



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het gezag van rechter en wetgever

Koopmans, T.

Citation

Koopmans, T. (1986). Het gezag van rechter en wetgever. In *Vergelijkend publiekrecht* (pp. 68-84). Deventer: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/25902>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/25902>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

HOOFDSTUK V

Het gezag van rechter en wetgever

T. Koopmans, 'Het gezag van de rechter en wetgever', in: *Vergelijkend Publiekrecht*, Deventer: Kluwer 1986, pp. 68-84.

24. Ontwikkelingslijnen

Wanneer de vorige twee hoofdstukken enigerlei conclusie toelaten, moet het wel deze zijn dat geen sprake lijkt te zijn van convergerende ontwikkelingslijnen.

De Diceyaanse conceptie van parliamentary sovereignty¹⁹³ viel heel aardig samen met ons modelmatige uitgangspunt van de almacht van de wetgever. De Britse praktijk heeft evenwel op dat uitgangspunt een aantal verzachtingen en clausuleringen aangebracht, terwijl bovendien het uitgangspunt zelf meer en meer aan kritiek komt bloot te staan. In zoverre zou men kunnen zeggen dat het Britse stelsel zich, op de schaal tussen onze beide extreme uitgangspunten, enigszins in de richting van het midden aan het bewegen is.

Hetzelfde gaat echter niet op voor het Amerikaanse en het Duitse stelsel: de rechtspraak toont er geen neiging het gezag van de wetgever in sterkere mate te erkennen dan voorheen, en er is in beide landen, bij alle kritiek die men op de rechtspraak uit, weinig animo voor afschaffing van de constitutionele toetsing. Voor de VS kan men zelfs volhouden dat de rechtspraak van de laatste decennia het Amerikaanse recht verder van het midden af heeft gebracht, en dichterbij een extreem model van volledige rechterlijke natoetsing van alles wat de wetgever doet. Enkele traditionele remmingen op deze ontwikkeling, zoals de 'political question'-doctrine, zijn gedeeltelijk buiten werking gesteld; en het US Supreme Court heeft zich op enkele gebieden, zoals de gelijkheid en de bescherming van de meningsuiting¹⁹⁴, door de dynamiek van zijn eigen vondsten laten leiden tot een vergaande mate van controle en beoordeling van legislatief handelen. Het is mede daarom dat de afgrenzing van taken tussen wetgever en rechter in de VS veel meer ter discussie staat dan in de Duitse Bondsrepubliek.

Die discussie heeft vooral het begrip 'judicial restraint' tot inzet. De betekenis daarvan kan het beste worden weergegeven in de woorden van Justice Frankfurter in een zaak waarin de grondwettigheid van een stuk nationaliteitswetgeving aan de orde was:

'This legislation is the result of an exercise by Congress of the legislative

193. Zie no. 9.

194. Wij komen daarop terug in het Vierde Deel.

power vested in it by the Constitution, and of an exercise by the President of his constitutional power in approving a bill and thereby making it "a law". To sustain it is to respect the actions of the two branches of our government directly responsible to the will of the people and empowered under the Constitution to determine the wisdom of legislation. The awesome power of this Court to invalidate such legislation, because in practice it is bounded only by our own prudence in discerning the limits of the Court's constitutional function, must be exercised with the utmost restraint.¹⁹⁵

Het begrip houdt daarom geen precies te formuleren richtlijn in, maar wijst veeleer op een bepaalde rechterlijke houding of benaderingswijze: een van een zekere bescheidenheid, van deferentie jegens het oordeel van de wetgevende organen zodra het om de 'wisdom' van bepaalde maatregelen gaat. Dezelfde benaderingswijze was ook reeds te vinden in de dissent van Justice Holmes in het arrest over de New Yorkse bakkersarbeid, die wij reeds in ander verband bespraken.¹⁹⁶

Generaliserend kan men stellen dat het Amerikaanse hof, na een 'activistische' periode van ongeveer veertig jaar, in 1937 en volgende jaren wat meer een houding van judicial restraint ging innemen. Een voorbeeld van deze houding is te vinden in een arrest uit 1944, waarbij de verbanning van alle personen van Japanse herkomst uit bepaalde gebieden aan de Westkust niet inconstitutioneel werd geacht, omdat de 'properly constituted military authorities' een Japanse invasie aan de Westkust vreesden en de verbanning een adequate maatregel achtten om het gevaar van zo'n invasie voor de VS te verminderen.¹⁹⁷ In de loop van de jaren vijftig en zestig krijgt het rechterlijk activisme langzamerhand weer de overhand; wij hebben daarvan de sporen gezien in de reapportionment-cases, de schoolzaken en de abortus-zaken.¹⁹⁸ Een duidelijke illustratie vormt een arrest uit 1972, waarbij de tenuitvoerlegging van de doodstraf in de staat Georgia een 'cruel and unusual punishment' werd geacht in de zin van het VIIIe Amendement¹⁹⁹ – een zeer gedurfde grondwetsinterpretatie als men bedenkt tegen welke historische achtergrond de totstandkoming van dat amendement (in 1791) moet worden gezien; latere rechtspraak is wat voorzichtiger.²⁰⁰ Het is trouwens in het algemeen niet on-

195. Justice Frankfurter, dissenting, in *Trop v. Dulles*, 356 US 86 (1958).

196. *Lochner v. New York*, nt. 136. Verg. ook Justice Brandeis, concurring, in *Ashwander v. TVA*, nt. 175.

197. *Korematsu v. US*, 323 US 214 (1944). Het optreden van de militaire autoriteiten was overigens niet op de wet gebaseerd, maar op een 'executive order' van de President; voor het hier aan de orde gestelde probleem maakt dat geen principieel verschil.

198. Resp. no. 21, 22 en 20.

199. *Furman v. Georgia*, 408 US 238 (1972).

200. *Lockett v. Ohio*, 438 US 586 (1978).

mogelijk dat de nieuwe vlaag van rechterlijk activisme in de loop van de jaren zeventig enigszins is gaan afebber.²⁰¹

Politiek gezien is het belangwekkend op te merken dat het activisme uit het begin van de eeuw, toen het hof op grond van de due process clause met name de contractsvrijheid beschermde, vereenzelvigd werd met conservatisme; de aanhangers van het nieuwe activisme, die met behulp van de due process clause andere waarden trachten te beschermen tegen legislatieve aantasting, worden daarentegen als progressief gedoodverfd. Die kwalificaties kunnen juist zijn als men op de waarden-oriëntatie let; zij mogen echter niet versluieren dat de conservatieven van toen en de progressieven van nu eenzelfde standpunt innemen ten aanzien van de verhouding tussen wetgever en rechter. Beide groepen lezen bijv. in de – op zichzelf weinig duidelijke – woorden ‘due process of law’ een verwijzing naar een bepaald onderdeel van het Amerikaanse waardenpatroon en menen dat het aan de rechter staat de juiste betekenis daarvan vast te stellen en ook tegenover afwijkend inzicht van vertegenwoordigende colleges in stand te houden.

