstatelijke eisen de betreffende staten moesten voldoen om lid te worden van de Europese Unie, bereikte het constitutionele kopieergedrag nog grotere hoogten. Het resultaat van dit alles is dat in menig Oost-Europees land constitutionele Potemkin-facades naar westers model zijn opgericht, die maar zeer gedeeltelijk aansluiten op de constitutionele werkelijkheid in die landen. In naam zijn het democratische rechtsstaten, maar al snel bleek dat voor de worteling van het democratisch rechtsstatelijke gedachtegoed het noodzakelijk is om de constitutionele ordening aan te laten sluiten bij de heersende en uit de kluisters van het communisme gebroken politieke en maatschappelijke culturen. Is de afstand te groot tussen het getransplanteerde recht van vreemde herkomst en de zich ontwikkelende constitutionele werkelijkheid, dan compliceert dat de democratisch rechtsstatelijke ontwikkeling bovenmatig. Deze omstandigheid is een van de belangrijkste redenen dat veel Oost-Europese landen hun constitutionele ordeningen hebben verfijnd en gemuteerd, teneinde het constitutionele recht en de rechtscultuur weer beter op elkaar af te stemmen. Ten aanzien van de toepassing van het Europese acquis op deze landen is ook in West-Europa geleidelijk de opvatting gegroeid dat er een zekere ontwikkelingsruimte moet worden gelaten en dat vormen van rechtsstatelijke divergentie soms tot betere resultaten voeren dan rigide convergentie. De evolutie in dit denken wordt mede gevoed door discussies over het

vraagstuk van de *rule of law promotion* in de bredere zin van het woord. Zo was tot de jaren negentig van de vorige eeuw de juridische dimensie in de ontwikkelingssamenwerking niet erg dominant. Na 1990 won de gedachte veld dat voor economische groei, armoedebestrijding en voor andere ontwikkelingsdoelen het bevorderen van *good governance* en versterking van de rechtsstaat van grote betekenis zijn. In de eerste fase leidde dit tot tal van *top-down*-benaderingen en *one size fits all*-concepten. Al snel werd echter ontdekt dat deze eenzijdige vorm van *rule of law*-promotie niet erg effectief is en in veel gevallen zelfs de situatie kan verslechteren, hetgeen tot veel kritiek heeft geleid op de *rule of law industry* (Carothers , 2006). Onder meer op initiatief van de Wereldbank werden bijvoorbeeld oorspronkelijk grootschalige initiatieven ontplooid om door de introductie van moderne rechtssystemen het grondbezit in ontwikkelingslanden los te weken van hun niet-geregistreerde en informele toestand. Deze operatie heeft tot weinig bevredigende resultaten gevoerd en heeft uiteindelijk geleid tot een belangrijke trendbreuk in het beleid van de Wereldbank, waarbij sinds de eeuwwisseling is gekozen voor een strategie van geleidelijkheid, differentiatie en maatwerk (Otto 2007).

De transplantatieproblematiek in de Oost-Europese en in de ontwikkelingslanden kent een pendant in de ex-koloniale wereld. Reeds tijdens de koloniale periode waren er hevige debatten over de mate waarin het recht van het moederland moest worden overgebracht naar de koloniën. Een aardig voorbeeld van de strijd die hier werd geleverd, was de bittere concurrentie tussen de universiteiten van Leiden en Utrecht op het terrein van de Indologie. Onder invloed van Cornelis van Vollenhoven werd vanuit Leiden bepleit dat de koloniale Nederlandse wetgever het 'adatrecht' – het gewoonterecht in Nederlands-Indië – moest erkennen en op waarde moest schatten. Scherpe kritiek werd door Van Vollenhoven uitgeoefend op koloniale 'bureauheren' in Nederland en Indië die uniforme westerse wetten wilden maken voor een oosterse bevolking. Aan het levende adatrecht moest volgens hem veel ruimte worden gegeven omdat dit naadloos paste bij de rechtscultuur aldaar, terwijl het Nederlandse recht op een dorre bodem zou vallen en daarom niet goed zou kunnen functioneren. Rechtsdualisme en rechtspluralisme vormden in Leiden dan ook het uitgangspunt. Met het transplanteren van Nederlandse normen in de Indische samenleving zou zeer terughoudend moeten worden omgegaan (Ossenbruggen, 1993). De Indologie-faculteit in Utrecht werd opgericht vanuit ongenoegen over deze Leidse benadering. Vanuit deze instelling – door de Leidenaren als 'oliefaculteit' aangeduid[2] – werd een snelle invoering van een uniform privaatrecht naar Europees-Nederlands model gepropageerd, onder gelijktijdige afschaffing van het op dit onderdeel toepasselijke adatrecht. Tot aan de onafhankelijkheid van Indonesië na de Tweede Wereldoorlog bleef de Leidse lijn van Cornelis van Vollenhoven in het Nederlandse beleid evenwel de dominante.

