

HOOFDSTUK II

De status van de wet (theorie)

T. Koopmans, 'De status van de wet (theorie)', in: *Vergelijkend Publiekrecht*, Deventer: Kluwer 1986, pp. 11-24.

6. 'Wet'

Onder 'wet' verstaan wij hier wat in Nederland genoemd wordt de wet in formele zin, d.w.z. een besluit van Koning en Staten-Generaal, samen handelend als wetgevende macht.¹⁰ De Britse constructie, waar de 'Act of Parliament' (of 'statute') een handeling is van de 'King-in-Parliament', komt op hetzelfde neer; ook Frankrijk en de Duitse Bondsrepubliek kennen respectievelijk voor 'la loi' en voor Bundesgesetz en Landesgesetze een verwante formule: de volksvertegenwoordiging bepaalt de inhoud van de wetsvoorstellen, maar de regering (of het staatshoofd onder verantwoordelijkheid van de regering) heeft met het eindresultaat in te stemmen voordat het als wet kan worden uitgevaardigd. De Amerikaanse formule is optisch sterk verschillend: alleen de volksvertegenwoordiging heeft 'legislative power'; maar de executieve heeft toch, zij het onder zekere beperkingen, zijn toestemming te geven voordat het ontwerp wet wordt. Zo bepaalt de federale constitutie dat de President een ontwerp moet tekenen om het tot wet te verheffen; maar als hij weigert dient hij het Congres daarvan in kennis te stellen, met opgave van zijn redenen; en het Congres kan dan dit 'veto' ongedaan maken door de tekst in beide kamers, Huis van Afgevaardigden en Senaat, opnieuw aan te nemen met een gekwalificeerde meerderheid.¹¹ Dat lijkt een vrij zware procedure en veruit de meeste federale wetten dragen dan ook de presidentiële handtekening; toch komt het wel voor dat een veto wordt 'overruled' door het Congres.¹²

Het gaat ons hier echter niet om de totstandkoming van de wet, maar om de identificatie van wat wij voortaan 'wet' noemen. Het is het besluit dat als het ware de doorluchtigheid van de monarchale en van de democratische traditie in zich verenigt; de gekozen vertegenwoordigers des volks beslissen, het staatshoofd bekrachtigt. De algemene regels die binnen het nationale territorium gelden komen op die wijze tot stand.

10. Art. 81 Ned. herziene Grondwet.

11. Art. 1 section 7(2) US Constitution.

12. Voorbeeld hieronder no. 53.

7. De toetsingsvraag

Verschillende soorten vragen kunnen met betrekking tot de werking van de wet worden gesteld. Van de juridische vragen is de meest fundamentele die naar het geldigheidsgehalte van de wet: bindt de wet de justitiabelen definitief op de enkele grond dat zij wet is, of is er nog iets tegen te ondernemen – anders dan door pressie tot intrekking, niet-naleving, massale ongehoorzaamheid of andere (voor de jurist) feitelijke handelingen. Anders gezegd: heeft de rechter de geldigheid van de wet voetstoots te aanvaarden of kan hij de wet buiten toepassing laten indien deze in strijd komt met hoger recht? En in het laatste geval, wat is dan 'hoger recht'?

Dat het hier om een fundamentele vraag gaat, is op verschillende manieren te illustreren.

In de eerste plaats kunnen allerlei andere vragen die met betrekking tot de werking van de wet worden gesteld, logisch gezien pas aan de orde komen nadat de geldigheidsvraag is beantwoord. Dit geldt voor onderwerpen van rechtssociologische aard als de feitelijke naleving van de regels van de wet, en de vaststelling van wetmatigheden (in de wetenschappelijke zin van het woord) in de niet-naleving; het geldt ook voor volkenrechtelijke problemen als de verhouding tussen de zeggenschap van de ene nationale wetgever en die van de andere; in het kort: het geldt voor alle vraagstukken die met de effectiviteit en de feitelijke en juridische reikwijdte van de wet te maken hebben. Deze vraagstukken zijn slechts interessant voor zover zij betrekking hebben op wetten waarvan de (juridische) gelding binnen het eigen nationale rechtstelsel buiten kijf is.

In de tweede plaats is de vraag naar het geldigheidsgehalte bepalend voor de verhouding tussen wetgevend en rechterlijk gezag. Die verhouding is niet erg belangrijk in landen waar de rechterlijke macht niet onafhankelijk is – en totaal onbelangrijk waar zowel wetgevende als rechterlijke organen (in het algemeen of op bepaalde punten) zich altijd bij het oordeel hebben neer te leggen van de politieke leiding: een militaire junta, een 'Führer' of andere leider, een communistische partij. In de Westerse democratieën is diezelfde verhouding echter een van de beslissende gegevens voor het institutionele evenwicht binnen de nationale gemeenschap: de vraag is immers of het laatste woord over de geldigheid van de wet al dan niet toekomt aan vertegenwoordigende organen, die geacht worden de wil van de kiezer te vertolken.

