

VAN INTERNATIONAAL NAAR TRANSNATIONAAL RECHT
MIGRATIEPACT EN “TRANSNATIONAL LEGAL PROCESS”

Fernand Keuleneer¹

Advocaat

Commissie voor de Buitenlandse Betrekkingen

Kamer van Volksvertegenwoordigers

4 december 2018

1. De juridische analyse, of politico-juridische analyse, van een instrument als het ter discussie staande *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration* (hierna “Migratiepact”) dient scherp te worden onderscheiden van politieke opvattingen of voorkeuren inzake migratiebeleid. Het is met andere woorden perfect mogelijk om het Migratiepact geen deugdelijk instrument te vinden, en toch voorstander te zijn van een beleid dat migrantvriendelijk of zelfs pro-migratie is.

2. Het Migratiepact staat niet neutraal t.a.v. migratie, ondanks andersluidende verklaringen in die zin.² In het Migratiepact wordt bepaald dat migratie bijdraagt tot positieve ontwikkelingsresultaten, tot het realiseren van de Horizon 2030 Agenda voor Duurzame Ontwikkeling, en tot de Duurzame Ontwikkelingsdoelstellingen goedgekeurd door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties in 2015.³ Het Migratiepact bevat het algemeen engagement om op alle niveaus effectieve stappen te zetten om “veilige, ordelijke en reguliere migratie” te faciliteren, “in alle stadia”. Daarom wordt ook bepaald dat regionale en regio-overschrijdende arbeidsmobiliteit

¹ Keuleneer, Vanneste, Van Varenbergh, Verhelst, Derveaux, Verenigingstraat 28, 1000 Brussel (02/209 11 22 – fernand.keuleneer@ks4v.be). Zie o.m. *Inflatie van rechten – ontwaarding van het Recht?*, RW, 1995-1996, 1073, <https://www.vlaamspleitgenootschap.be/UserFiles/file/openingsrede%201995.pdf>; *The European Constitution, New International Law and Global Architecture*, 2004, <https://www.yumpu.com/en/document/view/56832688/fk-fs-paper-rome-140604>; *Environmentalism, the Transformation of International Law, and the Pursuit of Political Objectives*, in: Terry L. Anderson and Henry I. Miller, M.D. “The Greening of U.S. Foreign Policy”, Stanford University Press, 2000, p. 31, <https://www.yumpu.com/en/document/view/62255066/fk-environmentalism-021218>

² “It does not encourage migration, nor does it aim to stop it.”
<https://news.un.org/en/story/2018/07/1014632>

³ Migratiepact, par. 8, 15.

gefaciliteerd zal worden door internationale en bilaterale samenwerkingsovereenkomsten.⁴

Verder valt het op dat de termen “legale” en “niet-legale” migratie niet voorkomen; in de plaats daarvan worden de termen “regulier” en “irregulier” aangewend. Deze termen worden niet gedefinieerd. Evenmin wordt verduidelijkt wie bepaalt wat “reguliere” en “irreguliere” migratie is.⁵

Bovendien biedt het Migratiepact de internationaalrechtelijke basis voor zéér verre gaande ingrepen in de nieuws- en opiniemedia, en keert het daarmee zelfs de logica van de klassieke mensenrechtenverdragen om.

3. In mijn analyse heeft het Migratiepact echter slechts zijdelings met migratie te maken. Het is allereerst een nieuwe en belangrijke stap in de omvorming van internationaal naar globaal recht, zulks in het kader van een *global governance* waarbij staten niet langer de centrale plaats innemen.⁶ De internationale orde, die gebaseerd was op het concept van soevereine en juridisch gelijke staten, evolueert in snel tempo naar één enkele globale *civil society*, met globale instituties en een globaal recht, waarin het onderscheid tussen statelijke en bovenstatelijke rechtsorde verdwijnt door fusie van beide met onderschikking van de eerste aan de laatste in alle domeinen, en de staatssoevereiniteit⁷ naar internationale en supranationale instellingen en organismen