Activisme van dit soort bestaat in Duitsland in veel geringere mate. Wij kwamen de term ‘judicial restraint’ zelfs al in onvervalst Engels tegen in een Duits arrest.²⁰² Het Duitse constitutionele hof is meer geneigd zich in typische ‘policy questions’ bij het oordeel van de wetgevende organen neer te leggen. In 1975 besliste het dat een bepaling uit het Landesbeamten-gesetz van Sleeswijk-Holstein door de constitutionele beugel kon, waarin voor de aanstelling tot ambtenaar werd vereist dat de sollicitant ‘die Gewähr dafür bietet, dass er jederzeit für die freiheitlich demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes eintritt’ – zulks hoewel in het berechte geval feitelijk vaststond dat de desbetreffende sollicitant uitsluitend geweigerd was omdat hij in zijn studententijd behoord had tot de ‘Rote Zelle Jura Kiel’, een organisatie die intussen verdwenen was en waarover weinig meer bekend gebleven was dan de naam.²⁰³ Het hof achtte de laatste omstandigheid niet van belang: het meende dat zij uitsluitend ter beoordeling stond aan het tot aanstelling bevoegde gezag, dat de ‘overtuiging’ moest hebben dat de in de wet genoemde ‘Gewähr’ aanwezig was in het concrete geval:

‘Dieser Überzeugung liegt ein Urteil zugrunde, das zugleich eine Prognose enthält; es hat nur den Einzelfall im Auge und gründet sich jeweils auf eine von Fall zu Fall wechselnde Vielzahl von Elementen und deren Bewertung. Die Dinge liegen in sofern im Grunde nicht anders als in den Fällen, in denen der Dienstvorgesetzte über die sonstige Eignung oder Befähigung oder Leistung eines Bewerbers für den öffentlichen Dienst zu entscheiden hat. Es handelt sich um ein prognostisches Urteil über

201. Zie over het begin van die ontwikkeling Kelly and Harbison op. cit. (nt. 37) hfdst. 36; een typerende beslissing is Stone v. Powell, 428 US 465 (1976).

202. Ostverträge, nt. 189.

203. BVerfGE 39 no. 16, Radikale im öffentlichen Dienst, 1975.

die Persönlichkeit des Bewerbers, nicht lediglich um die Feststellung einzelner Beurteilungselemente...'

Nu hier tevens een grondrechtelijk getinte waarde in het geding was, nl. de vrijheid van politieke overtuiging, is het zeer de vraag of de Amerikaanse rechter evenveel deferentie jegens het oordeel van de administratie zou hebben betracht.²⁰⁴

In de Engelse rechtspraak is voor het begrip 'activisme' nauwelijks plaats; daarom speelt ook de gedachte van 'judicial restraint' geen rol in de discussies. Lord Devlin, een bekende rechter, drukte het zo uit: 'In the old days the judges had to stretch the law to meet a new situation which otherwise would have been unregulated. Now that Parliament is willing to exert itself judges are entitled, and indeed bound, to say that it is for Parliament and not for them to make new law'.²⁰⁵ Een Engelse schrijver, die dit te ver vindt gaan, concludeert uit een vluchtig onderzoek niettemin 'that English judges are not nearly so activist as American judges and that there is no reason why they should be; an activist judiciary is not an indication of superior quality of judges but of legislatures that are unwilling or unable to pass new legislation'.²⁰⁶ Een tweetal relativeringen is daarbij op zijn plaats. In de eerste plaats is er, als men Engelse rechtspraak bestudeert, wel degelijk een oriëntatie op bepaalde waarden te onderkennen, in het bijzonder bij die onderwerpen waar de rechtsontwikkeling tot voor kort vrijwel geheel aan de common law was overgelaten. Wij hebben daarvan reeds voorbeelden ontmoet²⁰⁷ en wij zullen er meer ontmoeten: de Engelse rechter is minder passief dan hij zelf zegt te zijn. Men late zich bijv. het volgende stukje pathos over de tong glijden:

'Let it not be supposed that this court is in any way opposed to trial by jury. It has been the bulwark of our liberties too long for any of us to seek to alter it. Whenever a man is on trial for serious crime, or when in a civil case a man's honour or integrity is at stake, or when one or other party must be deliberately lying, then trial by jury has no equal.'²⁰⁸

De tweede relativering is dat sommige rechters er bewust naar streven om door middel van rechtspraak een bijdrage te leveren aan de modernisering van het recht. Lord Denning, destijds Master of the Rolls, heeft in dit opzicht een zekere naam verworven, maar hij is ook, op dezelfde grond, veel gekritiseerd.

204. Zie ook BVerfGE 69 no. 1, Kriegsdienstverweigerung (1985). Daarbij ging het o.a. om het beroep van 'totaalweigeraars' op de vrijheid van godsdienst.

205. Lord Devlin, The common law, public policy and the executive, 9 Current Legal Problems (1956) p. 1.

206. R.M. Jackson, The machinery of justice in England (Cambridge-Londen-New York, 7e dr. 1979) p. 479. Zie ook Lord Devlin, Judges and lawmakers, 39 MLR (1976) p. 1.

207. Zie no. 13.

208. Ward v. James (1966) 1 QB 273.

In 1969 poogde hij bijv., met listig weginterpretieren van enkele onbevredigende precedënten, enige orde te brengen in de bevoegdheden van de politie tot 'searches and seizures' voor het verkrijgen van bewijsmateriaal; en hij formuleerde in zijn vonnis een vijftal eisen waaraan politie-optreden op dit gebied zou moeten voldoen.²⁰⁹ Zijn critici meenden evenwel dat het opstellen van zulke criteria aan de wetgever moest worden overgelaten.²¹⁰

Bij een poging tot waardering van het verschil tussen Engeland en Amerika houde men in het oog dat de Amerikaanse rechter beter geoutilleerd is voor werk van dit soort dan zijn Engelse collega. Het Engelse Court of Appeal – dat in vele opzichten de belangrijkste instantie blijft – spreekt recht met drie rechters die onmiddellijk na de mondelinge behandeling hun oordeel mondeling uitspreken; het Amerikaanse Supreme Court zit met negen rechters, die de tijd nemen om na de pleidooien op hun gemak hun opinie te formuleren, schriftelijk, en vaak ter zijde gestaan door persoonlijke assistenten ('clerks'). Bovendien kunnen voor het Amerikaanse hof, anders dan voor de Engelse rechter, verschillende personen en instanties die niet partij zijn bij het geschil een memorandum indienen als '*amicus curiae*'; van die mogelijkheid kan bijv. gebruik worden gemaakt door de Attorney General van de VS of van een van de deelstaten, maar ook door organisaties als de National Association for the Advancement of Colored People (een vereniging die in de jaren vijftig en zestig een belangrijke rol heeft gespeeld in de strijd om rassengelijkheid). Een Supreme Court rechter is daarom meestal van vele zijden deskundig voorgelicht voordat hij zich tot het schrijven van zijn opinie zet; hij is niet, als de Engelse rechter, op de argumenten van partijen aangewezen.²¹¹

25. Tussenvormen

Alvorens een poging te wagen de analyse een stukje verder op stoot te brengen, zullen wij stilstaan bij enige vormen van rechterlijke toetsing die op het Europese continent tot ontwikkeling zijn gekomen en die zich, op onze schaal, ergens tussen de Britse en de Amerikaanse en Duitse stelsels in bevinden. Het gaat daarbij om de ontwikkelingen in Frankrijk sinds 1958 en in Nederland sinds 1953.