Men kan – en dat is het derde aspect – diezelfde verhouding ook in materiële in plaats van institutionele termen gieten. Dan verwijst zij naar het probleem van de 'almacht' van de wetgever: kan de wetgever gewoon alles verordnen wat hem goeddunkt (of althans: komt aan hemzelf het oordeel toe over de vraag hoe ver hij daarbij kan gaan), of is hij gebonden aan juridische grenzen die voor de rechter kunnen worden ingeroepen en door deze worden bewaakt? Voor de bevolking heeft de keuze belangrijke consequenties: veruit de meeste regels die de burgers lasten opleggen of rechten verlenen zijn neergelegd in de wet of gebaseerd op de wet. In de ene leer heeft de burger zich per

definitie neer te leggen bij de uitslag van het wetgevingsproces, in de andere leer kan hij, vanuit het rustige gevoel dat het laatste woord niet gezegd is ('er zijn nog rechters in Berlijn'), een uitspraak over de verbindendheid van de wet afwachten of uitlokken.

Het is hier de plaats voor een kleine zijspgong, waarvan het belang in het vervolg pas goed duidelijk zal worden. De institutionele en de materiële kant van ons probleem kunnen wel, op analytisch niveau, van elkaar worden onderscheiden, maar zij zijn in de discussie over voor- en nadelen van de twee formules niet van elkaar los te maken. Dat geeft die discussie soms het karakter van een 'dialogue des sourds'. De voorstander van de ene leer zal (institutioneel) stellen: moet het oordeel over wat de wetgever kan doen worden bereikt in een openbaar debat door de gekozen vertegenwoordigers des volks, dan wel in een geheime raadkamerdiscussie tussen een klein aantal – zij het (meestal) knappe – juristen die voor de gevolgen van hun optreden op geen enkele wijze ter verantwoording zijn te roepen. 'De vraag stellen is haar beantwoorden' placht mijn leermeester staatsrecht, George van den Bergh, in zo'n geval (en ook in dit geval) te zeggen. De voorstanders van de andere leer zullen de vraag dan ook anders (materieel) formuleren: dient de grens van wat de wetgever kan doen uitsluitend af te hangen van het proces van politieke onderhandelingen, of dient een onafhankelijke instantie na te gaan of het resultaat van dat onderhandelingsproces wel in overeenstemming is met het recht? En zo gezien lijkt de evidentie aan deze kant te liggen.

Om het wat geleerder te zeggen: tegenover het 'democratische' argument van de een staat het 'constitutionalistische' argument van de ander. Democratisch in het ene geval, omdat beslissend is wat de bevolking zelf, via het representatieve systeem, geacht wordt te willen; en constitutionalistisch in het andere, omdat het gehele landsbestuur, met inbegrip van de wetgevende activiteit, onderworpen wordt geacht aan het recht.¹³

8. 'Hoger' recht

De eerste formule, die waarin de wetgever zelf het laatste woord heeft, kan het gemakkelijkst voorkomen in landen waarin geen geschreven grondwet in de gebruikelijke zin des woords bestaat (zoals Groot-Brittannië, en ook Israël), of waarin zo'n geschreven grondwet weliswaar bestaat, maar tot stand is gekomen op de wijze van een gewone wet en op niet of nauwelijks verschillende wijze kan worden veranderd (bijv. Frankrijk onder de IIIe Republiek, Zweden).

In constitutionele stelsels van deze snit kan de eerste formule het gemakkelijkst tot ontwikkeling komen: er is niet een grondwet met 'bovenwettelijke' status waarvan de voorzieningen door de legislatieve moeten worden nage-

13. Zie Charles H. McIlwain, *Constitutionalism, ancient and modern* (Ithaca N.Y., revised ed. 1947) hfdst. I.

leefd; het hoogste rechtscheppende orgaan moet dan wel de wetgever zijn. Toch is de laatste conclusie niet dwingend, m.a.w. het is niet logisch noodzakelijk dat in deze systemen elke rechterlijke controle op legislatief handelen ontbreekt. Men kan zich nl. voorstellen dat de rechter de wet weliswaar niet aan hogere regels van een grondwet toetst, maar aan hogere rechtsbeginselen. Die beginselen kunnen hetzij ontleend worden aan het natuurrecht – in tijden en in landen waarin natuurrechtelijke gedachtengangen opgeld doen –, hetzij aan het geldende recht, omdat zij gezien worden als de elementaire rechtsbeginselen die de positieve rechtsorde schragen. In feite zullen beide gedachtengangen nogal eens in mengvorm voorkomen.¹⁴