⁴ Ibid, par. 21

⁵ In de “Antrag” in de Duitse Bondsdag (zie voetnoot 9) wordt de Bondsregering verzocht “weiterhin klar und stringent zwischen legaler und illegaler Migration zu unterscheiden und dabei die illegale Migration nach Deutschland und Europa auch mit nationalstaatlichen und europäischen Mitteln zu verhindern;”

⁶ “The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration is expected to be the first, intergovernmentally negotiated agreement, prepared under the auspices of the United Nations, to cover all dimensions of international migration in a holistic and comprehensive manner. It presents a significant opportunity to improve the governance on migration, to address the challenges associated with today’s migration, and to strengthen the contribution of migrants and migration to sustainable development.” <https://www.iom.int/global-compact-migration>
Er is een onmiddellijk verband tussen hogergeciteerde alinea, en de filosofie/ideologie van het Earth Charter en de Earth Charter Movement, die een aanvang nam in het laatste decennium van vorige eeuw: <http://earthcharter.org/discover/>, <http://earthcharter.org/discover/history-of-the-earth-charter/>. Zie ook Keuleneer, *Environmentalism*, supra noot 1.

⁷ Staatssoevereiniteit betekent niet alles zelf willen doen of niet willen samenwerken, maar wel zich in de rechtsorde het laatste woord voorbehouden.

overgeheveld wordt.⁸

De stelling dat het Migratiepact noodzakelijk is om internationale samenwerking inzake migratie tot stand te brengen, lijkt me tendentiekus. Internationale samenwerking is zeer goed mogelijk buiten het *global governance* raamwerk.

4. De vervanging van een inter-statelijke orde door een *global governance* model is misschien een legitieme ideologische en politieke optie (hoewel de sluipende en verdoken soevereiniteitsoverdracht zeker constitutionele vragen doet rijzen), maar het blijft onmiskenbaar een ideologische en politieke optie die niet voortvloeit uit een of andere natuurwet of morele wet. Het is perfect legitiem om te vinden dat dit nieuwe model niet wenselijk of zelfs niet grondwettelijk is. Zulks heeft dan gevolgen voor de beoordeling van de wenselijkheid en/of de legaliteit van het Migratiepact, ongeacht iemands opvattingen over migratie en migratiebeleid.
5. Ten onrechte wordt gesteld dat het Migratiepact slechts “werkafspraken” bevat die geen rechtsgevolgen hebben. Zulks is onjuist, en de kwalificatie “onjuist” hoeft niet genuanceerd te worden.

Het Migratiepact werd wel onderhandeld in een intergouvernementele conferentie (met de inbreng van allerhande andere niet-statelijke “actoren”), maar is geen verdrag. Enkel door verdragen en door het internationaal gewoonterecht worden staten rechtstreeks gebonden. Dat het Migratiepact geen verdrag is, maar uiteindelijk door een resolutie van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties zal worden goedgekeurd, is een van de elementen die aantonen dat het moet gesitueerd worden in de hierboven geschetste evolutie. Staten hebben het Migratiepact onderhandeld, maar zetten vervolgens een grote stap opzij ten voordele van internationale instellingen. Zo wordt bijvoorbeeld een *United Nations Network on Migration* in het leven geroepen om voor de toepassing van en de controle op de engagementen uit het Migratiepact te zorgen.⁹

⁸ Zie o.m. Eric A. Posner, *The Perils of Global Legalism*, The University of Chicago Press, 2009

