

Rechtseenheid van de Europese Unie? De rol van het Hof van Justitie als constitutionele rechter

166

Prof. dr. D.M. Curtin¹ en prof. dr. R.A. Wessel²

In ruim vijftien jaar heeft het Hof van Justitie van de EG zich ontwikkeld tot een Hof van Justitie van de EU. Met oog voor de samenhang tussen de verschillende beleidsvelden en de rechtseenheid van de Unie, is het Hof zich geleidelijk als constitutionele rechter gaan gedragen. Uit uitspraken van de afgelopen paar jaar is af te leiden dat het Hof soms niet direct zichtbare verbanden aangebracht heeft tussen de pijlers van de Unie.

1. Inleiding

Op 20 mei 2008 kwam het Hof van Justitie met de langverwachte uitspraak in de zogenoemde ECOWAS-zaak.³ Dit is de eerste keer dat het Hof gevraagd is een uitspraak te doen ten aanzien van een afbakeningsvraagstuk tussen het Europees Gemeenschapsrecht en het Gemeenschappelijk Buitenlands en Veiligheidsbeleid (GBVB). Al eerder heeft het Hof vergelijkbare vragen moeten beantwoorden ten aanzien van de samenwerking op het gebied van Justitie en Binnenlandse Zaken. Deze 'constitutionele' rol van het Hof binnen de Europese Unie is dus niet nieuw en past in een ontwikkeling waarin de eenheid van de Unierechtsorde nadrukkelijker naar voren is gekomen dan op het eerste gezicht zou kunnen worden opgemaakt uit de woorden van de relevante verdragsbepalingen. Het Hof heeft een weg bewandeld via voorzichtige stappen die wijzen op de samenhang tussen de EG- en de zogenoemde 'EU'-beleidsvelden.

De Europese Unie is vooral een juridische constructie. Zoals bekend is de Unie in formele zin opgericht door het Verdrag van Maastricht dat op 1 januari 1993 in werking trad. De doelstellingen van dit verdrag waren beperkt: twee nieuwe beleidsvelden (het Gemeenschappelijk Buitenlands en Veiligheidsbeleid en de samenwerking op het terrein van Justitie en Binnenlandse Zaken) moesten in verband gebracht worden met de bestaande EG-verdragen zonder dat deze laatste rechtsregimes vervangen werden. De uitkomst was het bekende compromis: er zou geen 'besmetting' plaatsvinden van de eigenaardigheden en verworvenheden van de verschillende beleidsvelden – een Europa van 'bits and pieces'.⁴ Vijftien jaar later stelt het Verdrag van Lissabon simpelweg: 'De Unie treedt in de plaats van de Europese Gemeenschap, waarvan zij de opvolgster is.' (art. 1 nieuw

VEU). De rechtseenheid van de Unie is opeens de gewoonste zaak van de wereld. Het Verdrag van Lissabon heeft (net als overigens al het Constitutionele verdrag⁵) het voordeel dat het in één klap de structurele en systemische ontwikkeling van de verschillende Europese integratieprocessen zichtbaar maakt. Het resultaat hiervan sluit tegelijkertijd mooi aan bij de sociale werkelijkheid, in die zin dat zowel de EU-burgers als derde staten de Europese Unie al vanaf het begin beschouwen als een organisatorische en juridische eenheid.⁶ Voor niet-juristen is het nog steeds bestaan van de EG vaak een verrassing.

Art. 1 van het nieuwe EU-Verdrag komt echter niet uit de lucht vallen. Integendeel, een scala aan juridische en institutionele praktijken heeft de laatste vijftien jaar de 'bits and pieces' aan elkaar gelijmd. Een neiging tot eenvormigheid heeft stap voor stap geleid tot meer supranationaal (lees: *communautaire*) vlees op de groten-deels intergouvernementele botten van de andere pijlers.⁷ Misschien kan 'rechtseenheid' zelfs wel als het *Leitmotif* van de zich ontwikkelende EU rechts- en politieke orde gezien worden. Al vanaf het ontstaan van de Unie is het idee van de eenheid van de Unierechtsorde in het academisch debat ontwikkeld en tien jaar geleden werd al gewezen op de juridische en institutionele praktijk die geleid had tot een steeds grotere eenheid, zij het minder

1 Deirdre Curtin is als hoogleraar Europees Recht verbonden aan de Universiteit van Amsterdam en als Hoogleraar Recht en Bestuur van Internationale en Europese Organisaties verbonden aan de Universiteit van Utrecht.

2 Ramses Wessel is als hoogleraar Recht van de EU en andere internationale organisaties verbonden aan de Universiteit Twente.

3 HvJ EG 20 mei 2008, zaak C-91/05, *Commissie/Raad ('ECOWAS')*, arrest van het Hof (Grote kamer), n.n.g., *PbEU* 2008, C 171, p. 2.

4 Zie D. Curtin, 'The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces', *CMLR* 1993, p. 17-69.

5 Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa, *PbEU* 2004, C 310.

6 Zie verder D. Curtin en I.F. Dekker, 'The EU as a "Layered" International Organization: Institutional Unity in Disguise?', in: P. Craig en G. de Burca (red.), *The Evolution of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 83-137.

7 Zie R.A. Wessel, 'The Constitutional Unity of the European Union: The Irrelevance of the Pillar Structure?', in: J. Wouters, L. Verhey en Ph. Kiiver (red.), *European Constitutionalism Beyond the EU Constitution*, Antwerpen: Intersentia 2008 (nog niet verschenen).

zichtbaar; of, zoals het toen werd genoemd: 'a unity in disguise'.⁸ Sindsdien is de eenheid ook in structurele zin duidelijker geworden.

Dat proces is vooral te danken aan de keuze van het Hof van Justitie om de Unie meer als één geheel te gaan zien. Door een benadering te kiezen die in enkele gevallen verdergaat dan een letterlijke of formele toepassing van de verdragsbepalingen, lijkt het Hof geïnspireerd en gemotiveerd te zijn door zijn eigen uitgangspunt dat het recht in de EU zo veel mogelijk uniform geïnterpreteerd en toegepast kan en moet worden. In dat opzicht kan de aanpak van het Hof misschien zelfs als 'funderend' gezien worden, zoals het dat ook was toen het Hof met zaken als *Van Gend en Loos* en *Costa t. ENEL* de basis legde voor de (nieuwe) rechtsorde van de EG.⁹ Tegelijkertijd is er geen sprake van een lineair pad in de richting van rechtseenheid. Er zijn ook voorbeelden van zaken waarin het Hof zich gedwongen voelt om de stellingen tussen de pijlers juist te verstevigen en om de vertrouwde loopgravenoorlog toe te staan.

Het doel van deze bijdrage is om te bekijken of het Hof een rol heeft gespeeld in het construeren en interpreteren van een constitutioneel kader voor de Europese Unie als geheel; en, wanneer dit het geval is, welke beginselen daarvoor de basis vormen. We kijken hierbij naar zowel de tweede als de derde pijler (GBVB en PJSS) en kiezen daarbij voor een meer holistische benadering met betrekking tot de evolutie van de EU in vergelijking met studies over de afzonderlijke beleidsvelden. We hopen dat deze analyse niet alleen de visie van het Hof laat zien op zijn eigen rol in een toenemend complexe rechtsorde, maar ook hoe de onderliggende juridische en institutionele praktijk opereert. Deze ontwikkelingen lijken immers geleid te hebben tot wat als één van de belangrijkste vernieuwingen van zowel het Constitutionele Verdrag als het Verdrag van Lissabon kan worden beschouwd: het opnemen van de EG in de EU en het grotendeels laten oplossen van de eerder zo belangrijke pijlerstructuur. De eenheid is zichtbaar geworden en de EU laat zich zien als een unitaire actor met een eigen politiek en juridisch systeem.