De grondwet van 1958, die de Vijfde Republiek vestigde, maakte niet alleen een einde aan de parlementaire suprematie in de politieke ('feitelijke') zin van het woord, maar liet ook het juridische uitgangspunt vallen dat de wetgever in zaken van grondwetsinterpretatie het laatste woord heeft. De Vierde Republiek had, anders dan haar voorganger²¹², over een grondwet 'en bonne et

209. Ghani v. Jones (1969) 3 WLR 1158.

210. Zie over 'activisme' van de Engelse rechter voorts het slothoofdstuk van Alan Paterson, *The Law Lords* (Londen 1982).

211. Zie o.a. de autobiografie van William O. Douglas, *The Court years 1935-1975* (New York 1981), vooral hfdst. VIII.

212. Zie no. 9.

due forme' beschikt (die van 1946), maar het bestaan daarvan leidde niet tot enigerlei verandering van opvatting over de status van de wet; de gedachte van de onschendbaarheid van de wet leek stevig verankerd, met alle associaties die daarmee in het traditionele Franse denken verbonden waren. Dat daar in 1958 een einde aan kwam had, op de keper beschouwd, meer te maken met de verhouding tussen wetgever en executieve dan met die tussen wetgever en rechter: de wijziging was het bijproduct van grondwettelijke voorzieningen die op zichzelf weinig met de toetsingsproblematiek van doen hadden. Wij zullen daarom hier kort zijn over de achterliggende omstandigheden; wij komen er uitvoeriger op terug.²¹³

De grondwet van 1958 vormde de uitwerking van een staatsrechtelijk model dat generaal De Gaulle reeds in ruwe trekken had geschetst in 1946, in zijn redevoering te Bayeux, vlak na zijn aftreden als minister-president.²¹⁴ Dat model belichaamde het streven om, met behoud van ministeriële verantwoordelijkheid en wetgevende taken van het Parlement, te komen tot versterking van executieve en beknotting van parlementaire bevoegdheden. Het kon verwezenlijkt worden toen een samenloop van omstandigheden, waarvan de opstand van het leger in Algerije niet de geringste was, de generaal weer aan de macht bracht.²¹⁵ De grondwet werkte dit model voor wat de wetgeving betreft in dier voege uit dat een opsomming werd gegeven van onderwerpen die slechts bij 'loi', d.w.z. door de wetgevende macht, kunnen worden geregeld.²¹⁶ Onderwerpen die niet vallen binnen dit zgn. domaine législatif, zijn onttrokken aan de bevoegdheid van de wetgever: regelingen daarover worden door de regering getroffen. De regering beschikt derhalve op het hele restgebied, dat niet tot het domaine législatif behoort, over een zelfstandige 'pouvoir réglementaire', die rechtstreeks op de grondwet is gebaseerd. De grondwet bepaalt dat ook uitdrukkelijk: 'les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire'.²¹⁷ De pouvoir réglementaire komt gedeeltelijk aan de ministers toe (soms aan de Premier Ministre of aan de Ministerraad), gedeeltelijk aan de President van de Republiek.

De afgrenzing tussen het wetgevende en het reglementaire terrein is geen toonbeeld van helderheid. Dit soort afgrenzingen brengt altijd al het risico met zich mee dat in concrete gevallen vaak moeilijk uit te maken is op welk 'onderwerp' een regeling betrekking heeft — een probleem dat zich bij de bevoegdheidsomschrijvingen in federale staten al vele malen heeft doen gevoelen. Om een eenvoudig voorbeeld uit Canada te citeren: heeft een regeling die personen van Japanse herkomst uitsluit van het kiesrecht betrekking op 'vreemdelingen en genaturaliseerde onderdanen' (federaal) of op 'kiesrecht'

213. In het Derde Deel.

214. 'Discours de Bayeux', als bijlage opgenomen in Charles de Gaulle, *Mémoires de guerre*, dl. III, *Le salut* (Livres de poche 1959), Documents, p. 496.

215. Zie Charles de Gaulle, *Mémoires d'espoir* dl. I. *Le renouveau* (Parijs 1970), hfdst. 1. Voorts T. Koopmans, *De macht van de feiten* (Deventer 1974), hfdst. II.

216. Art. 34 Constitution 1958.

217. Art. 37 al. 1 Constitution 1958.

(provinciaal)?²¹⁸ De Franse grondwet maakt het er niet beter op door de onderwerpen van het domaine législatif in twee groepen te verdelen: de wet 'fixe les règles' voor sommige, bijv. de nationaliteit, en 'détermine les principes fondamentaux' voor andere, bijv. het onderwijs. Wat 'principes fondamentaux' zijn lijkt niet gemakkelijk te zeggen, vooral niet wanneer men er rekening mee houdt dat het oordeel over wat fundamenteel is in de loop van de tijd pleegt te verschuiven. Het gaat dan ook, zoals een Franse schrijver beleefd opmerkt, om een 'notion... qui suppose des interprétations souvent délicates'.²¹⁹ Meningsverschillen over die interpretatie kunnen zich daarom voordoen, en wel vooral tussen regering en Parlement, wanneer die elk voor hun eigen bevoegdheid opkomen. Het zou niet onmogelijk zijn geweest de beslechting van die geschillen over te laten aan het gewone spel van het parlementaire stelsel (zoals dat bijv. in Nederland zou kunnen gebeuren). Een dergelijke oplossing paste echter niet in de conceptie van beperkte parlementaire macht die men in de grondwet wilde neerleggen. Er is daarom een bijzonder mechanisme voorzien om geschillen over de interpretatie tot een oplossing te brengen: de grondwet stelt een afzonderlijk rechterlijk orgaan in, de Conseil constitutionnel, om in dit opzicht als scheidsrechter te fungeren. Deze Conseil kan hiervoor op twee manieren worden geadieerd.²²⁰ In de eerste plaats kan de regering tijdens de parlementaire behandeling van een wetsontwerp stellen dat een ingediend amendement of een initiatiefvoorstel buiten het domaine législatif treedt en daarom niet toelaatbaar is; indien de voorzitter van de desbetreffende kamer van het Parlement (Assemblée nationale of Senaat) het daar niet mee eens is, wordt terstond het oordeel ingewonnen van de Conseil constitutionnel; dat oordeel is bindend. In de tweede plaats kan elk wetsvoorstel vóór zijn afkondiging als wet aan het oordeel van de Conseil constitutionnel worden onderworpen, die zich dan over de grondwettigheid daarvan uitsprekt; slechts de President van de Republiek, de Eerste Minister en de voorzitters van de beide Kamers konden daartoe aanvankelijk het initiatief nemen; sinds 1974 ook 60 parlementsleden. Dit hybride toetsingssysteem is geen judicial review of legislation (wat getoetst wordt is nog geen wet); maar het heeft daarmee gemeen dat het eindoordeel over de grondwettigheid van wetgeving aan de vertegenwoordigende organen is onttrokken en aan een rechterlijk orgaan is opgedragen, in dit geval aan een gespecialiseerde constitutionele rechter. Voor de individuele justitiabele en voor de gewone rechter blijft de wet echter zijn onschendbaarheid behouden – er is 'Verfassungsbeschwerde' noch 'konkrete Normenkontrolle'.²²¹

