

*J. Bröhmer, Transparenz als Verfassungsprinzip. Grundgesetz und Europäische Union, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 2004, xx + 422 p.*

*B. Grzeszick, Rechte und Ansprüche. Eine Rekonstruktion des Staatshaftungsrechts aus den subjektiven öffentlichen Rechten, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 2003, xxv + 606 p.*

*F. Becker, Kooperative und Konsensuale Strukturen in der Normsetzung, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 2003, xix + 828 p.*

Transparantie is een buzz-woord. Het wordt veel gebruikt, maar niet altijd met voldoende conceptuele scherpte. Dat doet nogal eens 'de glans van de argumentatie verbleken' (Beljaars in *R&R* 2003/2, p. 196). Het boek van Bröhmer is daarom meer dan welkom. Hij probeert de betekenis van het begrip te verhelderen in het licht van recente constitutionele ontwikkelingen, zoals het diffuser worden van de politieke macht om overheidstaken te bepalen en vorm te geven door de 'opkomst' van allerlei internationale organisaties ('worden we vanuit Brussel geregeerd?') en het gebruik van niet-staatelijke sturingsinstrumenten. Rechtsstaat en democratie worden hierdoor direct geraakt.

Transparantie is een begrip dat een aantal verschillende aspecten of elementen bevat. Het gaat om openheid, en toegankelijkheid van informatie, duidelijkheid, begrijpelijkheid en (her)kenbaarheid. Transparantie kan betrekking hebben op de uitkomst van een beslissingsproces. Gaat het daarentegen om de inzichtelijkheid in het besluitvormingsproces (dat aan die beslissing voorafgaat), dan is er sprake van procedurele transparantie. Voor een buitenstaander, iemand die niet direct bij het beslissingsproces is betrokken, moeten de doorslaggevende gronden voor een beslissing of keuze voor een bepaalde regeling en de naar voren gebrachte argumenten inzichtelijk zijn.

Als derde kunnen we inhoudelijke transparantie onderscheiden: een beslissing moet zo veel mogelijk inhoudelijk 'narekenbaar' zijn. Een goedwillende leek zou dan de tekst van een wet moeten kunnen begrijpen (een consistente aansluiting tussen de tekst van de wet en de bedoeling van de wet helpt daarbij). Ten vierde kan transparantie betrekking hebben op het afleggen van democratische verantwoording. Dat veronderstelt natuurlijk wel dat verantwoordelijkheden duidelijk gelokaliseerd zijn bij bepaalde personen, instituties of organisaties. De auteur analyseert expliciet de verhouding van transparantie tot klassieke rechtsstatelijke waarden als rechtsgelijkheid en rechtszekerheid en diverse van haar 'bestanddelen' zoals open normen, bescherming van vertrouwen en terugwerkende kracht.

Maar een methode om een conflict tussen concurrerende waarden of algemene rechtsbeginselen op te lossen wordt niet aangereikt. Het beginselkarakter van het transparantiebeginsel biedt daartoe mijns inziens aankno-

pingspunten, maar de auteur tematiseert dat niet. Dat is jammer. Daarnaast is de scope van het boek wel heel breed: grondwet, wetgever, rechter en interstatelijke verhoudingen worden besproken. Daarbij raakt de auteur aan veel interessante onderwerpen, maar kan ze lang niet allemaal uitwerken. De lezer krijgt eigenlijk een instrumentarium aangereikt en wordt bij deze meer specifieke leerstukken of rechtsgebieden tot verder denken aangespoord. Dat is zeker een verdienste.

Vertrekpunt van Grzeszicks proefschrift is de dogmatische chaos in het Duitse recht met betrekking tot staatsaansprakelijkheid. Het is deels in de wet geregeld, deels door de rechter ontwikkeld, waarmee nu eens het publiekrecht dan weer het privaatrecht gemoeid is. Van staatsaansprakelijkheid kan bijvoorbeeld sprake zijn in geval van onteigening, onrechtmatig overheidshandelen en schending van het gelijkheidsbeginsel door de wetgever. Elk van deze vormen van aansprakelijkheid is op eigen wijze uitgewerkt. De auteur wil een dogmatische fundering geven die eenheid schept in de heterogeniteit. Zijn uitgangspunt is dat aanspraken uit hoofde van staatsaansprakelijkheid als schending van subjectieve publieke rechten gezien moeten worden (hetgeen aanknoopt bij het gegeven dat dit bij een aantal leerstukken ook al daadwerkelijk het geval is). Deze rechten zijn fundamentele rechten die de burger rechtsbescherming bieden tegen de overheid. Mensenrechten vormen volgens de auteur de juiste basis omdat zij de vrijheid van de burger beschermen zoals dat precies ook in het geval van staatsaansprakelijkheid het geval is. Het rechtspositivisme (Kelsen, Hart) biedt geen aanknopingspunt om tot een inhoudelijke bepaling van mensenrechten te komen. De auteur kiest daarom voor het liberale mensenrechtendiscours: mensenrechten bieden het rechtssubject bescherming tegen inbreuken op zijn vrijheid. Subjectieve rechten zijn dan inhoudelijk bepaalde rechten; hun inhoud kan zich in de loop der tijd verder ontwikkelen. De auteur onderzoekt nog of het zinvol is om mensenrechten als beginselen op te vatten; dat is niet het geval. Rechtsbeginselen structureren immers op rationele wijze de juridische argumentatie om de inhoud te bepalen van (mensen)rechten, maar bieden zelf geen inhoudelijke invulling.