2. Ontzuiling

2.1. De pijlerstructuur

Zoals bekend hebben vanaf het begin twee verschillende integratieprocessen onderdak gevonden onder de 'paraplus' Europese Unie. De meer 'supranationale' communautaire methode overheerste de eerste pijler, terwijl de tweede en derde pijler hun basis vonden in meer 'intergouvernementele' samenwerking. Verschillen zijn met name te vinden in de wetgevende en besluitvormende procedures, de rol van de instellingen, de beschikbare juridische instrumenten en hun implementatie en handhaving. De afgelopen vijftien jaar waren het vooral deze verschillen die een afzonderlijke bestudering van het EG-recht ten opzichte van de twee andere Uniepijlers legitimeerden. De derde pijler, met zijn focus op justitie en binnenlandse zaken en later op politieke en justitiële samenwerking, had wellicht al een positie tussen de andere twee (vanwege de meer expliciet

bindende instrumenten, de uitgebreidere juridische controle en de aanwezigheid van 'passerelle-bepalingen' met het EG-Verdrag). De tweede pijler (het GBVB) is altijd meer het buitenbeentje geweest.¹⁰ Met het Verdrag van Lissabon wordt de derde pijler volledig samengevoegd met de eerste en lijkt het GBVB de vrijgekomen middenpositie in te nemen. Zo blijft het GBVB gebruikmaken van eigen instrumenten en zijn verordeningen, richtlijnen en beschikkingen uitgesloten. Het Verdrag van Lissabon hernoemt weliswaar de gemeenschappelijke standpunten en optredens tot 'besluiten', maar veel meer dan een naamswijziging is dit niet.¹¹

In formele zin is de rol van het Hof met betrekking tot het buitenlands en veiligheidsbeleid vanaf het begin uitgesloten (art. 46 VEU). Het Verdrag van Lissabon houdt in algemene zin vast aan dit beginsel (art. 275 eerste alinea VWEU), maar blijft tevens toestaan dat – in lijn met het huidige art. 47 EU – het *acquis communautaire* beschermd wordt (art. 275 tweede alinea VWEU). Opvallend is echter dat het nieuwe art. 40 VEU wijst op een gelijkwaardiger positie van het GBVB ten opzichte van de andere Unie-terreinen; ook het 'GBVB-acquis' verdient bescherming. Ook is voorzien in een rol van het Hof in zaken waarin van terrorisme verdachte personen rechtsbescherming zoeken (art. 275 tweede alinea VWEU). Met betrekking tot wat algemeen bekend staat als het terrein van justitie en binnenlandse zaken is de situatie altijd al genuanceerder geweest en was de rechtsmacht van het Hof beperkt tot directe beroepen door lidstaten en de Commissie en bestaan prejudiciële procedures alleen wanneer lidstaten daarmee hebben ingestemd. Inbreukprocedures door de Commissie zijn ook daar uitgesloten.¹² Deze situatie zal voorlopig zo blijven, met dank aan het Verenigd Koninkrijk dat een overgangperiode voor vijf jaar na inwerkingtreding van Lissabon heeft weten af te dwingen.¹³ Ondanks deze van de EG afwijkende rechtsmacht, lijkt het Hof het afgelopen decennium enkele tunnels tussen de pijlers te hebben geconstrueerd, als verbanden die aan de oppervlakte niet direct zichtbaar zijn. Hierdoor lijkt langs een creatieve weg de mogelijkheid te zijn ontstaan om enkele klassieke Gemeenschapsbeginselen over de hele breedte van de Unie toe te passen, ondanks de formele afwezigheid van rechtsmacht op belangrijke onderdelen van de andere pijlers.

8 Zie D. Curtin en I.F. Dekker, *op.cit.*, voor verwijzingen naar eerdere publicaties. Zie ook R.A. Wessel, *The European Union's Foreign and Security Policy: A Legal Institutional Perspective*, Den Haag: Kluwer Law International 1999; en A. von Bogdandy, 'The Legal Case for Unity: The European Union as a Single Organization with a Single Legal System', *CMLR* 1999, p. 887-910. Recenter: S. Lucarelli, 'The EU in the Eyes of Others: Towards Filling a Gap in the Literature', *EFA Rev.* (12) 2007, p. 249-270.

9 Vergelijk R. Barents, annotatie bij zaak C-105/03, *Pupino*, *SEW* 2006, 14, p. 74-78, i.h.b. p. 77.

10 Maar zie ook al R.A. Wessel, 'De 'tweede' pijler van de Europese Unie: een vreemde eend in de bijt?', *SEW* 1995-9, p. 554-579.

11 Art. 25 nieuw VEU.

12 Zie ook S. Peers, 'The ECJ's Jurisdiction over EC Immigration and Asylum Law. Time for a Change?', in: Toner, Guild en Baldaccini (red.), *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Oxford: Hart Publishers 2007, p. 85-108.

13 Zie art. 10 Protocol 36 betreffende de overgangsbepalingen.

2.2. De integriteit van de Gemeenschapsrechtsorde: art. 47 VEU

Het vertrekpunt is art. 47 VEU, dat het algemene beginsel van de bescherming van het *acquis communautaire*¹⁴ weergeeft door te stellen dat 'geen enkele bepaling van dit Verdrag afbreuk (doet) aan de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen, noch aan de Verdragen en akten waarbij deze Verdragen zijn gewijzigd of aangevuld'. De overduidelijke bedoeling van art. 47 is om de integriteit van de Gemeenschapsrechtsorde te waarborgen met het oog op de nieuwe bevoegdheden die aan de Unie werden toegewezen.¹⁵ Al vóór de totstandkoming van de Unie paste het Hof dit beginsel toe op de externe betrekkingen van de lidstaten in het kader van de EPS. Het stelde dat deze bevoegdheden moesten worden uitgeoefend 'in overeenstemming met het Gemeenschapsrecht'.¹⁶ Dit werd later bevestigd en toegepast in de context van justitie en binnenlandse zaken in de *Luchthaven Transitvisum*-zaak, waarin de Commissie een Raadsbesluit op basis van Titel VI EU (derde pijler) aanvocht met het argument dat – wat thans is – Titel IV EG (eerste pijler) gebruikt had moeten worden. Het Hof stelde dat het zijn bevoegdheden onder art. 47 EU kon gebruiken en 'dat de handelingen waarvan de Raad stelt dat zij onder art. K.3, lid 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie vallen, geen inbreuk maken op de bevoegdheden die de bepalingen van het EG-Verdrag aan de Gemeenschap toekennen'.¹⁷ Wanneer het onderwerp van het bestreden gemeenschappelijk standpunt binnen de reikwijdte van de Gemeenschapsbevoegdheden valt, dan heeft het Hof de bevoegdheid de betreffende maatregel te vernietigen.¹⁸ In dit geval was daarvan echter geen sprake en was er geen reden voor vernietiging van het besluit. De Raad had terecht gebruikgemaakt van Titel VI EU omdat het betreffende gemeenschappelijk standpunt niet voorzorg in het overschrijden van de buitengrenzen door onderdanen van derde landen, een onderwerp dat valt onder de bevoegdheden van de Gemeenschap.