Toen na de Tweede Wereldoorlog staten op grond van hun zelfbeschikkingsrecht uit het koloniale verband braken, lag de keuze voor of het rechtsstelsel van het moederland zou blijven gelden, dan wel zou moeten worden overgegaan tot de ontwikkeling van eigen juridische ordeningen. Waar landen banden bleven behouden met het moederland of daar deel van uit bleven maken, lagen vergelijkbare vragen voor. Hoever moet de juridische autonomie reiken? In hoeverre is het aangewezen de instituties en regels van het moederland te kopiëren? En kunnen de hoge juridische standaarden van de westerse landen wel gedijen in niet-Europese klimaten en

2 F.C. Gerretson, in 1925 benoemd tot bijzonder hoogleraar op dit terrein, was de drijvende kracht van deze faculteit. Omdat Gerretson secretaris was geweest van de Bataafsche Petroleum Maatschappij (en van Colijn) en omdat de faculteit ook overigens nogal werd geassocieerd met de belangen van het bedrijfsleven, werd deze instelling de olie- of petroleumfaculteit genoemd.

culturen? Voor Nederland – in relatie tot het vroegere Nederlands-Indië en Suriname en nu alleen nog de Caribische delen van het Koninkrijk – staat deze problematiek bekend als het streven naar concordantie van wetgeving. Vanuit Nederland is er ten aanzien van de overgebleven delen van het Koninkrijk een continu streven om de Caribische bestuurspraktijk te laten voldoen aan Nederlandse normen van *good governance* en rechtsstatelijkheid. Bij het streven naar deugdelijk bestuur wordt in hoofdzaak gekeken door de Nederlandse bril. Ook de Caribische elites zien graag dat de hoge Nederlandse juridische standaarden worden ingevoerd en toegepast. Het probleem is evenwel ook hier dat vele van die standaarden lang niet altijd passen en zijn toegesneden op de Caribische rechtscultuur, waardoor rigide transplantatie in veel gevallen averechtse effecten sorteert. Concordantie van wetgeving beoogt de rechtseenheid in het Koninkrijk te verbeteren door allerlei van elkaar afwijkende regels te uniformeren en te convergeren. Dat streven heeft zeker betekenis, alleen al uit een overweging van meer eenvormige rechtspraak, maar in veel gevallen levert een rigide concordantie van wetgeving alleen maar regressie op omdat er geen aansluiting bestaat bij de op vele punten afwijkende rechts- en maatschappelijke cultuur. In dergelijke gevallen stimuleert concordantie van wetgeving de Caribische gewoonte om ja te zeggen en nee te doen. Indien bovendien deze geüniformeerde regels worden toegepast door rechterlijke functionarissen uit den vreemde, dan wakkert dat allerlei antagonismen aan die de verhoudingen binnen het Koninkrijk al lange jaren beheersen. Door een te rigide concordantie trekt men aan de blaadjes om het plantje te laten groeien en dat is de meest effectieve methode om het prille groeisel dood te maken.

Ook in het Koninkrijk anno 2011 behoren rechtspluralisme en rechtsdualisme – naar het woord van Cornelis van Vollenhoven – nog steeds een belangrijk uitgangspunt te zijn. In de Caribische delen van het Koninkrijk is er een overmaat aan 'vreemd', want Nederlands recht. Dit recht wordt in belangrijke mate door 'vreemde', niet-Caribische dames en heren – rechters, officieren van Justitie, universitaire docenten en hoogleraren – toegepast en onderwezen. Die bijdrage is weliswaar niet zonder betekenis – in tegendeel –, maar daarbij dient wel te worden bedacht dat die bijdrage ook een schaduwzijde heeft, wat een belemmering kan vormen voor de eigen rechtsontwikkeling van de Caribische landen. Wanneer het 'eigen recht' daardoor te veel ondersneeuwt – in het tropische verband uiteraard in de figuurlijke zin van het woord – dan blijft de juridische autonomie op papier een mooi uitgangspunt, maar zal in de praktijk die autonomie steeds verder worden uitgehold en een basis opleveren voor stekelige verhoudingen in het Koninkrijk. Vanuit die optiek zouden de Raden van Advies van de Caribische landen er scherp op toe moeten zien dat het vraagstuk van de *legal transplants* binnen aanvaardbare perken blijft. Er moet een blijvend uitzicht worden geboden op een goed functionerende juridische autonomie voor de Caribische delen van het Koninkrijk, waarbij 'eigen recht' niet ondergeschikt moet raken aan 'vreemd recht'. Vanuit die optiek bezien is concordantie binnen het Koninkrijk in zekere zin een rationeel streven, maar te veel concordantie is schadelijk voor de rechtsontwikkeling en de juridische autonomie van de Caribische delen van het Koninkrijk.