⁹ Migratiepact, par. 45

Het Migratiepact is voor staten bijgevolg – uiteraard – niet onmiddellijk bindend zoals een verdrag onmiddellijk bindend zou zijn. Maar dat doet niet zoveel ter zake, want het Migratiepact wordt ondertussen wel degelijk opgenomen in het corpus van het internationaal recht. Resoluties van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties hebben wel degelijk internationaalrechtelijke waarde en betekenis, ook al zijn ze niet onmiddellijk of rechtstreeks bindend.¹⁰ Enerzijds komen ze zelf tot stand op basis van een verdrag (Handvest van de Verenigde Naties), anderzijds kunnen hun auteurs en sponsors voorhouden dat ze bindend internationaal gewoonterecht hetzij codificeren, hetzij tot stand brengen. Bovendien moet opgemerkt worden dat het Migratiepact méér is dan een gewone resolutie van de Algemene Vergadering; het is een pact, goedgekeurd bij resolutie.¹¹

Om dit nieuw internationaal recht ingang te doen vinden in de statelijke rechtsordes wordt een *transnational legal process*, het actief betrekken van niet-statelijke actoren bij dit proces van transnationalisering en globalisering door de creatie van precedentes en kruisverwijzingen, actief aangemoedigd.¹²

¹⁰ Zie onder meer Ramses A. Wessel, Steven Blockmans, *The Legal Status and Influence of Decisions of International Organisations and Other Bodies in the European Union*, <https://www.utwente.nl/en/bms/pa/research/wessel/wessel112.pdf>

¹¹ Zie ook: Anne Peters, *The Global Compact for Migration: to sign or not to sign*, <https://www.ejiltalk.org/the-global-compact-for-migration-to-sign-or-not-to-sign/>

¹² Zie onder meer Harold Koh, *From International to Transnational Law*, <http://webtv.un.org/meetings-events/human-rights-treaty-bodies/chairpersons%E2%80%99-meeting/watch/harold-koh-from-international-to-transnational-law/2621287058001/?term=&page=17>; Harold Koh, *Transnational Legal Process*, 75 *Nebraska Law Review* 181 (1996), <https://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1538&context=nlr>; “As governmental and nongovernmental transnational actors repeatedly interact within the transnational legal process, they generate and interpret international norms and then seek to internalize these norms domestically. The extent that those norms are successfully internalized, they become future determinants of why nations obey.” Harold Koh, *Why Do Nations Obey International Law?*, 106 *Yale Law Journal*, 2599, 2645-56 (1997). Prof. Harold Koh is een alom gerespecteerd autoriteit in zijn domein (ook door mezelf, oud-student van Yale Law School): <https://law.yale.edu/harold-hongju-koh>
Zie ook Jill Goldenziel, *How to Help the Migration Crisis – and Make International Law*, Harvard Law Review Blog, 24 oktober 2017, <https://blog.harvardlawreview.org/how-to-help-the-migration-crisis-and-make-international-law/>
Een goed voorbeeld van de daartoe aangewende techniek is te vinden in *The Earth Charter and International Law*, <http://earthcharter.org/virtual-library2/the-earth-charter-and-international-law/>

6. Om de transnationaliseringsdoelstelling te bereiken dienen de geschikte juridische technieken aanwezig te zijn. In het Migratiepact, zoals in zovele andere eraan voorafgaande pacts en resoluties in velerlei domeinen, vervullen de “mensenrechten” deze functie. De “mensenrechten” bieden de objectieve internationaalrechtelijke basis voor subjectief-rechtelijke aanspraken door individuen en groepen (“class actions”). Het is niet verboden te denken dat daarom het Migratiepact rond mensenrechten geconstrueerd werd, veeleer dan rond ontwikkeling, louter politieke doelstellingen of concrete beleidsafspraken.¹³

Het Migratiepact staat bol van verwijzingen naar en aanhalingen met “mensenrechtelijke” instrumenten, waarbij niet alle staten die het Migratiepact onderhandelden al deze instrumenten ratificeerden¹⁴, of waarvan sommige zelfs niet door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties werden goedgekeurd¹⁵ en die op deze wijze tersluiks (meer) rechtskracht verwerven.