Ook in vervolgzaken werd het Hof gevraagd zich te buigen over Unie-maatregelen die, beweerdelijk, binnen de Gemeenschap hadden moeten worden genomen. Een vergaand voorbeeld kan gevonden worden in wat veelal wordt aangeduid als de eerste *Milieustrafrecht*-zaak.¹⁹ In deze zaak vernietigde het Hof een derde pijler kaderbesluit waarin milieuovertredingen werden opgesomd die in de lidstaten strafrechtelijk zouden moeten worden vervolgd. Het Hof stelde 'dat de artikelen 1 tot en met 7 van het kaderbesluit wegens het doel en de inhoud ervan, de bescherming van het milieu als hoofddoel hebben en hadden kunnen worden vastgesteld op de grondslag van artikel 175 EG'. Omdat het kaderbesluit zich hoofdzakelijk bewoog op Gemeenschapsterrein – en niet kon worden gesplitst – was er strijd met art. 47 EU en diende het gehele besluit te worden vernietigd. Een vergelijkbare situatie deed zich voor in *Milieustrafrecht II*, maar in dit geval sloeg de balans door in het voordeel van de derde pijler vanwege het tekortschieten van art. 175 EG voor het vaststellen van gedetailleerde strafmaatregelen.²⁰

In geen van de eerdere zaken kreeg het Hof de gelegenheid zich uit te spreken over tweedepijlerbesluiten. Er is wel gesteld dat 'it remains doubtful whether the

combined effect of Article 46(e) and 47 EU may result in the conferral upon the ECJ, in respect of provisions of Title V of the EU Treaty, of the same powers of judicial review which it enjoys under the Community Treaty'.²¹ En, inderdaad, leken recente zaken te wijzen op een terughoudendheid van het Hof om GBVB-besluiten te vernietigen. In *Sison* en *Al-Aqsa*, bijvoorbeeld, vernietigde het Gerecht alleen de Gemeenschapsverordening en niet het GBVB Gemeenschappelijk Standpunt waarop deze was gebaseerd.²²

2.3. Het karakter van de rechtsinstrumenten

Er lijkt sprake te zijn van een geleidelijk proces van 'assimilatie' van de GBVB-instrumenten ten opzichte van de andere Unie-instrumenten (zowel in de eerste als de derde pijler) en het terrein is minder specifiek dan in het begin. Hoewel het bindende karakter van gemeenschappelijke standpunten, gemeenschappelijke optredens en andere besluiten in het Verdrag nauwelijks aan de orde komt,²³ wijzen de betreffende bepalingen wel op het feit

- 14 Zie art. 2 VEU. Zie over de interpretatie en inhoud van het begrip *acquis communautaire* S. Weatherill, 'Safeguarding the *acquis communautaire*', in: T. Heukels, N. Blokker en M. Brus (red.), *The European Union after Amsterdam: A Legal Analysis*, Den Haag: Kluwer Law International 1998, p. 153; G.C. Curti Gialdino, 'Some Reflections on the *Acquis Communautaire*', *CML Rev.* 1995, p. 1089.
- 15 Zie A. Dashwood, 'Article 47 TEU and the Relationship between First and Second Pillar Competences', in: M. Cremona en B. de Witte (red.), *EU Foreign Relations Law: Constitutional Fundamentals*, Oxford: Hart Publishing 2008 (nog niet verschenen).
- 16 HvJ EG 14 januari 1997, zaak C-124/95, *Centro-Com*, *Jur.* 1997, p. I-00081, r.o. 41.
- 17 HvJ EG 12 mei 1998, zaak C-170/96, *Commissie/Raad*, *Jur.* 1998, p. I-02763, r.o. 15-16. Deze benadering is bevestigd in HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03, *Commissie/Raad*, *Jur.* 2005, p. I-7879.
- 18 Art. 47 kan ook andersom werken in de zin dat een EU-instelling gedwongen kan worden een EG-rechtsbasis om te zetten in een rechtsbasis uit een andere pijler. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 30 mei 2006, gevoegde zaken C-317/04 en C 318/04, '*Passenger Name Record*', *Jur.* 2006, p. I-4721. In deze zaken werd een richtlijn vernietigd omdat de materie neergelegd had moeten worden in een EU-kaderbesluit.
- 19 HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/03, *Commissie/Raad*, *Jur.* 2005, p. I-7879.
- 20 HvJ EG 23 oktober 2007, zaak C-440/05, *Commissie/Raad*, *Jur.* 2007, p. I-9097.
- 21 Zie M.-G. Garbagnati Ketvel, 'The Jurisdiction of the European Court of Justice in Respect of the Common Foreign and Security Policy', *ICLQ*, 2006, p. 77-120, i.h.b. p. 90. Zie ook R. Baratta, 'Overlaps between European Community Competence and European Union Foreign Policy Activity', in: E. Cannizzaro (red.), *The European Union as an Actor in International Relations*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 51, die suggereerde dat het Hof zich ook zou kunnen uitspreken over de 'irrelevance or inefficacy of such an act in the Community order'.
- 22 GvEA 11 juli 2007, zaak T-47/03, *Sison*, en zaak T-327-03, *Al-Aqsa*, n.n.g. Zie eerder al GvEA 12 december 2006, zaak T-228/02, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran/Council*, *Jur.* 2006, p. II-4665.
- 23 En er vanwege de uitsluiting van Titel V van de rechtsmacht van het Hof (art. 46 EU) ook geen uitspraak verwacht kan worden, zoals bevestigd in bijv. HvJ EG, zaak T-201/99, *Royal Olympic Cruises Ltd and others/Raad en Commissie*, *Jur.* 2000, p. II-4005; zaak T-228/02, *op.cit.*; en HvJ EG 27 februari 2007, zaak C-354/04 P, *Gestoras Pro Amnistiae e.a.*, n.n.g., r.o. 50. Deze situatie verschilt van de overigens vergelijkbare instrumenten in Titel VI VEU (politieke en justitiële samenwerking in strafzaken).

dat GBVB-besluiten wanneer ze eenmaal zijn aangenomen²⁴ de vrijheid van de lidstaten in het nemen van besluiten beperken.²⁵ Zo stelt art. 14 lid 3 EU: 'Een gemeenschappelijk optreden bindt de lidstaten bij het innemen van standpunten en bij hun verdere optreden', terwijl art. 15 bepaalt dat 'de lidstaten (er zorg voor dragen) dat hun nationaal beleid met de gemeenschappelijke standpunten overeenstemt'.²⁶ Lidstaten zijn dus niet vrij op nationaal niveau besluiten te nemen die de werking van de GBVB-besluiten tenietdoen.