Uit de gezichtshoek die ons hier interesseert is van belang dat de rechtspraak van de Conseil constitutionnel sinds 1971 een nogal verrassende wending heeft

218. *Cunningham and Attorney General for British Columbia v. Tomey Homma and Attorney General for Canada* (1903) AC 151.

219. André de Laubadère, *Traité de droit administratif* (8e dr. Parijs 1980) no. 96.

220. Zie art. 41 en 61 Constitution 1958.

221. Zie no. 23.

genomen. Gegeven tekst, opzet en voorgeschiedenis van de grondwet van 1958 lag het voor de hand te veronderstellen (zoals wij hierboven ook hebben gedaan) dat het rechterlijk toezicht op de grondwettigheid van wetgeving ertoe strekte de grens tussen het wetgevende en het reglementaire terrein door een objectieve instantie te doen bewaken; alleen zo is bijv. de beperkte toegang tot de procedure voor de Conseil verklaarbaar. Aanvankelijk heeft de Conseil constitutionnel zich ook aan die rol gehouden. In 1971 verklaarde de Conseil echter een wetsvoorstel inconstitutioneel wegens strijd met de verenigingsvrijheid, en in latere uitspraken werd eveneens getoetst aan grondrechten en aan de 'égalité devant la loi'; zo werd een wetsvoorstel waarbij het aan de president van de rechtbank werd overgelaten te bepalen of een strafzaak door de meervoudige kamer of door een *unus iudex* zou worden berecht, inconstitutioneel verklaard wegens strijd met 'le principe d'égalité devant la justice qui est inclus dans le principe d'égalité devant la loi'.²²² Het merkwaardige is dat de tekst van de grondwet zwijgt over de grondrechten en de 'égalité'; maar de preambule verzekert dat 'le peuple français' – dat geacht wordt zich deze grondwet te geven – 'proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme' zoals tot uitdrukking gebracht in de Déclaration des droits de l'homme et du citoyen van 1789 en in de preambule tot de grondwet van 1946. Het laatste document hield ook een verwijzing in naar de Déclaration van 1789, maar voegde daar enkele nieuwe (vooral sociale) grondrechten aan toe. De hoogste administratief rechter, de Conseil d'Etat, had aan de preambule van de grondwet van 1946 reeds wetskracht toegekend; en onder de grondwet van 1958 ging hij ertoe over administratieve besluiten te toetsen aan 'les principes généraux du droit qui, résultant notamment du préambule de la Constitution, s'imposent à toute autorité réglementaire même en l'absence de dispositions législatives'.²²³ De Conseil constitutionnel heeft deze interpretatie overgenomen en verder uitgewerkt; hij gaat er sinds 1971 van uit dat de beginselen waarnaar de preambule verwijst, ook door de wetgever moeten worden geëerbiedigd. Aangezien tot die beginselen ook het gelijkheidsbeginsel behoort, waarvan wij de explosieve kracht reeds hebben verkend, is het niet uitgesloten dat hiermee een eerste stap is gezet in de richting van een 'abstrakte Normenkontrolle' van een heel ander soort dan men zich bij het redigeren van de grondwet van 1958 voor ogen had gesteld. In dat stramien past trouwens ook de grondwetswijziging van 1974, die ook een bepaald aantal leden van het parlement het recht gaf de Conseil constitutionnel te adiëren: die wijziging kan wellicht gezien worden als een teken dat er ook voor de grondwetgever

222. Resp. Conseil constitutionnel 16-7-1971, loi d'associations, Rec. 29; 23-7-1975, statut de la magistrature, RDP 91 (1975) 1352.

223. Resp. CE 7-7-1950, Dehaene, Rec. 426; CE 26-6-1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils, Rec. 394.

meer aan de hand is dan een pure kwestie van bevoegdheidsverdeling.²²⁴ Latere rechtspraak bevestigt dat de Conseil constitutionnel het tot zijn taak rekent de hem voorgelegde ontwerpen aan de grondrechten te toetsen.²²⁵ Daarmee heeft het college, zoals het onder Franse juristen heet, het 'bloc de constitutionnalité' ruim uitgelegd.

Kan men van Frankrijk daarom zeggen dat het zich, op onze schaal, langzaam van het Britse model vandaan beweegt, voor Nederland ligt het anders: het heeft er even op geleken, maar de kansen op een evolutie in die richting hebben zich niet verwerkelijkt.

De mogelijkheden werden geopend door een tweetal gebeurtenissen, die in de tijd ongeveer samenvielen. De eerste was de 'openbreking' van de Nederlandse grondwet voor internationale (vooral Europese) ontwikkelingen door de grondwetswijzigingen van 1953 en 1956: deze hielden o.a. in dat de rechter de bevoegdheid werd verleend om bepalingen van de wet, en zelfs van de grondwet, te toetsen aan 'een ieder verbindende bepalingen' van internationale overeenkomsten.²²⁶ Ook hier geldt – evenals voor Frankrijk – dat het toetsingsrecht, hoewel een afwijking van het grondbeginsel van de onschendbaarheid van de wet, min of meer terloops werd ingevoerd, als een consequentie van een aantal voorzieningen die op zichzelf met een ander probleem te maken hadden. Het tweede evenement was de inwerkingtreding voor Nederland van de Europese Conventie voor de Rechten van de Mens in 1956, een verdrag dat een lange catalogus van grondrechten inhoudt. De meeste bepalingen waarin deze grondrechten zijn vervat zijn door de Nederlandse rechter 'ieder verbindend' geacht, vaak impliciet of zonder er al te veel woorden aan vuil te maken.²²⁷ De combinatie van deze twee omstandigheden betekende daarom, of kon althans betekenen, dat de Nederlandse rechter de mogelijkheid verkreeg om wetten te toetsen aan de grondrechtencatalogus van de Conventie, m.a.w. om de Conventie als een soort Europese bill of rights te hanteren en om zodoende de grondrechten tegen eventuele aantasting door de wetgever te beschermen.