Rechtsregels vormen een systeem, en zoals in elk systeem zit er ook in het recht een eigen dynamiek, bepaald door de hiërarchie van belangrijkheid tussen de regels, de wijze waarop ze worden toegepast en geïnterpreteerd (al dan niet via rechtszaken), en de verhouding tussen de instellingen en beslissingsinstanties die in deze processen een rol spelen. Elke component van een systeem oefent invloed uit op de andere componenten, en ondergaat op zijn beurt de invloed van de andere componenten. De dichtheid van het systeem bepaalt zijn graad van autonome ontwikkeling.

Rechtsnormen zijn gehiërarchiseerd. Europees en internationaal recht hebben voorrang op nationaal recht.¹⁶ De grondwet heeft voorrang op andere interne

¹³ “The Global Compact is based on international human rights law (...)”, Migratiepact, par. 15; “Human rights norms and standards can be powerful programmatic and methodological tools for action”, <http://www.globalmigrationgroup.org/theme/human-rights-migrants>

¹⁴ Zoals bijvoorbeeld de “International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families”, niet geratificeerd door België, waarnaar verwezen wordt in Migratiepact, par. 2

¹⁵ Zoals bijvoorbeeld: WHO Framework of Priorities and Guiding Principles to Promote the Health of Refugees and Migrants, waarnaar verwezen wordt in Migratiepact, par. 31, e)

¹⁶ Stefan Sottiaux, *Het Stabiliteitsverdragsarrest in het licht van de rechtspraak van de hoogste Belgische rechtscolleges*, TBP 2017/6 – 305

wetgeving. Een individuele aanspraak die afgeleid is uit het Europese of internationale recht heeft voorrang op de grondwet of de gewone wet. Aan de top van de juridische piramide staan de grondrechten met supranationaalrechtelijke of internationaalrechtelijke status; zij hebben voorrang op alle andere rechtsnormen.

“Mensenrechten” of “grondrechten” zijn een essentieel bestanddeel van het Migratiepact, ongetwijfeld met het oog op de bescherming van migranten, maar zeker ook met het oog op de realisatie van een nieuwe machts- en bevoegdheidsallocatie in het kader van het *global governance* project.

Elke advocaat en andere rechtspracticus weet dat elke wet of andere norm kan worden aangevochten door te verwijzen naar een conflict met een grondrecht, en dat er hiertoe nu reeds tal van mogelijkheden bestaan. Deze mogelijkheden worden door het Migratiepact nog sterk uitgebreid.¹⁷ De centrale rol van de grondrechten in het Migratiepact, samen met het constante gebruik van termen als *we commit, we will draw from the following actions, we commit to fulfil the objectives and commitments outlined in the Global Compact, we will implement the Global Compact* bieden voor een advocaat/rechtspracticus meer dan voldoende middelen om te argumenteren dat er rechtsgevolgen aan het Migratiepact moeten verbonden worden, ja zelfs dat

17

Vergelijk Objectief 15 (par 31) van het Migratiepact:

“We commit to ensure that all migrants, regardless of their migration status, can exercise their human rights through safe access to basic services. We further commit to strengthen migrant-inclusive service delivery systems, notwithstanding that nationals and regular migrants may be entitled to more comprehensive service provision, while ensuring that any differential treatment must be based on law, proportionate, pursue a legitimate aim, in accordance with international human rights law.”, aangevuld door e) van dezelfde paragraaf :

“incorporate the health needs of migrants in national and local health care policies and plans, such as by strengthening capacities for service provision, facilitating affordable and non-discriminatory access, reducing communication barriers, and training health care providers on culturally-sensitive service delivery, in order to promote physical and mental health of migrants and communities overall, including by taking into consideration relevant recommendations from the WHO Framework of Priorities and Guiding Principles to Promote the Health of Refugees and Migrants”

met de uitspraak van Minister Denis Ducarme: “Nous allons donc mettre en place un système qui reposera sur le travail d’un médecin contrôleur qui va veiller à prendre contact avec le prestataire de soins, l’hôpital ou le médecin généraliste qui aura réalisé des soins sur une personne en situation illégale, afin de vérifier si on se trouve toujours dans le champ de l’aide médicale urgente. Il vérifiera donc si ces soins de santé effectués sont nécessaires, incontournables, essentiels. »