Dit soort toetsing van de wet aan rechtsbeginselen, zonder steun in een geschreven grondwet, komt wel eens voor, maar niet vaak. Er is een beroemd geval in de Engelse jurisprudentie uit het begin van de 17e eeuw.¹⁵ De feitelijke achtergrond was de volgende: onder Hendrik VIII was bij wet een soort monopolie voor de uitoefening van de geneeskunst in Londen gegeven aan het Royal College of Physicians; het College kreeg de bevoegdheid om verordeningen op dit stuk vast te stellen en om overtreding daarvan te bestraffen, met boetes en zelfs met gevangenisstraf; een zekere Thomas Bonham, een universitaire gediplomeerd arts, vestigde zich in Londen zonder toestemming van het Royal College; hij werd door het College berecht en kreeg eerst een boete, later nog een vrijheidsstraf te verwerken; vervolgens stelde hij wegens onrechtmatige vrijheidsberoving een actie in voor de gewone rechter, daarbij aanvoerend dat berechting door het Royal College zelf mank ging aan partijdigheid. Voor de juridische achtergrond van de zaak is van belang dat het Engelse recht niet gecodificeerd was, maar ook niet bestond uit een aangepaste vorm van het Romeinse recht of uit toepassing van plaatselijk of regionaal gewoonterecht; het was de 'common law of England', een sinds de 11e eeuw van geval tot geval ontwikkeld stelsel van rechtersrecht, waarin langzamerhand een aantal beginselen waren ontwikkeld en verder uitgewerkt. Dit werd niet in strijd geacht met de geleidelijke groei van een wetgevende macht: als de King-in-Parliament – in de loop van de 16e eeuw langzamerhand van de kwalificatie 'soeverein' voorzien¹⁶ – beslist had, moesten zijn beslissingen worden nageleefd, ook in het geval (dat zich aanvankelijk niet vaak zal hebben voorgedaan) dat deze beslissing afweek van de common law.

Niet aldus Sir Edward Coke, de befaamde Engelse rechter die Dr. Bonham's case berechtte. Hij verklaarde zonder blikken of blozen¹⁷:

'... it appears in our books that in many cases the common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly

14. Zie daarover Cappelletti and Cohen, *Comparative constitutional law* (Indianapolis-New York-Charlottesville Va. 1979) p. 5-8.

15. Dr. Bonham's case, 8 Co. Rep. 118b (1610).

16. Zie F.H. Hinsley, *Sovereignty* (New York 1966) hfdst. III.

17. Althans gezien het marmeren borstbeeld van hem dat de bibliotheek van Trinity College, Cambridge, siert.

void: for if an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such Act to be void.'

Deze passus wordt in de Brits-Amerikaanse literatuur vaak beschouwd als een erkenning van het natuurrecht; tegen de achtergrond van de feitelijke casuspositie kan hij echter ook worden gezien in termen van de tweede hiervoor genoemde toetsingsgrond: het rechter-zijn-in-eigen-zaak van het Royal College of Physicians kon in strijd worden geacht met een van de centrale beginselen van het Engelse recht zoals het toen – op basis van de common law – gold. Helemaal duidelijk is dat niet, en ook andere uitlatingen van Coke die ons zijn overgeleverd verschaffen daarover weinig licht.¹⁸

Hoe dan ook, Bonham's case is in de Engelse rechtsgeschiedenis een witte raaf gebleven. Er is, althans wat de toetsing van Acts of Parliament betreft, geen duidelijke follow-up geweest, en toen in de loop van de 18e en het begin van de 19e eeuw het moderne Britse regeersysteem langzamerhand tot stand kwam (cabinet government, ministeriële verantwoordelijkheid, verkozen Parlement) was de leer dat de wetgever het laatste woord had reeds stevig veranderd.

Zelfs een witte raaf duikt echter wel eens elders op. In het eveneens grondwetsloze Israël besliste het Hooggerechtshof in 1969 dat wetgeving tot subsidiëring van politieke partijen nietig moest worden geacht: omdat daarbij uitsluitend al in het Parlement vertegenwoordigde partijen werden bevoordeeld, deed de wet tekort aan het gelijke gewicht dat aan elke uitgebrachte stem behoorde toe te komen. Dat gelijke gewicht werd gebaseerd op de regel van 'equal... elections' die in de wet tot organisatie van het Parlement was neergelegd, maar ook op het rechtsbeginsel van de gelijke bescherming van alle burgers voor de wet. Dat laatste beginsel was nergens uitdrukkelijk vastgelegd, maar, aldus het hof, 'it breathes the breath of life into our whole constitutional system'.¹⁹ In de uitspraak is een zekere invloed merkbaar van de Amerikaanse rechtspraak op dit stuk, waarbij echter aantekening verdient dat in de VS de 'equal protection before the laws' in de federale grondwet is neergelegd.²⁰ Het Israëliëse hof beschouwt het beginsel, ondanks het ontbreken van zo'n grondwettelijke waarborg, kennelijk als hoger recht. Bonham *redivivus*.

18. Zie ook Theod. F. Plucknett, Dr. Bonham's case and judicial review, 40 Harv. L. Rev. 30 (1926).

19. Bergman v. the Minister of Finance and State Comptroller, 4 Isr. L. Rev. 559 (1969). Zie daarover Claude Klein, A new era in Israel's constitutional law, 6 Isr. L. Rev. 376 (1971).