In februari 2007 gaf het Hof, in de Segi-zaak, voor het eerst een oordeel over het rechtskarakter van een gemeenschappelijk standpunt:

'De lidstaten zijn verplicht zich naar een gemeenschappelijk standpunt te voegen, overeenkomstig het beginsel van loyale samenwerking, dat met name inhoudt dat de lidstaten alle passende algemene of bijzondere maatregelen treffen om de nakoming van de voor hen uit het recht van de Europese Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren.'²⁷

Er kan gesteld worden dat deze interpretatie het 'constitutionele' karakter van de niet-communautaire delen van het Unie-recht bevestigt, in die zin dat verplichtingen van de lidstaten ten opzichte van de Unie worden verduidelijkt; iets wat we eerder alleen uit het Gemeenschapsrecht kenden. De zaak had primair betrekking op de derde pijler, maar het is verleidelijk – hoewel misschien niet helemaal terecht – om de interpretatie ook op de tweede pijler toe te passen. Het betreffende gemeenschappelijk standpunt kon immers ook als een GBVB-besluit gezien worden omdat het zowel op art. 34 (PJSS) als op art. 15 (GBVB) gebaseerd was. Daarnaast had het onderwerp – economische en financiële sancties tegen groepen en individuen – vooral betrekking op de tweede pijler (en bestaat er juist op dat punt een duidelijke relatie met de Gemeenschapsrechtsorde).

Het Verdrag van Lissabon onderstreept het bindende karakter van de GBVB-bepalingen door een versterking van het loyaliteitsbeginsel via een toegevoegde zinsnede (cursief) in het nieuwe art. 24 lid 3 VEU: 'De lidstaten geven in een geest van loyaliteit en wederzijdse solidariteit hun actieve en onvoorwaardelijke steun aan het buitenlands en veiligheidsbeleid van de Unie en eerbiedigen het optreden van de Unie op dat gebied.' Tegelijkertijd zal niet langer alleen de Raad toezien op de inachtneming van dit beginsel, maar ook de Hoge Vertegenwoordiger van de Unie voor buitenlandse zaken en veiligheidsbeleid. Aan de andere kant wordt het onderscheid met de andere beleidsterreinen gehandhaafd, gelet op het uitsluiten van 'wetgevingshandelingen' door art. 24 VEU (nieuw), hetgeen op zijn beurt het toepassen van de wetgevende procedure (de communautaire methode) uitsluit. Dit heeft niet alleen gevolgen voor de betrokkenheid van het Europees Parlement en de Commissie in de besluitvormende fase en voor de rol van het Hof, maar het laat ook de status van GBVB-besluiten in de nationale rechtsordes onzichtbaar.

De Segi-uitspraak is wat dat betreft slechts ten dele bruikbaar. Omdat de rechtsmacht van het Hof ook na Lissabon beperkt blijft met betrekking tot het GBVB en gelet op de waarschijnlijke uitsluiting van de beginselen van voorrang en rechtstreekse werking op dit terrein,²⁸

lijkt een relatie met eerste- of derdepijlerproblematiek nodig om de rechtskracht van GBVB-normen te kunnen vaststellen. Dit is ook precies wat het Hof in enkele recente zaken heeft gedaan; de relatie tussen de pijlers bleek van cruciaal belang voor de interpretatie.

Een voorbeeld is dat het minder een taboe lijkt om GBVB gemeenschappelijke standpunten te vergelijken met EG-verordeningen. In ieder geval had de Commissie er geen probleem mee ze voor het Hof aan te duiden als 'handelingen van algemeen normatieve aard' ('of a general legislative nature').²⁹ Deze lezing lijkt ook te worden bevestigd door A-G Mengozzi die in zijn ECOWAS-conclusie impliciet de mogelijkheid openlaat om de procedure tot nietigverklaring toe te passen op gemeenschappelijke optredens.³⁰ Als algemene wetgevende maatregelen zijn GBVB-besluiten dan duidelijk anders dan 'besluiten onder internationaal recht' die de lidstaten slechts binden bij het innemen van hun internationale standpunten. Daarnaast heeft de recente praktijk (met name met betrekking tot de zogenoemde 'smart sanctions') laten zien dat GBVB-maatregelen niet slechts gevolgen hebben voor lidstaten, maar evenzeer de rechten en belangen van individuele burgers kunnen aantasten (zie verder hieronder). Ondanks de formele afwezigheid van rechtstreekse werking, kunnen indivi-

24 De publicatie van GBVB-besluiten in het Publicatieblad wordt per besluit bekeken en gebeurt na een unaniem besluit van de Raad (of Coreper). Zie Reglement van Orde van de Raad, art. 17 lid 3 (*PbEU* 2006, L 285/47). Voor uitvoeringsbesluiten wordt de eenparigheids-eis niet genoemd.

25 Zie over GBVB gemeenschappelijke optredens A. Dashwood, 'The Law and Practice of CFSP Joint Actions', in: Dashwood en Maresceau (red.), *The Law and Practice of EU External Relations – Salient Features of a Changing Landscape*, Cambridge University Press 2008 (nog niet verschenen). Vgl. ook F. Dehousse, 'La politique étrangère et de sécurité commune', in: J.-V. Louis en M. Dony (red.), *Relations Extérieures – Commentaire J. Mégret, Le droit de la CE et de l'Union européenne*, Bruxelles: Institut d'Etudes Européennes 2005, p. 441, op p. 475; P. Koutrakos, *EU international relations law*, Oxford: Hart Publishing 2006, p. 399 ff.

26 Ook EU gemeenschappelijke strategieën (art. 13 EU) binden niet alleen de EU-instellingen maar ook de lidstaten. Zie bijvoorbeeld de gemeenschappelijke strategie met betrekking tot Oekraïne (1999) dat verwijst naar verplichtingen van de Raad, de Commissie en de lidstaten (punt 41), *PbEG* 1999, L 331/1.

27 HvJ EG 27 februari 2007, zaak C-355/04 P, *Segi*, r.o. 52, *Jur.* 2007, p. I-1657.

28 Veelal is betoogd dat er goede redenen zijn (zoals het speciale karakter van het GBVB, de algemene uitsluiting van de rechtsmacht van het Hof, de relatie met bestaande jurisprudentie en de waarschijnlijke afwezigheid van rechtstreekse werking) om het beginsel van voorrang niet toe te passen op het GBVB. Zie bijvoorbeeld A. Dashwood, 'The Relationship between the Member States and the European Union/European Community', *CML Rev.* 2005, 355, p. 363 en 379; en van dezelfde auteur, 'The EU Constitution: What will Really Change?', *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2005, 33, p. 34. Zie ook 'The CFSP under the EU Constitutional Treaty – Issues of Depillarization', Editorial Comment, *CML Rev.* 2005, p. 325-329, i.h.b. p. 327.

29 Zie *PbEU* 2005, C 115/10. Zie contra, R. Gosalbo Bono, 'Some Reflections on the CFSP Legal Order', *CML Rev.* 2006, p. 337-394, i.h.b. p. 364.

30 Zie zaak C-91/05, zie boven, conclusie van advocaat-generaal Mengozzi, 19 september 2007, n.n.g. (punt 72).

duen wel rechtstreeks worden geraakt.³¹ Er is zelfs wel betoogd dat de Gemeenschapsbeginselen van voorrang en rechtstreekse werking niet helemaal uitgesloten kunnen worden in de tweede pijler. In de woorden van Gosalbo-Bono:

'As regards to the principle of direct effect, the practice has started, especially in the EU's fight against terrorism, to insert unconditional obligations in common positions which relate to physical and legal persons as opposed to governments. (...) As regards the principle of primacy, joint actions and common positions are legally binding upon Member States which are under a duty to abide by them "actively" and "unreservedly" (art. 11(2) EU (...)).'³² Wat dit betreft zou het rechtskarakter en de inhoud van GBVB-besluiten een reden kunnen vormen voor lidstaten om opnieuw te kijken naar de mogelijkheid van rechtstreekse werking en voorrang van GBVB-besluiten. Het Hof heeft zich over dit vraagstuk nog niet uitgelaten en de in het Grondwettelijk Verdrag opgenomen algemene passage waarin voorrang werd gegeven aan het gehele Unie-recht (art. I-6) is door het Verdrag van Lissabon niet overgenomen. Een speciale Verklaring verwijst slechts naar de eerdere jurisprudentie van het Hof op dit punt, maar deze had uiteraard geen betrekking op het GBVB.