<http://www.dhnet.be/actu/belgique/denis-ducarme-se-confie-les-soins-de-confort-gratuits-pour-les-migrants-c-est-fini-5a623d28cd70b09cefbf0c95>

Wat men over de discussie ten gronde ook moge denken, het is zo goed als uitgesloten dat een rechter niet zal oordelen over de verenigbaarheid met de “we commit” van het Migratiepact van maatregelen op basis hiervan genomen.

grondrechten op het spel staan. En het is precies omdat het Migratiepact, waarschijnlijk opzettelijk, zo vele domeinen betreft (*holistic and comprehensive* – zie voetnoot 2) en zo ruim interpreteerbaar is, dat het voor advocaten en andere actoren van het *transnational legal process* zo multi-inzetbaar is.¹⁸

De vergrondrechtelijking van materies, en van individuele aanspraken of verzuchtingen, brengt hen aan de top van de juridische piramide. Aangezien het om rechten gaat, hebben rechtscolleges het laatste woord en aangezien het om mensenrechten en grondrechten gaat, zullen dat vaak supranationale of internationale rechtscolleges zijn. Deze rechtscolleges zullen zich baseren op het gehele corpus internationaal en supranationaal recht, zoals tot stand gebracht in een permanente interactie tussen internationale instellingen, actoren van de *global civil society* (waarin staten nog slechts gedecentraliseerde beleidsmakers zijn), en rechterlijke uitspraken over concrete casussen. De vraag moet gesteld worden of wat voorgesteld wordt als “recht” uiteindelijk nog wel recht is, dan wel gejuridiseerde politiek of gejuridiseerde ideologie waarin rechtscolleges grondrechten tegen elkaar “afwegen” en “proportionaliteitstoetsen” uitvoeren waarvoor geen of slechts een ad hoc-gecreëerde juridische basis bestaat.¹⁹

Zulks brengt een systeem tot stand dat in die zin nieuw is dat het leidt tot een nieuwe vorm van “democratie”, niet langer gebaseerd op verkozen vertegenwoordigers van naties, maar op een netwerk van supranationale anonieme instellingen en beslissers, die functioneren in een autonoom, zelf-referentieel systeem, niet vatbaar voor een klassiek-democratische correctie.²⁰

¹⁸ Hoewel het Migratiepact zelf geen melding maakt van *commitments* die *actionable* zouden zijn, d.w.z. waaruit rechtstreekse subjectieve rechten kunnen afgeleid worden, is in de begeleidende literatuur nog wel degelijk sprake van *actionable commitments*. Bijvoorbeeld bij het *Global Forum on Migration & Development – Business Mechanism*, <https://gfmdbusinessmechanism.org/gfmd-summit-marrakesh-morocco-5-7-december-2018/> waarnaar verwezen wordt in Migratiepact, par. 3

¹⁹ Zeer oneerbiedig heb ik dit proces ooit wel eens vergeleken met de studie van de ingewanden van offerdieren of de studie van de vlucht der vogels door Griekse priesters.

²⁰ Zie o.m. ook Gordon Silverstein, *Law's Allure. How Law Shapes, Constrains, Saves, and Kills Politics*, Cambridge University Press, 2009.

Gelijkaardige technieken om uitgestrekte gebieden te supranationaliseren en zodoende te onttrekken aan de nationale soevereiniteit zijn de nieuwsoortige handels- en investeringsverdragen zoals TTIP (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*) en CETA (*Canadian-European Union Comprehensive Trade and Economic Agreement*). Deze verdragen bestrijken een buitengewoon

Het Migratiepact, zoals vele instrumenten voorheen, lijkt me in de eerste plaats over globale bevoegdheids- en machtsallocatie te gaan, en pas dan over migranten.