Van die mogelijkheid heeft de rechter evenwel geen gebruik gemaakt. De Hoge Raad, die in dit opzicht de toon heeft gezet, bleef de Nederlandse traditie van deferentie jegens de wetgever trouw. Deze houding vertaalde zich in een serie interpretatietechnieken, die de Conventie in het Nederlandse recht tot een betrekkelijk onschuldig instrument hebben gereduceerd. De belangrijkste daarvan waren een beperkte uitlegging van de hoofdbepalingen van de

224. Zie over deze gehele materie James E. Beardsley, *The Constitutional Council and constitutional liberties in France*, 21 *Am. Jn. Comp. L.* 431 (1972); Georg Ress, *Der Conseil Constitutionnel und der Schutz der Grundfreiheiten in Frankreich*, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* NF 23 (1974) p. 121.

225. Conseil constitutionnel 23-11-1977, *liberté d'enseignement*, *AJDA* 1978 p. 565; 10-1-1982, *nationalisations*, *AJDA* 1982 p. 202.

226. Thans art. 93-94 *herz. Ned. Grondw.*

227. Zie resp. HR 13 april 1960, *A.O.W.I.*, NJ 1960 no. 436; HR 25 april 1967, *Noodwachtplicht I*, NJ 1968 no. 63.

Conventie die het grondrecht omschrijven²²⁸, en een zeer extensieve interpretatie van de beperkingen op de werking van de grondrechten zoals door de Conventie mogelijk gemaakt. Van die beperkingen stelt de Conventie met name dat zij 'bij de wet' moeten zijn voorzien en dat zij in een democratische samenleving noodzakelijk moeten zijn in het belang van de openbare orde (of van enkele andere in de desbetreffende bepalingen opgesomde rechtsgoederen). De Hoge Raad staat op het standpunt dat onder 'wet' verstaan moet worden iedere wet in materiële zin, dus ook bijv. een gemeentelijke of provinciale verordening.²²⁹ Een beperking is volgens het college reeds in het belang van de openbare orde, wanneer zij 'gericht is op het keren van een uit maatschappelijk oogpunt onaanvaardbare toestand', die bijv. daaruit kan bestaan dat het iedere eigenaar of gebruiker van onroerend goed zou vrijstaan om onbepakt opschriften en afbeeldingen aan te brengen, 'zulks tot schade van de — zeker in een dichtbevolkt land als Nederland — uit een oogpunt van milieubescherming node te ontberen schoonheid van stad en land'.²³⁰ Met deze formule in de hand kan de wet (d.w.z. de wet in formele zin) vrijwel altijd worden gesauveerd: de wetgever pleegt nu eenmaal niet in het wilde weg te handelen, hij heeft vrijwel steeds een bepaalde 'toestand' op het oog die hij wil redresseren omdat hij hem 'uit maatschappelijk oogpunt onaanvaardbaar' vindt. Er blijft zodoende weinig of geen ruimte voor toetsing van de wet aan de Conventie over. Tenslotte meent de Hoge Raad dat het oordeel of zo'n beperking 'in een democratische samenleving noodzakelijk' is, in beginsel aan de wetgever moet worden overgelaten. In het arrest van 1962 waarin het processieverbod werd gesauveerd, stelde het college dat voor rechterlijk intreden slechts plaats was wanneer het 'te enenmale ondenkbaar' zou zijn dat een redelijke wetgever de betwiste maatregel in het belang van de openbare orde noodzakelijk kon achten.²³¹ Recente rechtspraak laat zien dat deze terughoudendheid niet geringer is geworden.²³²

Wat derhalve ook de betekenis van toetsing aan de Europese Conventie moge zijn, zij heeft niet geleid tot een begin van 'judicial review of legislation', hoewel dat op zichzelf wel had gekund.²³³ Nu bij de plannen tot grondwetswijziging bovendien is afgezien van voorstellen om de rechter de bevoegdheid te geven wetten te toetsen aan het grondwetshoofdstuk over de grondrechten,

228. Zie reeds A.O.W.I., nt. 227.

229. Zie bijv. HR 30 mei 1967, Vietnam II, NJ 1968 no. 5.

230. HR 18 januari 1972, Landschapsverordening Zeeland, NJ 1972 no. 193. Een soortgelijke formule verscheen reeds in HR 18 april 1961, bidprentjes, NJ 1961 no. 273. Men vergelijk hierbij de — authentieke — Franse en Engelse teksten van art. 9-10 ECRM.

231. HR 19 januari 1962, Geertruidenberg II, NJ 1962 no. 107.

232. HR 7 november 1984, ongehuwd samenwonen, NJ 1985 no. 247. Zie ook de noot van E.A. Alkema.

233. Uitvoerig: E.A. Alkema, *Studies over Europese grondrechten* (Deventer 1978) p. 121 e.v.; dezelfde, *Toepassing van de Europese Conventie voor de Rechten van de Mens in Nederland* (preadv. Ver. voor de Vergelijkende Studie van het Recht in België en Nederland, Zwolle 1985), hfdst. V.

kan men veilig concluderen dat Nederland op onze schaal voorlopig zijn traditionele plaats dicht bij het Britse model zal blijven innemen.

In de Zuid Europese landen die in de jaren zeventig het herstel van de democratie beleefden na een kortere of langere periode van autoritair bewind, zijn sindsdien stelsels van constitutionele toetsing ingevoerd: aldus in Griekenland in 1975, in Spanje in 1978 en in Portugal in 1982. Merkwaardig genoeg lijken de beide Iberische stelsels meer door het Duitse dan door het Franse model beïnvloed.²³⁴

26. De rechterstaat

Tegen constitutionele toetsing wordt wel aangevoerd dat zij leidt tot 'dikastocratie', tot heerschappij door rechters in plaats van door parlementaire meerderheden, regeringen of gekozen leiders. Wij hebben reeds gezien dat Hamilton's tegenargument, dat de rechters niet over 'will' zouden beschikken maar over 'merely judgment'²³⁵, door de Amerikaanse ervaringen op overtuigende wijze wordt weerlegd. Dat betekent nog niet dat het dikastocratie-argument juist is; en ook over de vraag of de daarin voorspelde ontwikkeling wel ongewenst zou zijn, is nog wel het een en ander te zeggen.