3. Dwarsverbanden in de pijlerstructuur

3.1. Rechtstreeks rechterlijk toezicht

Uit het bovenstaande blijkt dat de Raad in het kader van het GBVB gebruikmaakt van een equivalent van algemene wetgevende maatregelen, waaronder maatregelen die de burgers rechtstreeks kunnen raken. Het feit dat dergelijke maatregelen tot stand komen na hooguit een advies van het Europees Parlement (in plaats van medebeslissing), maakt rechterlijk toezicht des te belangrijker. Deze situatie verandert niet na Lissabon (zie ook hieronder). In dat verband is de recente zaak van de Commissie tegen de Raad in verband met het aannemen van een GBVB-besluit met betrekking tot een bijdrage aan de West-Afrikaanse organisatie ECOWAS als hulp aan de strijd tegen de proliferatie van lichte wapens van groot belang.³³ Deze zaak gaf het Hof de mogelijkheid zich uit te spreken over de rol van art. 47 EU in een zaak tussen de eerste en de tweede pijler.³⁴

In de conclusie van de advocaat-generaal in de ECOWAS-zaak werd al veel verduidelijkt ten aanzien van de structuur van de Unie en de positie van het GBVB daarin. In de woorden van A-G Mengozzi 'Artikel 47 EU lijkt dus te berusten op de veronderstelling dat alle aan de Gemeenschap toegekende bevoegdheden, ongeacht hoe deze zijn verdeeld tussen de Gemeenschap en de lidstaten, behoed moeten worden voor iedere inbreuk die de Europese Unie zou plegen door een besluit te nemen op basis van titel V en/of VI van het EU-Verdrag.'³⁵ Tevens werd gesteld dat het handelen van de Unie op basis van de tweede pijler iets anders is dan een collectieve handeling van de lidstaten. Hiervoor werd ook steun gevonden in eerdere zaken.³⁶ Uit de conclusie van de A-G komt naar voren dat een holistische benadering van de Unie-rechtsorde noodzakelijk is en dat de GBVB-bepalingen niet los van hun plaats in de Unie kunnen

worden bekeken. Dit komt duidelijk naar voren wanneer de A-G wijst op het feit dat Titel V (het GBVB) 'niet op zichzelf (kan) worden gelezen, maar moet worden uitgelegd in het licht van de algemene bepalingen en slotbepalingen van dit Verdrag die slaan op de Europese Unie als 'fronton' van de drie pijlers'.³⁷ De gekozen benadering wijst op bijna elk onderdeel (de interpretatie van het beroep tot nietigverklaring, de bevoegdheden van de Gemeenschap/Unie en hun relatie tot de tweede pijler, de rol van de lidstaten en de functie van art. 47) op een assimilatie van de tweede pijler met de andere Unie-onderdelen. De nadruk ligt vooral op de 'algemene samenhang van de bepalingen van het EU-Verdrag'.³⁸ Uiteindelijk leidt dit A-G Mengozzi tot de conclusie dat art. 47 niet is geschonden, omdat het betreffende besluit vooral betrekking had op veiligheid en daarom terecht op de tweede pijler was gebaseerd.

In de uitspraak van 20 mei 2008 kwam het Hof tot een andere conclusie. Het Hof beoordeelde het besluit anders en stelde dat 'het bestreden besluit, gelet op het doel en de inhoud ervan, twee componenten bevat, die respectievelijk onder het communautaire ontwikkelingssamenwerkingsbeleid en het GBVB vallen en waarvan de ene niet ondergeschikt aan de andere kan worden geacht' (r.o. 108). Het Hof is dus wel van mening dat art. 47 geschonden is en dat de Raad met het aannemen van het GBVB-besluit zich (althans voor een gedeelte) op het terrein van de Gemeenschap heeft begeven, voor welk gedeelte een rechtsgrondslag in het EG-Verdrag had moeten worden gebruikt. Als er een EG-bevoegdheid bestaat, dan kan de maatregel niet op de tweede (of derde) pijler worden gebaseerd: 'Aangezien artikel 47 EU zich ertegen verzet dat de Unie op grond van het EU-Verdrag een maatregel vaststelt die rechtsgeldig zou kunnen worden vastgesteld op grond van het EG-Verdrag, kan de Unie namelijk geen gebruik maken van een onder het GBVB vallende rechtsgrondslag om bepalingen aan te nemen die eveneens vallen onder een bevoegdheid die het EG-Verdrag toewijst aan de Gemeenschap' (r.o. 77). Van belang voor deze bijdrage is echter dat het Hof zijn rol als 'constitutionele' Unie-rechter nu ook met betrekking tot de verhouding tot de tweede pijler heeft bevestigd. Bijzonder in dit geval is dat het Hof wijst op de mogelijkheid (of zelfs de noodzaak) dat GBVB

31 Vgl. ook R.H. van Ooik en R.A. Wessel, 'De Yusuf en Kadi-uitspraken in perspectief. Nieuwe verhoudingen in de interne en externe bevoegdheden van de Europese Unie', *SEW* 2006, 55, p. 231-242. Zie voor een argument waarom Unie-recht in beginsel rechtstreeks toepasselijk is in de nationale rechtsordes D.M. Curtin en I.F. Dekker, 'The Constitutional Structure of the European Union: Some Reflections on Vertical unity-in-Diversity', in: P. Baumont, C. Lyons en N. Walker (red.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford: Hart Publishing 2000, p. 59-78.

32 Gosalbo Bono, *op.cit.*, p. 378.

33 Zaak C-91/05, zie boven. Het betrof de besluiten 2004/833/GBVB van 2 december 2004 (*PbEU* 2004, L 359) ter implementatie van gemeenschappelijk standpunt 2002/589/GBVB (*PbEG* 2002, L 191).

34 In de zaken T-349/99, *Miskovic*, en T-350/99, *Karic*, kreeg het GvEA niet de kans om zich uit te spreken omdat de Raad het betreffende besluit amendeerde.

35 Conclusie van A-G Mengozzi in zaak C-91/05, par. 98.

36 Zie vooral zaak C-170/96 en zaak C-176/03, *op.cit.*

37 Punt 119.

38 Punt 122.

gemeenschappelijke optredens niet alleen geïmplementeerd worden door andere GBVB-besluiten, maar ook door Gemeenschapsbesluiten. Het bestreden besluit was gebaseerd op een GBVB gemeenschappelijk optreden en het Hof concludeert in dat verband 'dat de doelstellingen van het litigieuze gemeenschappelijk optreden zowel kunnen worden nagestreefd door de Unie in het kader van titel V van het EU-Verdrag, als door de Gemeenschap in het kader van haar ontwikkelingssamenwerkingsbeleid' (r.o. 88). De samenhang tussen de pijlers wordt hiermee heel direct en expliciet. In dat verband kan de uitspraak ook gezien worden als een overwinning van de meer holistische visie waarvoor de Commissie pleitte, tegenover de met name door het Verenigd Koninkrijk gepredikte opvatting dat de eigensoortigheid van de GBVB-bepalingen eerder aanleiding moet zijn deze los van het EG-recht te beschouwen.