7. Ik ben bijgevolg van mening dat de rechtsgevolgen van het Migratiepact, in de hypothese dat het wordt goedgekeurd in de Intergouvernementele Conferentie en in de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties, in grote mate onafhankelijk zijn van de vraag of een staat het Migratiepact formeel en expliciet aanvaardt of niet. Van zodra het Migratiepact goedgekeurd is, wordt het als dusdanig onderdeel van de internationale rechtsorde, met mogelijke werking in de intra-statelijke rechtsordes, ongeacht of de betrokken staat het Migratiepact goedkeurde.

De discussie die momenteel gevoerd wordt over een “interpretatieve nota” moet dan ook in dat licht worden bekeken. Zelfs voor de interpretatie van een verdrag, en het Migratiepact is geen verdrag, is een interpretatieve nota slechts een element van “de context” waarmee zal rekening gehouden worden voor zover er geen strijdigheid bestaat met de gewone betekenis van termen, behalve indien het vaststaat dat partijen een bijzondere betekenis aan een term hebben willen geven.²¹ Een interpretatieve nota in algemene termen zal dus bijzonder weinig juridisch gewicht in de schaal leggen. En wanneer bepalingen uit het Migratiepact geacht worden de correcte interpretatie van bestaande grondrechten te zijn, of internationaal gewoonterecht worden (wat eventueel al na zeer korte tijd kan geacht worden gebeurd te zijn), zal dit internationaal recht opnieuw voorrang hebben op een interpretatieve nota.²²

uitgebreid gebied, nl alles wat betrekking heeft op handel tussen verdragspartijen, hun respectievelijke wederzijdse investeringen (in de breedst mogelijke zin), en de mogelijkheid en voorwaarden voor de verdragspartijen om in deze domeinen nog regulerend te kunnen optreden. CETA, TTIP en andere akkoorden van die aard worden op zichzelf staande instrumenten die hun eigen recht creëren. Het moge duidelijk zijn dat, zoals grondrechten (die hier overigens evenmin afwezig zijn, bijvoorbeeld onder de vorm van het niet-discriminatiebeginsel) ander recht dan het nationale toepasselijk wordt, en andere actoren dan nationale de eindbeslissingen nemen, ook in domeinen waar men zou verwachten dat democratisch bepaalde politieke preferenties ten volle kunnen spelen.

²¹ Zie Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht, 23 mei 1969, art.31: http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&cn=1969052331&table_name=wet

²² De “Antrag” aangenomen door de Duitse Bondsdag wijkt in tal van opzichten af van het Migratiepact. Eens het Migratiepact internationaalrechtelijke gevolgen heeft, zal ook deze “Antrag”, waarvan trouwens onduidelijk is of hij bij het Migratiepact gevoegd wordt (lijkt me essentieel), niet bepalend zijn. <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/060/1906056.pdf>

Evenwel, voor wie vanuit politico-juridische overwegingen vindt dat het Migratiepact beter niet tot stand was gekomen en ook in dit stadium niet bereid is het te aanvaarden, of voor wie toch nog wil trachten de juridische implicaties van het Migratiepact enigszins bij te sturen, is een solide, gedetailleerde en gemotiveerde nota, niet enkel goedgekeurd door regering en/of parlement maar ook namens België toegevoegd aan het Migratiepact, waarschijnlijk het enig overblijvende instrument om (zonder enige garantie op succes) zoveel mogelijk de ontwikkelingen te beïnvloeden die zouden voortvloeien uit een goedkeuring door de Intergouvernementele Conferentie en de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties. Zoals hierboven aangegeven, of de Belgische regering dat wil of niet, het lijkt erop dat het Migratiepact toch zijn weg zal vinden naar het corpus van het internationaal/transnationaal recht. Wellicht moet over dergelijke processen in de toekomst in een veel vroeger stadium nagedacht worden en dient een ruimere bezinning plaats te hebben over de systematische overdracht van soevereiniteit die deze met zich mee brengen.