Als met de gedachte van dikastocratie wordt bedoeld dat de wetgever zich, in ontwikkelde stelsels van constitutionele toetsing, in alle opzichten zou moeten richten naar het oordeel van de rechter, vindt hij geen steun in de feiten. In de richting waarin zich de economische wetgeving beweegt, is bijv. de federale wetgever in de VS en in de Bondsrepubliek geheel vrij; de Amerikaanse due process clause wordt niet meer geacht in dit opzicht een rem te kunnen vormen, terwijl het Duitse Grundgesetz 'sich zur wirtschaftspolitischen Neutralität bekennt'. Het valt nog steeds niet te ontkennen dat economische wetgeving, politiek gezien, tot de belangrijkste bekommernissen van vertegenwoordigende lichamen behoort. En wat hier over economische wetgeving is gesteld gaat in hoofdzaak ook op voor een aantal andere onderwerpen: arbeidsrecht, onderwijswetgeving, sociale verzekering en 'welfare legislation' ontspringen bijv. in het algemeen de dans van de constitutionele toetsing, behalve voor zover bepaalde categorieën justitiabelen van het genot van sommige voorzieningen worden uitgesloten. Volksvertegenwoordiging en executieve bepalen de richting waarin de ontwikkeling zich beweegt (althans in de mate waarin het handelen van staatsorganen überhaupt richtingbepalend kan zijn). De rechter komt vooral tussenbeide zodra de persoonlijke vrijheden in het geding zijn, bijv. bij strafbepalingen of de organisatie van het strafproces, en zodra door de traditie geijkte waarborgen tegen willekeurig overheidsoptreden dreigen te worden aangetast.

234. Zie Louis Favoreu, *Actualité et légitimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe occidentale*, RDP 1984 p. 1147.

235. Zie no. 10.

Het werkelijke probleem ligt elders. Tussen de beide geschetste posities (economische wetgeving – handen af; persoonlijke vrijheden – streng toezicht) bevindt zich een breed middenterrein waarop de ene constitutionele rechter zich met meer animo heeft gewaagd dan de andere. De Amerikaanse rechter heeft zich hier niet onbetuigd gelaten; met name zijn pogingen om door middel van rechtspraak de Amerikaanse samenleving in de richting van rassenintegratie te duwen moeten menig tegenstander van dikastocratie koude rillingen hebben bezorgd. In vergelijking daarmee is de rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht een toonbeeld van ingetogenheid: hoe ver het hof incidenteel ook mag gaan – bijv. wanneer het slechte wetten onbegrijpelijk acht en daarom nietig verklaart²³⁶ –, het vertoont blijkens zijn jurisprudentie geen aanvechtingen de Duitse samenleving in de een of andere richting te gaan hervormen. En dat roept dan de vraag op of de drieste dynamiek van de Amerikaanse rechter niet door heel wat meer wordt veroorzaakt dan door zijn bevoegdheid tot judicial review of legislation alleen. Die vraag lijkt mede gewettigd op grond van een andere parallel: de opening van toetsingsmogelijkheden werd door de Hoge Raad spoedig weer ingedamd, maar leidde de Conseil constitutionnel ertoe voorzichtige stappen te zetten in de richting van rechterlijke grondrechtenbescherming – zulks hoewel die bescherming in de Franse bevoegdheidstoedeling minder duidelijk was besloten dan in de Nederlandse.

De armslag van de rechter, of de armslag die de rechter zich toemeet, wordt door een groot aantal factoren bepaald; dat is bij constitutionele toetsing evenzeer het geval als bij de onrechtmatige daad. Rechtsopvattingen, tradities en de heersende politieke ideologie spelen elk hun rol; het vertrouwen dat binnen de nationale samenleving onderscheidenlijk wordt gesteld in rechterlijke macht en in politieke leiding eveneens. Het geloof dat de wetgevende macht slagvaardig genoeg is om het recht in overeenstemming te brengen met de noden van die samenleving, zoals in de Engelse literatuur naar voren gebracht, kan de rechter ertoe brengen een minder actieve rol te spelen; het is niet onmogelijk dat dit geloof ook bij de Nederlandse ontwikkelingen op de achtergrond heeft gestaan. Over de vraag of de rechter wel moet proberen een zekere compensatie te geven voor legislatief immobilisme, kan men verschillend denken. De commissaire du gouvernement Gazier ontkende het, in zijn conclusie bij een bekend arrest van de Conseil d'Etat uit 1950:

‘Lorsque, dans un Etat, l'autorité constituante est volontairement équivoque, l'autorité législative systématiquement défailante, l'autorité gouvernementale perpétuellement hésitante, ce n'est pas le juge à lui seul qui peut redresser la situation.’²³⁷

Dat de rechter ‘à lui seul’ niet al deze gebreken kan verhelpen lijkt moeilijk

236. Apothekenstoppgesetz, nt. 183.

237. Conclusie bij Dehaene, nt. 223, RDP 66 (1950) 691.

voor tegenspraak vatbaar; maar is het niet waarschijnlijk dat hij binnen het raam van zijn mogelijkheden iets zal beproeven? Bij de Amerikaanse reapportionment-cases hebben overwegingen van deze aard stellig meegespeeld; en het is niet onmogelijk dat zij mede aan de wieg gestaan hebben van de desegregatiezaken. Toen de Brown-uitspraak in 1954 viel²³⁸, was het politieke klimaat in de VS misschien ook wel rijp voor een doorbraak van dit soort; maar de wetgever bleef in gebreke het probleem aan te pakken. Pas later, onder president Lyndon Johnson, zijn wetten tot stand gekomen die, op een effectievere manier dan rechterlijke uitspraken dat kunnen doen, over een breed front discriminatie en segregatie op grond van ras of huidskleur te lijf gingen.²³⁹ Maar de rechter liet de vonk ontbranden die tenslotte ook de legislatieve motor aan het lopen bracht. Ook de rechterlijke macht is een arm van het landsbestuur; zij kan niet onbeïnvloed blijven door wat de andere armen doen of nalaten.

Een andere vraag is of men wel negatief moet staan tegenover versterking van rechterlijke zeggenschap in verhouding tot die van de wetgever. Met name in de Duitstalige literatuur is wel betoogd dat die versterking in de lijn van de ontwikkeling ligt en ook gewenst is.²⁴⁰ Deze beschouwingen zijn vaak vanuit natuurrechtelijk gekleurde opvattingen geschreven: er is 'überpositives' of 'übergesetzliches' recht, dat voornamelijk de grondrechten en de belangrijkste waarborgen van de rechtsstaat omvat; vertegenwoordigende lichamen streven er sinds het midden van de eeuw in de eerste plaats naar de welvaart te verhogen en beter te verdelen, of de economie te dirigeren, of de inflatie te bestrijden; alleen de rechter is in staat, krachtens zijn functie en traditionele roeping, om hun de grenzen in te scherpen die het bovenpositieve recht aan al deze activiteiten stelt. De invloed van dit soort denkbeelden in Duitsland is historisch wel verklaarbaar. Onder het Derde Rijk was 'gesetzliches Unrecht' schering en inslag, en een extreem (of misschien verkeerd begrepen) rechtspositivisme had de Duitse rechters en ambtenaren tot een betrekkelijk passieve houding tegenover dit verschijnsel gebracht; de wederopleving van het rechtstheoretische denken na 1945 gaf een omslag in de richting van natuurrechtelijke gedachtengangen te zien. Ook in de rechtspraak van het Bundesverfassungsgericht is die invloed merkbaar: in een arrest van 1958 ging het er bijv. van uit dat het ook de bevoegdheid had om, zij het slechts in uitzonderingsgevallen, een regel van de grondwet zelf 'verfassungswidrig' te verklaren.²⁴¹ Het verwierp de opvatting dat de grondwet slechts als eenheid kan worden gezien in de volgende bewoordingen:

'Die ausnahmslose Geltung des darin zum Ausdruck kommenden

238. Brown v. Board of Education, nt. 149.

239. Vooral de Civil Rights Act 1964.

240. Verg., met brede (m.i. te brede) filosofische fundering, René Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat (Wenen 1957); zie conclusies p. 241.

241. BVerfGE 3 no. 15, Prozesskostenvorschuss im Ehescheidungsverfahren, 1953.

Grundsatzes, dass der ursprüngliche Verfassungsgeber alles nach seinem Willen ordnen kann, würde aber einen Rückfall in die Geisteshaltung eines wertungsfreien Gesetzespositivismus bedeuten, wie sie in der juristischen Wissenschaft und Praxis seit längerem überwunden ist. Gerade die Zeit des nationalsozialistischen Regimes in Deutschland hat gelehrt, dass auch der Gesetzgeber Unrecht setzen kann, dass also, soll die praktische Rechtsübung solchen geschichtlich denkbaren Entwicklungen nicht ungewappnet gegenüberstehen, in äussersten Fällen die Möglichkeit gegeben sein muss, den Grundsatz der materialen Gerechtigkeit höher zu werten als den der Rechtssicherheit, wie er in der Geltung des positiven Gesetzes für die Regel der Fälle zum Ausdruck kommt. Auch ein ursprünglicher Verfassungsgeber ist der Gefahr, jene äussersten Grenzen der Gerechtigkeit zu überschreiten, nicht denknotwendig entrückt ... Die Wahrscheinlichkeit, dass ein freiheitlich demokratischer Verfassungsgeber diese Grenzen irgendwo überschritte, ist freilich so gering, dass die theoretische Möglichkeit originärer "verfassungswidriger Verfassungsnormen" einer praktischen Unmöglichkeit nahezu gleichkommt.'

Een dergelijke geloofsbelijdenis zal men in de Amerikaanse jurisprudentie vergeefs zoeken. Men kan zich echter wel afvragen of de moderne rechtspraak op de due process clause niet evenzeer natuurrechtelijke uitgangspunten aan het licht brengt. Het Amerikaanse hof interpreteert er bepaalde waarden in, die het toch ergens vandaan moet halen. In een dissenting opinion bij een van de abortuszaken heet het:

'I find nothing in the language or history of the Constitution to support the Court's judgment. The Court simply fashions and announces a new constitutional right for pregnant mothers and, with scarcely any reason or authority for its action, invests that right with sufficient substance to override most existing state abortion statutes.'²⁴²

En Chief Justice Burger had in een andere dissent reeds opgemerkt dat het hof langzamerhand in 'the uncircumscribed area of personal predilection' aan het komen was.²⁴³ De rechters van de meerderheid zullen echter in beide gevallen het gevoel hebben gehad bepaalde fundamentele waarden te beschermen, die op heel wat meer kunnen steunen dan op een persoonlijke voorkeur. Het probleem is dat natuurrechtelijk gefundeerde waarden vrijwel nooit zo duidelijk zijn dat zij een voor ieder heldere richtlijn voor praktisch handelen opleveren. Er is dan ook een merkwaardig soort ironie in gelegen dat het Duitse hof, ondanks (of dank zij) zijn uitdrukkelijke omhelzing van het natuurrecht, op het punt van de abortus tot precies de omgekeerde conclusie kwam als zijn

242. Justice White, dissenting, in *Roe v. Wade*, nt. 126.

243. *Eisenstadt v. Baird*, nt. 155.

Amerikaanse zusterinstelling.²⁴⁴ Een beroep op het natuurrecht weert een verwijt van 'personal predilection' kennelijk niet af; de verhouding tussen de 'Richterstaat' en de democratische regeringsprincipes blijft daarmee aan de orde.

Dat neemt alles niet weg dat natuurrechtelijk getinte ideeën de laatste jaren ook buiten landen met constitutionele toetsing opgeld doen. De grondrechten worden in elk geval vaak als 'überpositiv' gezien — zelfs in de discussies in Engeland.²⁴⁵ De internationale ontwikkeling schijnt die trek te versterken: men denke aan de afkondiging van de Universal Declaration in 1948, aan de totstandkoming en langzame doorwerking van de Europese Conventie, en ook aan de geleidelijke afbrokkeling van de non-interventieregels in het volkenrecht zodra elementaire vrijheidsrechten in het geding zijn — of het nu om de Zuid-afrikaanse apartheid, Russische dissidenten of Chileense politieke gevangenen gaat. Maar positiefrechtelijke argumenten, ook wanneer aan de huidige stand van het internationale recht ontleend, schijnen net tekort te schieten om het nieuwe juridische ethos dat de grondrechten gaat omgeven te schragen. En het geloof dat inachtneming van de democratische spelregels vanzelf de eerbiediging van grondrechten verzekert, is niet meer wat het was.

27. Rechter en politiek proces

De waardenoriëntatie van de Engelse rechter uit zich hierin, dat hij bepaalde wetten zo zal interpreteren dat zij aan die waarden niet tekort doen, en dat hij lagere regelgeving onverbindend verklaart als hij meent dat zij dit wel doet. Slechts voor een uitdrukkelijke en niet mis te verstane regeling door de wetgever zal hij in dat geval zwichten: m.a.w. hij speelt het probleem terug naar het politieke proces, maar aanvaardt tenslotte het resultaat daarvan. De Hoge Raad heeft een soortgelijke houding ingenomen toen hij geconfronteerd werd met het fluorideringsprobleem²⁴⁶: het stond de Staatssecretaris niet vrij waterleidingbedrijven toestemming te verlenen fluor aan het water toe te voegen, omdat de toepasselijke drinkwaterwetgeving, hoewel de mogelijkheid openend toestemming te geven voor toevoeging van bepaalde bestanddelen aan het water, blijkens de onderlinge samenhang van haar bepalingen slechts het oog kon hebben op die bestanddelen die de kwaliteit van het water als drinkwater zouden verhogen — en bij fluor ging het om iets anders, nl. bescherming van het nationale gebittenbestand. Dat arrest komt er op neer dat fluoridering slechts door wetgevend optreden mogelijk kan worden gemaakt; als het resultaat van dat optreden ondubbelzinnig is, zal de Hoge Raad zich daarbij neerleggen.