3.2. Indirecte rechterlijke controle

De interpretatie van gemeenschappelijke standpunten en andere GBVB-besluiten speelt een belangrijke rol in enkele uitspraken van het Hof. Vaak kan het Hof alleen tot een uitspraak komen wanneer de tweedepijlerinstrumenten worden meegenomen in de overwegingen. Ondanks de formele uitsluiting van de rechtsmacht in de tweede pijler kan het Hof de besluiten in de niet-communautaire pijlers dus niet negeren. Zo heeft het Gerecht van eerste aanleg in de *Yusuf en Kadi* zaken zich niet alleen gericht op de verticale verhouding tussen de nationale, EU- en VN-rechtsordes, maar werd ook expliciet gewezen op 'de grondwettelijke structuur van de pijlers'. Het Gerecht wees zelfs expliciet op 'het naast elkaar bestaan van de Unie en de Gemeenschap als geïntegreerde maar afzonderlijke rechtsorden'.³⁹ Op het terrein van de economische en financiële sancties ten opzichte van individuen (wat niet geregeld is door art. 60 en 301 EG), stelde het Gerecht dat de doelstellingen van de Unie alleen bereikt zouden kunnen worden wanneer gebruik zou worden gemaakt van de Gemeenschap en dat '(i)n het kader van de artikelen 60 EG en 301 EG (...) het optreden van de Gemeenschap dus in werkelijkheid een optreden van de Unie (is), dat wordt uitgevoerd op de grondslag van de communautaire pijler nadat de Raad een gemeenschappelijk standpunt of een gemeenschappelijk optreden uit hoofde van het GBVB heeft vastgesteld'.⁴⁰

Dit is een duidelijk voorbeeld van een expliciete 'onderwerping' van de Gemeenschap aan GBVB-besluitvorming en een aanwijzing dat de eenheid van de Unie niet door het Gerecht wordt genegeerd.⁴¹ Tegelijkertijd gaat het hier wederom om een indirecte rechtsmacht ten opzichte van GBVB-bepalingen, die we kennen uit zaken als *Hautala*, waar het Hof stelde dat het bevoegd was met betrekking tot het vraagstuk van de toegang tot documenten, zelfs wanneer deze documenten op de tweede pijler betrekking hebben.⁴² Een vergelijkbare uitspraak was eerder al met betrekking tot derdepijlerdocumenten genomen.⁴³

Hoewel de jurisprudentie dus een zekere bereidheid van het Hof laat zien om in ieder geval GBVB-maatregelen niet te negeren wanneer er sprake is van een verband met Gemeenschapsrecht, is hiermee de vraag naar de rechts-

macht van het Hof ten opzichte van handelingen van lidstaten die in strijd zijn met Unie-recht, niet beantwoord. Tot nu toe zijn er slechts zaken geweest op basis van art. 230 EG. Dit laat de vraag naar de mogelijkheden van nationale rechters om de geldigheid van GBVB-besluiten in geval van twijfel over de geldigheid van een nationaal implementatiebesluit te beoordelen onbeantwoord. Het lijkt duidelijk dat er geen verbod is om EU-besluiten ongeldig te verklaren omdat de jurisprudentie van het Hof daarover (*Foto Frost*) alleen betrekking heeft op Gemeenschapsrecht.⁴⁴ Tegelijkertijd is het moeilijk voorstelbaar dat nationale rechters op eigen houtje onderliggende GBVB-besluiten ongeldig mogen verklaren. Hoe is dit probleem anders op te lossen dan door een rol van het Hof te accepteren? In dat verband is de recente uitspraak van het Hof in *Segi* interessant. Deze uitspraak betreft een beroepszaak van *Segi* (en in een vergelijkbare zaak van een andere Baskische organisatie, *Gestoras Pro Amnistía*) naar aanleiding van een eerdere uitspraak van het Gerecht van eerste aanleg.⁴⁵ Het bestreden besluit in deze zaak was een gemeenschappelijk standpunt (2001/931/GBVB) met een dubbele rechtsbasis in de tweede (art. 15 EU) en derde pijler (art. 34 EU). Hoewel art. 35 lid 1 EU nationale rechters niet toelaat een prejudiciële vraag te stellen over een gemeenschappelijk standpunt, is volgens het Hof de relevante vraag of het besluit gevolgen heeft voor derden (individueen of entiteiten). In dit geval waren de twee organisaties op een lijst met terroristische organisaties geplaatst en deze lijst was als bijlage toegevoegd aan gemeenschappelijk standpunt 2001/931/GBVB, hetgeen tot de conclusie leidde dat dit besluit rechtsgevolgen had voor de twee organisaties. Het Hof vervolgde: 'Een gemeenschappelijk standpunt dat, gelet op de inhoud ervan, een ruimere draagwijdte heeft dan die welke door het EU-Verdrag aan dit soort handeling wordt toegekend, moet dus aan de controle van het Hof kunnen worden onderworpen. Bijgevolg kan een nationale rechter bij wie een geding aanhangig is waarin zijdelings de vraag aan de orde is naar de geldigheid of de uitlegging van een gemeenschappelijk standpunt dat op

39 GvEA 21 september 2005, zaak T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf en Al Barakaat International Foundation/Raad en Commissie*, Jur. 2005, p. II-3533; en zaak T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi/Raad en Commissie*, Jur. 2005, p. II-3649 (zie r.o. 156 *Yusuf*-zaak).

40 Ibid., r.o. 161 *Yusuf*-zaak.

41 Zie uitgebreider op dit punt eerdere beschouwingen van beide auteurs: D. Curtin en I.F. Dekker, 1999, *op.cit.*; D. Curtin en I.F. Dekker, 2002, *op.cit.*; R.A. Wessel, 'The Inside Looking Out: Consistency and Delimitation in EU External Relations', *CML Rev.* 2000, p. 1135-1171; en R.A. Wessel, 'Fragmentation in the Governance of EU External Relations: Legal Institutional Dilemmas and the New Constitution for Europe', in: J.W. de Zwaan e.a. (red.), *The European Union – An Ongoing Process of Integration, Liber Amicorum Fred Kellermann*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2004, p. 123-140.