8. Zoals uit de bovenstaande analyse blijkt, is de verhouding tussen internationaal, supranationaal en nationaal recht de sleutelvraag in gans deze problematiek. Zonder de huidige automatische voorrang van alle instrumenten van internationaal recht zouden initiatieven en instrumenten zoals het Migratiepact veel minder controversieel zijn. De vraag rijst of in de nationale rechtsorde aan elke norm van internationaal recht hetzelfde gewicht dient toegekend te worden: men kan zeker van oordeel zijn dat een geratificeerd verdrag met precieze verbintenissen van een andere aard is en een andere juridische draagwijdte heeft dan vergrondrechtelijke resoluties van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties, al dan niet via de supranationale transmissiekanalen van het EU-recht met zijn Charter van Grondrechten. Dit lijkt mij het echte politiek te voeren debat.

Over de verhouding tussen internationaal, supranationaal en nationaal recht wordt uitiem echter beslist door rechtscolleges, niet door democratisch verkozen organen,

De brief van staatssecretaris Harbers aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, lijkt mij een onwerkzame basis voor een interpretatieve nota of stemverklaring.
https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2018Z22708&did=2018D57602

hoewel dit een bij uitstek politieke beslissing is, momenteel misschien de politieke beslissing bij uitstek. Om die reden zou het voor een goed evenwicht tussen de staatsmachten meer dan wenselijk zijn de opvattingen ter zake van kandidaat-magistraten die voorgedragen en benoemd worden voor de hoogste nationale, supranationale en internationale rechtscolleges te kennen en vooraf te toetsen. Zulks geldt ook voor de “filosofie” van kandidaat-magistraten inzake de bandbreedte van de interpretatie van grondrechtelijke instrumenten in verhouding tot een gevoerd beleid. Dat zulks momenteel niet gebeurt, lijkt mij een zeer ernstig “democratisch deficit”.²³ Een debat over *judicial philosophy*, voorafgaand aan een benoeming van een hoge magistraat, zou ook in dit land moeten mogelijk zijn. Uiteraard mogen enkel hoogstaande juristen, die dus het onderscheid respecteren tussen politieke actie en het spreken van recht, in dergelijke functies benoemd worden, maar het volledig gebrek aan impact van de eerste en tweede staatsmacht in dergelijke fundamentele politico-juridische oriëntaties van de derde staatsmacht lijkt me niet langer verdedigbaar.

Helaas zijn ook de politieke instellingen momenteel niet uitgerust om dat debat op een rustige, serene en evenwichtige wijze te voeren.²⁴ Kan dit een rol zijn voor een nieuwe Senaat?

²³ We leven momenteel in een juridische context die zeer verschillend is van de context waarin bijvoorbeeld het EVRM tot stand kwam. Op dat ogenblik was er geen automatische voorrang van internationaal of supranationaal recht, een wet werd zelfs niet getoetst aan de grondwet, en grondrechten hadden enkele verticale werking (t.a.v. de staat).

²⁴ In het algemeen dient er ook een ernstige bezinning plaats te vinden over de voortschrijdende juridisering van de politiek, waarbij beleid bijna gelijkstaat met het creëren van nieuwe rechten, en de daaruit onvermijdelijk voortvloeiende politisering van het recht. Met name de vergrondrechtelijking van politieke en maatschappelijke kwesties speelt een nefaste rol. Naast de hoger aangehaalde effecten, brengt deze vergrondrechtelijking een moralistische verabsolutering van politieke debatten met zich mee. De maatschappelijke polarisering die hieruit volgt, is niet steeds wenselijk.