20. Amendm. XIV (1) US Constitution.

9. Het Britse model

De leer dat de wetgever het laatste woord heeft is het duidelijkst uitgewerkt in de literatuur over het Britse staatsrecht, waar hij bekend staat als de 'doctrine of the sovereignty of Parliament'. Tegen het eind van de 19e eeuw gaf Dicey daarvan de klassiek geworden omschrijving:

'The sovereignty of Parliament is (from a legal point of view) the dominant characteristic of our political institutions ... Parliament means, in the mouth of a lawyer, the Queen, the House of Lords, and the House of Commons; these three bodies acting together may be described as the "Queen in Parliament", and constitute Parliament. The principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely, that Parliament thus defined has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament.'²¹

Of, om het in de woorden van een contemporain Engels jurist (en politicus) te zeggen:

'... the point is that the powers of our own Parliament are absolute and unlimited. And in this, we are almost alone.'²²

Om nog een woordje Engels toe te voegen: it is as simple as that. Althans, de theorie is dat.

In de tijd van Dicey was die theorie een beschrijvende theorie: zij vormde niet een model waaraan een fatsoenlijk staatsbestel zich volgens de verdedigers van die leer zou behoren te houden, maar een weergave, in abstracte juridische termen, van datgene wat de rechtsontwikkeling volgens die schrijvers in feite te zien had gegeven. Maar theorieën zijn bedrieglijke dingen, en de leer van de parlementaire soevereiniteit heeft langzamerhand een zeker normatief gehalte gekregen. Voorstellen om tot een geschreven Britse grondwet te komen worden nogal eens verworpen op de enkele grond dat zij in strijd zijn met de parlementaire soevereiniteit; de vraag of dat laatste systeem wel de voorkeur verdient komt dan niet meer aan de orde.

Het zou evenwel onjuist zijn de totstandkoming van het systeem van parlementaire soevereiniteit uitsluitend toe te schrijven aan de toevallige loop der historische gebeurtenissen in Groot-Brittannië. Zoals bij de meeste historische processen zijn feitelijke evenementen, opvattingen en waarden in een bizar

21. A.C. Dicey, *An introduction to the study of the law of the constitution* (Londen 1885; ook in 10e dr. 1959, herdr. 1975) hfdst. I.

22. Lord Hailsham, *Elective dictatorship, the Richard Dimbleby lecture 1976, The Listener 1976* p. 496.

soort rondedans verwickeld geweest. Wat de gebeurtenissen betreft hebben die van 1688 waarschijnlijk de meeste invloed gehad: Koning James II ontbond het Parlement, maar vluchtte enkele maanden later uit het land na het Grootzegel van het Koninkrijk in de Theems te hebben gegooid; Willem III van Oranje verscheen in Londen, voerde gesprekken met notabelen en kwam tot een akkoord dat in hoofdzaak uit twee onderdelen bestond: de Britse Kroon zou worden aangeboden aan hem en zijn vrouw Mary, en er zouden landelijke verkiezingen worden gehouden voor een nieuw Lagerhuis. De eerste daad van het nieuwe Parlement, met Koninklijke bewilliging, was een wet waarin het verklaarde dat het inderdaad het Britse Parlement was, en de rechtspraak aanvaardde het gezag van de nieuwe monarch-plus-parlement naar het schijnt onvoorwaardelijk.²³ Reeds eerder was door de rechtspraak uitgemaakt dat de Koning niet op basis van zijn koninklijk prerogatief – dus zonder medewerking van het Parlement – verandering kon brengen in ‘the general law of the land’.²⁴ Na 1688 vielen soortgelijke uitspraken ten aanzien van andere bevoegdheden van de Koning (bijv. belastingheffing; dispensatie van wettelijke voorschriften), veelal op basis van de wetgeving van het nieuwe Parlement. Veel van die wetgeving was erop gericht duidelijk te maken dat optreden van de Koning juridisch slechts aanvaardbaar was als het steunde op voorschriften van de wet.

Ook hier is er echter meer dan het oog kan zien. Het Engelse bestel steunde indertijd op een absolutistische traditie: Hendrik VIII en Elisabeth I regeerden als absolute monarchen, en hoewel die traditie onder Oliver Cromwell één koninklijk hoofd kostte, zette zij zich in de 17e eeuw voort. De list van de Britse constitutionele ontwikkeling is nu dat het opkomende parlementarisme die traditie eigenlijk niet afschafte, maar zich daarin nestelde: de volstrekte van het koninklijk gezag werd voortaan de volstrekte van het gezag van de Koning-met-zijn-Parlement, waarbij de Koning, vooral sinds het tweede kwart van de 18e eeuw, meer en meer schuil ging achter zijn ministers, later zijn cabinet.²⁵ Zodra de verantwoordelijkheid van het cabinet jegens het Parlement volledig is geworden, is zonder duidelijke breuk in de continuïteit de absolute monarchie vervangen door parlementaire suprematie.

De totstandkoming van de ‘doctrine of sovereignty of Parliament’ als centraal leerstuk van het Britse staatsrecht is bevorderd door twee factoren, die meer tot het rijk van de ideeën behoren dan tot dat van de feiten.

Dat is in de eerste plaats het rechtstheoretische klimaat in Engeland. De rechtspraak heeft er altijd een positivistische inslag gehad. De leer van het natuurrecht heeft er nooit goed kunnen aarden; algemener, en met enige over-

23. Zie S.A. de Smith, *Constitutional and administrative law* (4e dr., Penguin 1981), hfdst. 3.

24. *Case of Proclamations*, 12 Co. Rep. 74 (1611).