244. Schwangerschaftsabbruch, nt. 177. Zie voor de verschillende bevindingen waartoe de Amerikaanse, Franse, Duitse, Italiaanse en Oostenrijkse rechter kwamen Cappelletti and Cohen op. cit. (nt. 14), hfdst. 12.

245. Zie no. 16.

246. HR 22 juni 1973, fluor. NJ 1973 no. 386; zie ook de noot van A.R. Bloembergen.

Voor de Amerikaanse rechter zou zo'n fluorideringswet onmiddellijk de vraag oproepen of daarmee niet inbreuk zou worden gemaakt op de privacy ('consumers' privacy' bijv.), en daarmee op de due process clause. Het is niet uitgesloten dat ook de Duitse constitutionele rechter hier een probleem in zou zien, bijv. in verband met de onaantastbaarheid van de 'Würde des Menschen' die de openingsklaroenstoot van het Grundgesetz vormt.²⁴⁷ Dit laatste klinkt misschien overdreven, maar het ging in de fluorideringsdiscussie niet zozeer om fluor op zichzelf als om de principiële vraag of de watervoorziening voor algemene doelen van volksgezondheid mocht worden gebruikt. In een geval als dit ziet de constitutionele rechter zich gesteld tegenover een soort gewetensprobleem: de wetgevende organen hebben zich duidelijk uitgesproken over fluoridering, en daarover alleen – moet de rechter dan op grond van zijn beter inzicht in wat due process of de 'Würde des Menschen' inhoudt daar een stokje voor steken? De debatten in de vertegenwoordigende lichamen zullen goeddeels betrekking hebben gehad op dezelfde vraag die de rechter zich stelt, nl. of een ontoelaatbare inbreuk wordt gemaakt op de persoonlijke levenssfeer; als een grote meerderheid meent dat dit niet het geval is, schuilt een zekere hoogmoed in een andersluidend rechterlijk oordeel. Dat zou in mindere mate het geval zijn wanneer de wet naar 's rechters oordeel inbreuk zou maken op betrekkelijk nauwkeurig omschreven grondwettelijke waarborgen, zoals het stemrecht, het verbod van terugwerkende kracht of de scheiding van kerk en staat; maar het is moeilijk een vagere en meer poly-interpretabele norm te vinden dan due process.

Er zijn in de Amerikaanse rechtspraak wel pogingen gedaan om uitdrukkelijk rekenschap af te leggen van deze 'awesome power'²⁴⁸ en om de onderscheidene werkgebieden van rechterlijke activiteit en politiek proces af te grenzen. Veel geciteerd is in dit opzicht een voetnoot die Chief Justice Stone, sprekend voor de meerderheid, aan een uitspraak van 1938 toevoegde.²⁴⁹ Hoewel de tekst ervan niet overduidelijk is, gaat de gangbare uitlegging in die richting dat 's rechters rol ten aanzien van het politieke proces gezien wordt als 'corrective' en niet als 'controlling' of 'supervisory'. De veronderstelling is dat bij wetgeving die geen strijd oplevert met nauwkeurig omschreven grondwettelijke waarborgen, de gewone politieke kanalen mans genoeg zijn om te zorgen dat er geen ongerechtigheden gebeuren en dat eventueel toch voorkomende ongerechtigheden snel worden geredresseerd. Maar op dezelfde grond zou er reden zijn voor correctief rechterlijk optreden in geval van 'legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation'. Dit zou bijv. het geval kunnen zijn als wetgeving leidt tot beperking van de vrije uitoefening van het stemrecht, van de vrije verspreiding van inlichtingen en van opinies, van de vrijheid van politieke organisatie. In een wat ruimere uitlegging van dezelfde gedachten-

247. Art. 1 Abs. 1 GG.

248. Term van Justice Frankfurter, zie nt. 195.

249. U.S. v. Carolene Products Co., 304 US 144 (1938).

gang is het ook mogelijk er wetgeving onder te brengen die erop uit is minderheden in hun ongunstige positie te houden: ook dan wordt het politieke proces als het ware vervalst, want juist door deze wetgeving is het niet in staat op democratische wijze te functioneren. De hoofdgedachte is immers dat de rechter vooral moet ingrijpen wanneer de politieke kanalen geblokkeerd dreigen te worden of gewoon niet bestaan. In zo verre zou men kunnen zeggen dat de gedachtengang van Stone een 'rationale' oplevert (zoals het in Amerikaans Engels heet) voor rechtspraak als die in de reapportionment-cases, de desegregatiezaken en de arresten over het strafproces. Er zit bovendien wel iets aantrekkelijks in die gedachtengang.²⁵⁰

Het is echter moeilijk voor tegenspraak vatbaar dat het Amerikaanse hof de uitgangspunten van Stone, voor zover het deze al ooit bewust had omhelsd, heeft laten vallen. Met het leerstuk van de 'affirmative action'²⁵¹ mengde het zich meer in het politieke proces dan met deze uitgangspunten te rijmen zou zijn geweest. En met zijn nieuwe interpretatie van de due process clause, met name in de anticonceptiva- en abortusgevallen, ging het volgens sommige schrijvers nog een heel stuk verder: het ging van 'judicial lawmaking' over naar 'judicial constitution-making'. Het besef daarvan heeft in de Amerikaanse literatuur ontnuchterend gewerkt; vandaar nieuwe pogingen om de grens te trekken tussen de fundamentele waarden die (zichtbaar) in de federale grondwet zijn neergelegd en aan de hoede van de rechter zijn toevertrouwd, en de keuzen die aan wetgevende organen moeten worden overgelaten en waarover kiezers zich hebben uit te spreken.²⁵² Er is trouwens een zekere vrees ontstaan dat hetzelfde rechterlijk activisme waarmee o.a. rassenongelijkheid en verouderde zedelijkheidswetgeving zijn bestreden, wel eens anders zou kunnen gaan uitpakken nu, na een aantal rechtersbenoemingen door de presidenten Nixon en Reagan, conservatief gezinde rechters het gezicht van het Supreme Court gaan bepalen. Hoe dat ook zij, in de doctrine is de neiging waarneembaar due process weer te zien als een waarborg van procedurele aard, en niet als een soort geheim grondrechtenreservoir voor onvoorziene gevallen.²⁵³

250. Zie ook Ely op. cit. (nt. 35), hfdst. 5-6. Voor de geschiedenis van Stone's voetnoot: L. Lusky, Footnote redux, a Caroline Products reminiscence, 82 Col. L.Rev. 1093 (1982).

251. Zie no. 22.

252. Lusky By what right (nt. 98) p. 341-342; Ely t.a.p.

253. Zie Ely p. 14-21.