Anders dan in Duitsland wordt de publiekrechtelijke rechtsbetrekking tussen burger en overheid in Nederland weinig in termen van subjectieve publieke rechten geanalyseerd. Deze studie ziet deze rechten als een breed funderend begrip geworteld in de mensenrechten. In Duitsland sluit dat beter aan bij het gangbare discours, maar ook voor Nederland kan deze visie inspiratie opleveren.

Becker vertrekt vanuit de constatering dat het recht als orderings- en sturingsmiddel moeilijke tijden doormaakt. Enerzijds gebruikt de overheid het recht steeds meer om te ordenen en te sturen, anderzijds blijkt de klassieke *top down*-aanpak vaak weinig succesvol. Hiërarchie werkt vaak niet in een

egalitaire, gehorizontaliseerde samenleving en de informatie-asymmetrie tussen de klassieke normsteller en de normadressaten bemoeilijkt bovendien een adequate normstelling. De staat heeft vaak onvoldoende informatie met betrekking tot de praktijken, karakteristieken, gewoonten enzovoort van het te ordenen of te sturen veld.

Meer algemeen heeft gezag – ook dat van de overheid – zijn vanzelfsprekendheid verloren; gezag moet daarom steeds opnieuw via concrete handelingen en beslissingen worden verworven. De legitimiteit van de overheid is zo steeds meer afhankelijk van een overheidsbeslissing in concreto: die wordt aanvaard omdat burgers deel hebben genomen aan het specifieke besluitvormingsproces waaruit de beslissing resulteert. De overheid speelt hier op allerlei manieren op in. Horizontaal bestuur, onderhandelend bestuur, horizontaal toezicht, onderhandelend wetgeven, maatschappelijke rechtsvorming, zelfregulering, of 'sturingsarrangementen' (waarom moet ik hier steeds denken aan reisgidsen en hotelvakanties; zie hierover ook Holterman in *R&R* 2001/3). Becker vat deze verschijnselen samen onder de noemer 'coöperatieve staat'. Zijn invalshoek is heel breed: het kan bijvoorbeeld gaan om wetgeving in formele zin, lagere regelgeving en beleidsregels en overeenkomsten tussen overheid en burgers (waarbij degenen die geen partij zijn bij de overeenkomst in principe niet worden gebonden). Hij behandelt een aantal voorbeelden zeer uitvoerig, onder meer onder de titel 'legislative outsourcing', waaronder de privatisering van de energievoorziening en de Duitse *Corporate Governance code* (vgl. onze commissie-Tabaksblat).

Interessante aspecten daarbij zijn onder meer het eventuele *contra legem*-karakter van een regeling, de representativiteit van brancheorganisaties en belangengroepen en de (on)mogelijkheid van sancties en de gebondenheid van derden. Ook wordt aandacht besteed aan de mogelijke afwezigheid van belangenhomogeniteit tussen deelnemers, omdat ze te zeer divergerende belangen nastreven. Dan zal er toch een instantie moeten zijn die knopen doorhakt en de belangen van zwakkere onderhandelingspartijen of van niet-vertegenwoordigde belangen beschermt.

Becker sluit deze zeer grondige studie af met een korte beschouwing over de vraag of de interne statelijke soevereiniteit eigenlijk in crisis is, zoals vaak wordt beweerd. Zijns inziens veronderstelt deze interne statelijke soevereiniteit geen totaal statelijk rechtsvormingsmonopolie. Essentieel is slechts de bevoegdheid tot het in laatste instantie nemen van bindende beslissingen over vragen naar rang en karakter van een rechtsnorm. Soevereiniteit staat voor de hoogste rechtsvormende macht in de staat; dat is geen rechtsvormingsmonopolie, maar wel het monopolie op de erkenning van rechtsnormen. Coöperatieve of consensuele mechanismen in de rechtsvorming tasten deze interne statelijke soevereiniteit niet aan. Immers, óf de staat beslist in

R&R 2006 / 2

laatste instantie over de juridische kwalificatie van een norm door een formele beslissing óf een beslissing, van de wetgever is de basis voor gemeenschappelijke rechtsvorming door statelijke en maatschappelijke actoren. Becker concludeert dat het onderscheidende kenmerk van de staat bestaat uit zijn bevoegdheid eenzijdig rechtsgevolgen vast te stellen en, indien noodzakelijk, de dwingende handhaving van het recht dat hij zelf of anderen met zijn toestemming hebben gevormd. Deze soevereiniteit is ook in de coöperatieve staat aanwezig. Dit is een waardige afsluiting van een ware 'Fundgrube' voor allen die zich op een of andere wijze bezighouden met de horizontalisering van rechtsvorming. Wel is het jammer dat deze goudmijn niet ontsloten wordt door een persoons- en zaaksregister; al maakt de zeer gedetailleerde inhoudsopgave veel goed.

Hans Gribnau (Tilburg)