25. Sinds Engeland en Schotland in 1707 verenigd werden tot Groot-Brittannië, kan men spreken van Brits staatsrecht. In andere opzichten zijn er nog altijd grote verschillen tussen het Engelse recht (dat ook geldt voor Wales) en het Schotse. Zie Wade and Phillips, *Constitutional and administrative law* (9e dr. door A.W. Bradley, Londen 1977), hfdst. 3, *The structure of the United Kingdom*.

drijving, gezegd: rechtsbedeling werd meer als een bepaalde techniek gezien dan als een *'ars boni et aequi'*. Verschillende omstandigheden hebben daartoe bijgedragen: de invloed van het Romeinse recht en van de Katholieke kerk zijn er geringer geweest dan op het continent; toen de common law eenmaal zijn 'formative years' achter de rug had, werd de rechtsvinding meer en meer gereduceerd tot het vinden van het toepasselijke precedent, omdat de common law courts zich gebonden achtten aan eerdere uitspraken; de vorming van de praktiserende juristen geschiedde niet aan de universiteiten, maar door de georganiseerde beroepsgroepen zelf, en droeg een bij uitstek praktijkgericht karakter. In een rechtspositivistisch klimaat kan een leer als die der parlementaire soevereiniteit gemakkelijk gedijen. En dat was zeker zo toen in de loop van de 19e eeuw het rechtspositivisme een wetenschappelijke fundering verkreeg in het werk van de 'analytische school', waaraan vooral de naam van John Austin is verbonden.²⁶ In de gedachtenwereld van deze analytici is het begrip 'recht' verbonden aan het begrip 'soevereiniteit': slechts het bevel dat van een soeverein uitgaat is als recht te beschouwen. Zoals Austin het uitdrukt:

'All positive law is deduced from a clearly determinable law-giver as sovereign. Every positive law, or every law simply and strictly so called, is set by a sovereign or a sovereign body of persons, to a member or members of the independent political society wherein that person or body is sovereign or supreme'.²⁷

De leer van de parlementaire soevereiniteit vindt in zo'n theorie gemakkelijk zijn plaats. Hoewel Austin's leer doeltreffend bestreden is, ook van rechtspositivistische kant²⁸, is de populariteit ervan onder Britse juristen een tijd lang groot geweest.

De tweede faktor ligt in de politiek-theoretische sfeer. Als men ervan uitgaat dat de rechtvaardiging van een politiek systeem te vinden is in de 'consent by the governed', is het geen al te grote sprong die 'consent' af te leiden uit de uitkomst van vrije en algemene verkiezingen. Wat de volksvertegenwoordiging doet, kan dan al gauw als legitiem, in de politiek-theoretische zin van het woord, worden gezien. Dit argument van de 'democratische legitimatie' is niet alleen in Engeland te vinden, het heeft ook de discussies in Frankrijk een tijd lang beheerst.

Ook in Frankrijk speelden n.l. opvattingen en gebeurtenissen hun merkwaardige spel. De Derde Republiek kwam in 1871, na het catastrofale einde van de Frans-Duitse oorlog en na de Commune van Parijs, min of meer per ongeluk tot stand; zij beschikte aanvankelijk over weinig andere staatsinstellingen dan een Assemblée nationale; het was dit lichaam dat langzamerhand de staatsinrichting op poten zette en enkele wetten aannam die als constitutie

26. Zie hierover Wolfgang Friedmann, *Legal theory* (5e dr. New York 1967) hfdst. 22.

27. Austin, geciteerd bij Friendman t.a.p.

28. Zie vooral H.L.A. Hart, *The concept of law* (Oxford 1961) hfdst. II-IV.

van de Republiek zouden worden beschouwd.²⁹ Na zulk een start ligt een hoger gezag dan dat van de gewone wetgever niet erg voor de hand. Tegelijkertijd had de opvatting dat dat zo was, evenwel Rousseau-achtige ondertonen: de volksvertegenwoordiging bracht de 'volonté générale' tot uitdrukking, en daaraan komt het hoogste gezag nu eenmaal toe. Als het electoraat, waarvoor het recht tenslotte moet gelden, via zijn vertegenwoordigers heeft gesproken, is de kous af voor de individuele burger, en daarmee ook voor de rechter. Dit samenstel van opvattingen en praktijken heeft het Franse denken sterk beïnvloed; het heeft ook onder de Vierde Republiek nog een rol gespeeld, en pas de gebeurtenissen van 1958 zouden er, met het aan de macht komen van generaal De Gaulle, de instorting van de parlementaire suprematie en de uitwerking van een nieuw constitutioneel stelsel, een einde aan maken.