42 GvEA 19 juli 1999, zaak T-14/98, *Hautala/Council*, Jur. 1999, p. II-02489, r.o. 41-42.

43 GvEA 17 juni 1998, zaak T-174/95, *Svenska Journalistförbundet*, Jur. 1998, p. II-02289.

44 HvJ EG 22 oktober 1987, zaak 314/85, *Foto Frost*, Jur. 1987, p. 4199. Zie voor argumenten om de *Foto Frost* redenering wel toe te passen echter: D.M. Curtin en I.F. Dekker, 1999, *op.cit.*, p. 123. Vergelijk ook 'The CFSP under the EU Constitutional Treaty – Issues of Depillarization', Editorial Comment, *op.cit.*

45 Zie de zaken C-355/04 P, *Segi*, en C-354/04 P, *Gestoras Pro Amnistiae e.a.*, zie boven.

grond van artikel 34 EU is vastgesteld (...) en die ernstige twijfels heeft over de vraag of dit gemeenschappelijke standpunt in werkelijkheid beoogt rechtsgevolgen voor derden teweeg te brengen, het Hof onder de voorwaarden van artikel 35 EU verzoeken om een prejudiciële beslissing. (...) Het Hof is ook bevoegd om de wettigheid van dergelijke handelingen na te gaan in elk door een lidstaat of de Commissie onder de voorwaarden van artikel 35, lid 6, EU ingesteld beroep.⁴⁶

Men zou kunnen volhouden dat deze redenering ook zou moeten gelden wanneer het gemeenschappelijk standpunt alleen een GBVB-rechtsbasis zou hebben. Er is immers geen principieel verschil tussen de verschillende typen gemeenschappelijke standpunten wanneer zij rechtsgevolgen voor individuen hebben. Aan de andere kant is waarschijnlijk de enige reden waarom het Hof in deze zaak een uitspraak doet over de rechtsbescherming gelegen in het feit dat het in de derde pijler rechtsmacht heeft met betrekking tot andere instrumenten (besluiten en kaderbesluiten).⁴⁷ Een dergelijke rol ontbeert het Hof in de tweede pijler. Maar ook dit hoeft niet het einde te betekenen. Niet alleen blijft art. 230 EG (jo. art. 47 EU) het Hof de mogelijkheid bieden GBVB-besluiten te beoordelen (zie onder), maar zoals uit de *Pupino*-uitspraak blijkt, kan het Hof inspiratie putten uit EG-bepalingen wanneer het gevraagd wordt zich uit te spreken over vergelijkbare EU-bepalingen.⁴⁸ Naast het maken van een expliciete vergelijking tussen derdepijlerkaderbesluiten en Gemeenschapsrechtelijke richtlijnen wat betreft hun rechtseffect, heeft het Hof gewezen op het feit dat Gemeenschapsbeginselen – in dit geval het beginsel van Gemeenschapstrouw uit art. 10 EG – pijleroverstijgend toegepast kunnen worden. Het Hof stelde in het bijzonder:

‘Het zou voor de Unie moeilijk zijn haar taak doeltreffend te vervullen indien het beginsel van loyale samenwerking, dat onder meer inhoudt dat de lidstaten alle passende algemene en bijzondere maatregelen treffen om de nakoming van de voor hen uit het recht van de Europese Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren, niet tevens gold in het kader van de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken, die overigens volledig is gegrondvest op de samenwerking tussen de lidstaten en de instellingen (...).’⁴⁹

Het Hof was niet overtuigd door de argumenten van Italië en het Verenigd Koninkrijk dat het EU-Verdrag geen met art. 10 EG vergelijkbare bepaling kent en stelde dat het beginsel van Gemeenschapstrouw de lidstaten bindt in hun relatie met de Unie.⁵⁰ Het Hof suggereerde daarmee dus dat dit beginsel een pijleroverstijgende inhoud en toepassing kent.⁵¹ Zelfs het ontbreken van rechtstreekse werking in het geval van kaderbesluiten was niet relevant en weerhield het Hof er in ieder geval niet van het idee van indirecte werking (een plicht tot conforme uitleg) toe te passen met betrekking tot derdepijlerwetgeving.⁵² We moeten echter niet vergeten dat het Hof tot deze conclusie kwam na een vergelijking van kaderbesluiten en richtlijnen. Een dergelijke vergelijking is moeilijker wanneer het gaat om tweedepijlerinstrumenten.

Toch is wel gesteld dat *Yusuf en Kadi* – en latere zaken – een paradigmaverschuiving laten zien waarin het Gerecht zichzelf dwingt om VN-verplichtingen na te komen en

tegelijktijd vast te houden aan zijn eigen beginselen.⁵³ Feit is dat het Hof/Gerecht in recente zaken – van *Pupino*, via *Yusuf/Kadi* naar *Segi* – geconfronteerd is met de vraag naar de rechtsbescherming van individuen in de niet-communautaire Unie-pijlers. In alle gevallen lijkt de oplossing vergelijkbaar te zijn: ofwel het Hof/Gerecht interpreteert de niet-communautaire bepalingen in het licht van het Unierecht als geheel (*Yusuf/Kadi*), of het maakt gebruik van een communautaire analogie om tot de gewenste (constitutionele) uitkomst te komen (*Pupino*, *Segi*). Op deze manier heeft het Hof zich laten zien als een constitutioneel Hof van de Europese Unie als geheel en lijkt het niet terug te schrikken voor een combinatie van verschillende Unie-normen om een gewenste uitkomst te realiseren.⁵⁴ Op deze manier is het Hof niet alleen bezig geweest met het aanleggen van tunnels tussen de pijlers, maar lijkt het ook oog te hebben voor wat Maduro ‘defensive constitutionalism’ heeft genoemd.⁵⁵ Dat het gaat om het verdedigen van enkele kernwaarden van de Gemeenschaps- (en Unie-)rechtsorde met betrekking tot de rechtsbescherming van individuen tegenover aanvallen van buitenaf wordt duidelijk weerspiegeld in de recente conclusie van A-G Maduro in de *Kadi*-zaak.⁵⁶

4. Constitutionele sedimentatie

De vraag die in deze bijdrage centraal stond was of het Hof van Justitie een rol gespeeld heeft in het construeren van een constitutioneel kader voor de Europese Unie als geheel (en niet slechts voor de Gemeenschap) en, in het geval van een bevestigend antwoord, welke beginselen het

⁴⁶ Zaak C-355/04 P, *Segi*, r.o. 54-55.

⁴⁷ Dit feit zou ook kunnen impliceren dat derdepijlermaatregelen onder omstandigheden voorrang kunnen hebben boven nationaal recht (zelfs in de afwezigheid van rechtstreekse werking). Zie hierover bijvoorbeeld R. Barents, annotatie bij zaak C-105/03, *Pupino*, SEW 2006, 14, p. 74-78, i.h.b. p. 77.

⁴⁸ HvJ EG 16 juni 2005, zaak C-105/03, *Pupino*, Jur. 2005, p. I-5285, r.o. 19, 21 en 28 (overeenkomst tussen het systeem van art. 234 EG en art. 35 EU); en r.o. 33-34 (overeenkomst in de bewoordingen van art. 249 EG en art. 34 lid 2 sub b EU).

⁴⁹ *Ibid.*, r.o. 42.

⁵⁰ *Ibid.*, r.o. 39.

⁵¹ Zie over *Pupino* ook: E. Spaventa, ‘Opening Pandora’s Box: Some Reflections on the Constitutional Effects of the Decision in *Pupino*’, *EuConst.* 2007, 5. Zie over de Unie-brede toepassing van art. 10 EG ook: C. Hillion en R.A. Wessel, ‘Restraining External Competences of EU Member States under CFSP’, in: M. Cremona en B. de Witte (red.), *EU Foreign Relations Law: Constitutional Fundamentals*, Oxford: Hart Publishing 2008 (nog niet verschenen).

⁵² Zie B. Kurcz en A. Lazowski, ‘Two Sides of the Same Coin? Framework Decisions and Directives Compared’, in: P. Eeckhout en T. Tridimas (red.), *Yearbook of European Law 2006*, Oxford University Press 2007, p. 177-203, p. 179.

⁵³ M. Nettesheim, ‘U.N. Sanctions against Individuals – A Challenge to the Architecture of European Union Governance’, *CML Rev.* 2007, p. 567-600.