10. Het Amerikaanse model

Stelsels waarin de rechter de grenzen van de wetgevende bevoegdheid controleert, kunnen het gemakkelijkst voorkomen in landen met een geschreven grondwet die slechts volgens een zwaardere procedure dan bij gewone wet voor wijziging vatbaar is (noodzakelijk is dit wederom niet, zoals het Nederlandse voorbeeld aantoont). Zo'n grondwet kan deze rechterlijke taak ook uitdrukkelijk vermelden. Dat is niet het geval in de VS, maar in de Duitse Bondsrepubliek bepaalt bijv. de federale grondwet:

'Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen und ... wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen.'³⁰

In deze constructie staat het dus niet aan de rechter die over de hoofdzaak oordeelt, bijv. de strafrechter, om de wet onverbindend te verklaren; die bevoegdheid is aan speciale rechterlijke colleges toebedeeld – op federaal niveau het Bundesverfassungsgericht, en voor zover het om strijd met de Verfassungen van de Länder gaat de Landesverfassungsgerichte.³¹ In de VS is – als wij de competentieverdeling tussen state courts en federal courts voorlopig buiten beschouwing laten – elke rechter bevoegd om uitspraak te doen over een 'constitutional issue'. Daarom is het Amerikaanse systeem in dit opzicht eerder te zien als de tegenpool van het Britse. Bovendien heeft de traditie van 'judicial review of legislation' in Amerika de leeftijd der sterken reeds lang bereikt, en is er in Amerika over dit onderwerp veel geschreven en gedacht.

29. Zie voor de totstandkoming van de 'lois constitutionnelles' van 1875: Georges Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques* (19e dr., Parijs 1980) p. 329-336.

30. Art. 100 Abs. 1 Grundgesetz.

31. Zie Maunz-Zippelius, *Deutsches Staatsrecht* (25e dr., München 1983) par. 33-IV.

Een duidelijke argumentatie is reeds te vinden in 'The Federalist', een serie van 85 artikelen uit de jaren 1787-1789, vlak na de vaststelling van de tekst van de Amerikaanse grondwet door de constitutionele conventie te Philadelphia. Zij verschenen onder de schuilnaam 'Publius' in de New-Yorkse pers, om de burgers van die staat op te roepen voor aanvaarding van de nieuwe grondwet te stemmen; zij waren geschreven door Madison, Hamilton en Jay, alle drie leidende politici uit die tijd, die zich intensief met de totstandkoming van de grondwet hadden beziggehouden. In het eerste artikel gewijd aan de rechterlijke macht is een theoretische grondslag voor judicial review of legislation te vinden.³²

De schrijver, Hamilton, gaat daarin eerst in op de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, 'the most valuable of the modern improvements in the practice of government'. Hij concludeert dat die onafhankelijkheid ook van belang is voor de rechten en vrijheden van de burgers:

'In a monarchy it is an excellent barrier to the despotism of the prince; in a republic, it is a no less excellent barrier to the encroachments and oppressions of a representative body.'

Van de rechterlijke macht zelf hoeft door de burgers niets gevreesd te worden: terwijl de wetgever rechten kan verlenen en plichten kan opleggen, en over de 'purse' van de natie gaat, en de uitvoerende macht, de President, ambten kan verdelen en over 'the sword of the community' beschikt, hebben de rechters daartegenover 'merely judgment' te plaatsen; zij zijn daarom (in woorden die in het 20e-eeuwse Amerika wel eens met ironie worden geciteerd) 'the least dangerous to the political rights of the Constitution'. Hun taak is daarom zo belangrijk, omdat de nieuwe grondwet een 'limited constitution' is, d.w.z. een waarin ook op de wetgevende bevoegdheid een aantal beperkingen worden aangebracht, zoals het verbod van wetgeving met terugwerkende kracht.³³ Zulke beperkingen kunnen in de praktijk alleen maar iets betekenen voor de burger als de rechter daar rekening mee houdt: daarom moet hij wetgeving die ermee in strijd komt nietig verklaren – anders zouden de waarborgen voor de burgerlijke vrijheden 'amount to nothing'.

Vervolgens gaat Hamilton in op het tegenargument, dat hierdoor de rechterlijke macht een zekere suprematie zou hebben boven de volksvertegenwoordiging. Hij verwerpt dit op twee gronden. In de eerste plaats stelt hij dat de volksvertegenwoordiging slechts macht kan hebben binnen de grenzen van de grondwet; zij kan zich daar niet boven plaatsen omdat zij zelf haar bevoegdheid daaraan ontleent. In de tweede plaats voert hij aan dat de volkswil nu eenmaal belichaamd is in de grondwet:

32. The Federalist no. LXXVIII (Hamilton). Ik bezigde de uitgave van Everyman's library (Londen-New York 1971) p. 394 e.v.

33. Zie art. 1 section 9(3) US Constitution.

‘where the will of the legislature, declared in its statute, stands in opposition to that of the people, declared in the Constitution, the judges ought to be governed by the latter rather than the former.’