⁵⁴ Vgl. R. Barents, die de invloed van *Pupino* vergeleek met die van *Van Gend & Loos*. Annotatie zaak C-105/03, *op.cit.* Zie met betrekking tot eerdere zaken al D. Curtin en R.H. van Ooik, ‘Een Hof van Justitie van de Europese Unie?’, SEW 1999, p. 24-38.

⁵⁵ Zie M. Maduro, ‘Europe and the Constitution: What if this is as Good as it Gets?’, in: J.H.H. Weiler en M. Wind (red.), *Rethinking European Constitutionalism*, 2000, p. 74-102.

⁵⁶ Zaak C-402/05 P, *Yassin Abdullah Kadi/Raad en Commissie*, conclusie van A-G Poireres Maduro, 16 januari 2008.

Hof daarbij gehanteerd heeft. Toen duidelijk werd dat het Constitutioneel Verdrag van 2004 niet in werking zou treden, werd wel de vraag gesteld of dit impliceerde dat er niet gesproken kon worden van een constitutionele basis voor de *Europese Unie*. We hebben echter gezien dat de ontwikkeling van de Unie over de afgelopen vijftien jaar niet zozeer gebaseerd is op de in het verdrag gemaakte keuzes, maar veeleer op wat de Duitsers zouden aanduiden als 'Eigendynamik'. Desondanks stelt Hermann: 'Given the deliberate placing of the second and third pillar outside the Community framework by the Member States, it would be difficult to argue in favour of an identical legal nature of the pillars only on the basis of a claimed unity.'⁵⁷ Dit is absoluut waar, maar de constitutionele eenheid waarnaar in deze bijdrage wordt verwezen heeft niet alleen betrekking op de toepassing van Gemeenschapskenmerken en -beginselen (met name rechtstreekse werking, voorrang en de communautaire methode van besluitvorming)⁵⁸ op de niet-communautaire pijlers, maar ook op de invloed van de in de Gemeenschap bereikte integratie op het GBVB en de onmogelijkheid om de samenwerking in deze pijler geïsoleerd te duiden. De belangrijkste conclusie is daarom dat de pijlers weliswaar gescheiden, maar tegelijkertijd onscheidbaar zijn. Vanwege de voortdurende speciale positie van het GBVB, is dit ook na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon nog van belang.⁵⁹

Tegelijkertijd is duidelijk dat het constitutionele kader dat door het Hof is blootgelegd in de vorm van een constitutioneel verband tussen de verdragen – of misschien zelfs een 'constitutioneel handvest' – *ad hoc* en fragmentarisch is. Men zou kunnen zeggen dat dit een onderdeel is van wat wel een 'sedimentary constitution' is genoemd.⁶⁰ In dat verband wordt ook wel de ruimere term 'constitutionalism' gebruikt. Het gaat dan niet om een democratische politieke constitutie, noch om een formele grondwet die is bekrachtigd door politieke actoren (parlementen, burgers), maar om iets dat onderdeel is van een bredere constitutionele kijk op hoe politieke en juridische systemen evolueren en samenhangen met fundamentele uitgangspunten die gehanteerd worden in de verhouding tussen overheid en burger en overheidsonderdelen onderling.

Dit laatste omvat dan in ieder geval de centrale elementen rond de beperking van gouvernementeel gezag, respect voor rechtstatelijke uitgangspunten en de bescherming van de rechten van de mens.⁶¹ Deze elementen vinden hun plek in en functioneren op basis van een constitutie

die zowel geschreven als ongeschreven kan zijn. Op een basaal niveau omvat dit ons inziens ook 'de grondwettelijke structuur van de pijlers' (of in de fraaiere Engelse bewoordingen 'the constitutional architecture of the pillars') waarnaar het Gerecht verwees en op basis waarvan Unie-normen niet geïnterpreteerd kunnen worden binnen de veilige grenzen van hun eigen pijler. Tegelijkertijd is dit wat Bast een 'incomplete constitutional unity' heeft genoemd: er blijft sprake van zowel formele als materiële incoherentie wanneer beginselen (zoals rechtstreekse werking en voorrang) niet in gelijke mate toepasbaar zijn op alle onderdelen van de Unie en het institutioneel evenwicht op de verschillende beleids-terreinen verschilt.⁶² De inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon zal de constitutionele eenheid zeker versterken, maar zoals we zagen heeft de Europese constitutie (met een kleine 'c') vooral de neiging zichzelf te versterken, onafhankelijk van verdragswijzigingen.

De genoemde constitutionele architectuur roept de vraag op naar de brede ontwikkeling en transformatie van de Europese politieke orde. De analyse lijkt te wijzen op een onderstroom van ontwikkelingen die door de gebruikelijke focus op formele verdragswijzigingen en vastgelegde bevoegdheden en uitsluitingen aan het oog onttrokken wordt. De kracht van deze onderstroom kennen we uit de ontwikkeling van het Gemeenschapsrecht en we weten dat deze in staat is om de zichtbare en bewust ontworpen architectuur op losse schroeven te zetten. Zelfs in een relatief korte periode van vijftien jaar is de Unie in staat gebleken haar eigen rechtsorde verder te ontwikkelen, zowel ten opzichte van de nationale rechtsordes als binnen de internationale rechtsorde.⁶³ De rol van het Hof is hierin belangrijk geweest, maar sinds het debat over het Grondwettelijk Verdrag weten we dat de 'constitucionalisering' niet langer alleen het domein is van rechters (en andere juristen), maar ook van politici (zowel Europees als nationaal) en hopelijk uiteindelijk ook van burgers.

57 Zie C.W. Hermann, 'Much Ado About Pluto? The 'Unity of the Legal Order of the European Union' Revisited', *EUI Working Paper RSCAS* 2007/05, op p. 18.

58 See for the importance of the 'Community method' to constitutional unity also J. Bast, 'The Constitutional Treaty as a Reflexive Constitution', *German Law Journal* 2005, p. 1433-1452.

59 Zie uitgebreid de bijdragen in de serie over het Verdrag van Lissabon in *SEW* 2008.

60 Zie met betrekking tot het gebruik van deze term in de context van de VS B. Friedman en S. Smith, 'The Sedimentary Constitution', 147:1 *University of Pennsylvania Law Review* 1998, p. 1-90. Eijsbouts gebruikte de term 'constitutional sedimentation' mede om aandacht te vragen voor het element 'tijd' in constitutionele processen: 'Europe and the Constitution is just a matter of time'. Zie T. Eijsbouts, 'Constitutional sedimentation', *Legal Issues of European Integration* 1996, beschikbaar via: <http://dare.uva.nl/document/11944>. Zie verder over het begrip 'The Sedimentary EU Constitution' D. Curtin, *Executive Power in the European Union. Law, Practices and Constitutionalism*, Oxford University Press 2009 (nog niet verschenen).

61 Zie voor een recent overzicht N. Tsagourias (red.), *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*, Cambridge University Press 2007.

62 Bast, *op.cit.*, op 1438.

63 Zie over dit laatste uitgebreid R.A. Wessel, 'The European Union as a Party to International Agreements: Shared Competences, Mixed Responsibilities', in: A. Dashwood en M. Maresceau (red.), *Law and Practice of EU External Relations – Salient Features of a Changing Landscape*, Cambridge University Press 2008, p. 145-180.