Tenslotte ontleent hij een argument aan de aard van de rechterlijke werkzaamheid zelf: ook als twee statutes met elkaar in strijd zijn, moet de rechter, door interpretatie of anderszins, bepalen welke van de twee toepasselijk is; hij moet, ook bij conflicterende gegevens, ‘declare the sense of the law’, en er is geen reden waarom dat anders zou zijn in geval van strijd tussen statute en grondwet. In het eerste arrest van het federale hoogerechtshof waarin de toetsing van een federal statute aan de orde kwam, *Marbury v. Madison* (1803)³⁴, werd van deze vergelijkende en toetsende activiteit van de rechter gezegd: ‘this is of the very essence of judicial duty’; ook overigens herhaalt deze uitspraak in hoofdzaak de argumenten van Hamilton: de beperking der wetgevende bevoegdheid; het hogere karakter van de grondwet; de volkswil die in de grondwet belichaamd zou zijn. Het enige nieuwe gezichtspunt is het beroep op de eed van trouw aan de grondwet die door de rechters wordt afgelegd; zo’n eed zou, als rechters niettemin inconstitutionele wetgeving zouden toepassen, ‘worse than a solemn mockery’ zijn, maar bijna een misdaad. Het belang van de *Marbury*-uitspraak schuilt niet zozeer in de gebezigde argumentatie – hoewel de presentatie daarvan fraai is –, als in de omstandigheid dat hiermee de toon voor de latere jurisprudentie werd gezet. Er zijn, in het begin van de 19e eeuw, wel enkele weifelingen geweest, maar generaliserend kan men toch zeggen dat *Marbury v. Madison* een tot heden onafgebroken traditie van ‘judicial review of legislation’ door de rechter inluidde.³⁵

Het volkswil-argument is merkwaardig omdat het de democratische redengeving die als fundering voor de parlementaire soevereiniteit wordt gebruikt, als het ware omdraait: niet in de wet is de wil van de bevolking te vinden, maar in de grondwet. Dit maakt wel duidelijk, dat deze constructies inderdaad slechts constructies zijn; dat neemt echter niet weg dat de gedachte van het ‘democratisch karakter’ van judicial review bij de spraakmakende gemeente in Amerika diep verankerd ligt.³⁶ De constructie is echter alleen maar sluitend indien de grondwet de armslag van de wetgevende macht heeft omschreven en beperkt; en misschien moet men daaraan toevoegen: vooral wat de bevoegdheid van de wetgevende organen betreft om zelf te beoordelen of de grenzen van die armslag zijn bereikt. Aangezien het daar juist om gaat, en de Amerikaanse grondwet daar niets over zegt, is het argument eigenlijk niet veel meer dan een *petitio principii*: ‘it begs the question’.

Toch zit in de beperking van de wetgevende bevoegdheden waarschijnlijk

34. *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (1803).

35. Algemene literatuur over judicial review in Amerika: Robert G. McCloskey, *The American Supreme Court* (9e dr., Chicago-Londen 1969); John Hart Ely, *Democracy and distrust, a theory of judicial review* (Cambridge Mass. en Londen 1980).

36. Zie bijv. Eugene V. Rostow, *The democratic character of judicial review*, 66 Harv. L. Rev. 193 (1952).

de kern van de zaak. In de eerste plaats wegens de federale opzet van het Amerikaanse staatsbestel: nu de legislatieve taken zorgvuldig zijn verdeeld tussen het federale Congres en de vertegenwoordigende lichamen van de states, zou het federale Congres, als het de uiteindelijke zeggenschap over die afgrenzing zou hebben, in wezen rechter spelen in eigen zaak – en wij hebben gezien dat Coke daar in 1610 al niet aan wilde. In de tweede plaats in verband met de strikte machtenscheiding die de Amerikaanse grondwet beoogt te bewerkstelligen tussen het Congres als wetgevende, de President als uitvoerende en de courts als rechterlijke macht: ook daar moeten grenzen worden bewaakt en gaat dezelfde redenering op (en om de bewaking van de grenzen van het rechterlijke terrein meende men immers niet bezorgd te hoeven zijn daar het om de 'least dangerous branch' zou gaan). In de derde plaats wegens de totstandkoming, in 1791, van de Amerikaanse Bill of Rights, een soort addendum op de federale grondwet waarin – overigens in het voetspoor van verschillende state constitutions – een aantal rechten en vrijheden van de burgers werd vastgelegd, geformuleerd als even zovele beperkingen van de legislatieve bevoegdheid.³⁷

Twee andere achtergronden van de doctrine van judicial review verdienen nog vermelding. Eén ervan, de situatie vóór de onafhankelijkheidsverklaring, zullen wij opsparen tot het Britse systeem is onderzocht. De andere schuilt in de Amerikaanse rechtsopvatting, die sterk verschilt van de Britse; men zou haar als meer voluntaristisch kunnen kwalificeren. Voor de Amerikaanse jurist is, meer dan voor de Britse, het recht een instrument waarmee bepaalde doelen kunnen worden bereikt. Het wordt minder gezien in termen van een min of meer gesloten systeem; juist de evolutie van het recht, in samenhang met de maatschappelijke ontwikkeling, staat op de voorgrond. De juristen hebben in die evolutie een rol te spelen, want de omstandigheid dat 'law in flux' is betekent ook dat het 'as a means to social ends' kan worden gehanteerd. Vooral de theorieën uit de doos van het Amerikaanse rechtsrealisme en van de 'sociological school of jurisprudence' hebben in dit opzicht grote invloed uitgeoefend op het rechtstheoretische klimaat in de VS³⁸; andere scholen, die minder op de maatschappelijke werkelijkheid, en bijv. meer op waarden zijn georiënteerd, delen in het algemeen de visie dat de rechtsontwikkeling mede door de juristen gestuurd moet worden om bepaalde doelstellingen te bereiken. Dat bij 'juristen' primair aan rechters wordt gedacht, komt door de belangrijke rol die de rechtspraak in de common-law-landen (waartoe ook de VS behoren) als faktor in de rechtsvorming speelt. Rechterlijke tussenkomst in betwiste vragen van grote sociale betekenis wordt daarom in de VS minder gauw als 'onjuridisch' gezien dan in Groot-Brittannië het geval zou zijn. Of

37. Amendm. I-X US Constitution. Voor de geschiedenis van de Amerikaanse grondwet raadplege men Kelly and Harbison, *The American Constitution, its origin and development* (5e dr., New York 1976) hfdst. 4-5.

38. Zie bijv. Karl N. Llewellyn, *Jurisprudence – realism in theory and practice* (2e dr., Chicago-Londen 1971) hfdst. I-IX.

de leer hier de praktijk gevolgd heeft, dan wel omgekeerd, laten wij buiten beschouwing: zij zijn er in elk geval beide.

11. Model en werkelijkheid

Wij beschikken aldus over twee tegengestelde antwoorden op onze eerste hoofdvraag; zij zijn in abstracto omschreven en kunnen daarom een hoge duidelijkheidsgraad hebben. Zij vormen elk de grondslag voor een zekere juridische traditie in verschillende landen. Om dat duidelijk te maken hebben wij iets van de theoretische en historische achtergronden van elk van die tradities laten zien.

Met behulp van deze modelmatige antwoorden zullen wij thans, op meer empirische wijze, een aantal juridische vragen binnen elk van die tradities bezien, om vervolgens vergelijkenderwijs na te gaan waar de kern van de verschillen in de praktijk is gelegen. De modellen vervullen daarbij een dubbele functie: zij maken vergelijkingen binnen één traditie mogelijk aan de hand van het soort verschillen met het '*paradigma*' dat zij te zien geven; en zij verschaffen op dezelfde wijze de gelegenheid om de beide tradities met elkaar te vergelijken, bijv. door na te gaan in hoeverre deze in de praktijk naar elkaar toegroeien of juist verder uiteen gaan lopen.³⁹ Bovendien kunnen verschillende tussenvormen, zoals wij die bijv. in de Vijfde Republiek zullen tegenkomen, een plaats op de schaal krijgen.

Ik herhaal dat de *paradigmata* voor de doeleinden van deze studie beschrijvende modellen zijn, maar dat de daarin belichaamde begrippen binnen de traditie waarin zij een functie hebben leidraad voor handelen zijn, met andere woorden normatief werken. Bij 'sovereignty of Parliament' en 'judicial review of legislation' kan men nog een stap verder gaan: gegeven hun gewicht in het constitutionele en politieke bestel vormen zij deel van wat men de Britse resp. Amerikaanse ideologie zou kunnen noemen; zij bepalen mede de geestgesteldheid waarmede in die landen de juridische en politieke werkelijkheid wordt waargenomen.

Amerikanen hebben meestal veel moeite zich voor te stellen dat landen zonder judicial review niet zuchten onder de willekeur van hun regeerders. Omgekeerd wil het er bij een Engelsman moeilijk in dat de rechterlijke macht zijn gezag kan handhaven wanneer hij betrokken wordt in problemen die, in Britse ogen, eerder geschikt zijn voor een forse discussie in het Lagerhuis. Wij raken hiermee dus aan de verhouding tussen politiek en rechtspraak, en dat brengt ons nog op een ander spoor. Onze juridische modellen zijn ontkiemd in samenlevingen die in een aantal opzichten sterk van elkaar verschilden. Het Britse staatsrecht werd ontwikkeld toen de Britse samenleving nog zeer homogeen was, en het gezag van een parlementaire meerderheid niet gezien kon worden

39. Zie ook Arend Lijphart, *Typologies of democratic systems*, 1 Comp. Pol. Studies (Berkeley Cal. 1968) 3, vnl. 6-8.

als de heerschappij van anderen, of van één bepaalde groep uit de maatschappij. De Amerikaanse samenleving is echter altijd sterk verdeeld geweest: religieuze groepen die in Europa niet getolereerd werden kwamen al in de 17e eeuw in Amerika terecht, de Europese immigrantenstromen van de 19e eeuw kwamen o.a. uit Duitsland, Italië, Ierland, Polen en Scandinavië, en een rasprobleem bestond er in elk geval al in de tijd van de Burgeroorlog (1861-1865).⁴⁰ In zo'n situatie is het gezag van de meerderheid bijna altijd fragiel, en moeten politici dus eerder, om het in eigentijds Nederlands te zeggen, 'teruggefloten' kunnen worden.

40. Zie S.E. Finer, op.cit. (nt. 3) p. 187-209.