



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Democratie en constitutionele toetsing

Cliteur, P.B.

Citation

Cliteur, P. B. (1990). Democratie en constitutionele toetsing. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 1990(5), 209-219. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/19994>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/19994>

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

Democratie en constitutionele toetsing

Vanaf 1848 tot op de dag van vandaag is constitutionele toetsing een veel bediscussieerd thema. De voornaamste argumenten lijken over tafel te zijn gegaan¹ en dan dient zich de vraag aan: kunnen we aan de discussie heden ten dage nog iets toevoegen of worden de voor- en tegenstanders verdeeld gehouden door een fundamenteel verschil in rechtspolitieke Weltanschauung? Zo heeft men wel gezegd dat het in de toetsingsdiscussie gaat om de tegenstelling tussen democratie en rechtsstaat (Jeukens, Prakke),² twee fundamentele waarden van de Westeuropese samenleving. De idealen van de rechtsstaat zouden in de richting van toetsing wijzen, die van de democratie juist niet. En waar men het zwaartepunt wil leggen verschilt van persoon tot persoon.

Hoewel hierin onder een bepaalde belichting van het onderwerp een kern van waarheid schuilt is het toch een onvolledige generalisatie. Ook het ideaal van democratie kan onder een bepaalde invalshoek leiden tot een pleidooi voor constitutionele toetsing. Het is de bedoeling van dit opstel deze invalshoek over het voetlicht te brengen.³

Wat is democratie?

Een veel gehoorde kritiek op diegenen die een bepaalde mate van constitutionele toetsing voorstaan is dat het een inbreuk zou maken op de democratie. Vooral G. van den Bergh heeft zich om die reden opgeworpen als een kategorisch tegenstander van het toetsingsrecht. In een bekend artikel uit 1951 noemt hij het beginsel van de onschendbaarheid der wetten een 'dankbaar aanvaarde verworvenheid', een regel die behoort tot het 'diepste wezen der democratie'.⁴

Ook de Raad van State beriep zich in 1974 op het democratieargument tegen toetsing. Voor het beslechten van politieke strijdpunten – en daarom gaat het vaak wanneer strijd

1. Vgl. Akkermans, 'De mythe van het toetsingsverbod', p. 28: 'De argumenten voor opheffing of instandhouding van het grondwettelijk toetsingsverbod zijn bekend: in de staatsrechtelijke literatuur worden zij trouw weergegeven'.

2. Vgl. ook Alkema, 'Toetsen van de wet afstemmen op Europese maatstaven', p. 31, die het theoretische pro en contra van het toetsingsrecht typeert als: 'een waarborg voor de rechtsstaat tegenover een gemis aan democratische legitimatie (...)'.
3. Vgl. voor een meer algemene benadering van de toetsingsproblematiek: Cliteur, 'Argumenten voor en tegen constitutionele toetsing', p. 1369-1375.

4. Van den Bergh, 'Beschouwingen over het toetsingsrecht', p. 420. Vgl. tevens: Donner, 'Het beleid van de rechter ten aanzien van grond- en mensenrechten', p. 41 die over 'de wetten zijn onschendbaar' zegt: 'Ik zou wel van een beginsel durven spreken'. Voor een kritiek op de klacht dat toetsingsrecht en democratie op gespannen voet met elkaar staan is aan te bevelen het artikel van Rostow die met een beroep op Hamilton schrijft: 'The democratic character of judicial review', p. 194: 'It is a grave oversimplification to contend that no society can be democratic unless its legislature has sovereign powers. The social quality of democracy cannot be defined by so rigid a formula'.

wordt geconstateerd tussen de wet en de grondwet – zijn de politieke organen het best gekwalificeerd. De leden hiervan zijn namelijk verantwoording verschuldigd aan het parlement en afzetbaar, in tegenstelling tot de leden van de rechterlijke macht.⁵

Laten we dit democratieargument eens wat nader analyseren en dan in het bijzonder ingaan op de vraag of het tegenwoordig nog even sterk is als vroeger. Daarbij stuiten we dan al onmiddellijk op het probleem dat het op het eerste gezicht een duidelijke zaak lijkt wat de tegenstanders in dit opzicht voor ogen staat, maar dat enige overdenking al snel leidt tot verschillende uitleg over wat er bedoeld kan zijn.

Zo zou men, wanneer men toetsing in strijd acht met democratie, kunnen doelen op een verschil in taak tussen rechter en wetgever, maar ook op een verschil in democratische legitimatie.

Wat dat eerste betreft: de rechter is niet primair gericht op het verwerkkelijken van de wensen van de meerderheid, maar op het toepassen van het recht. Weliswaar mag de rechter zich bij de uitoefening van zijn ambt niet volstrekt afzijdig houden van maatschappelijke wensen, maar hij dient toch ook enige afstand te bewaren ten aanzien van de waan van de dag. Hij heeft in eerste instantie loyaliteit ten opzichte van het recht te betrachten en dat is iets anders dan louter als exponent van de wil van de meerderheid optreden. De rechter is geen mechanische spreekbuis van de wet, maar zeker ook geen 'bouche du peuple'. Wel, het introduceren van constitutionele toetsing binnen een bepaald bestel zou betekenen dat men een versterking van de machtspositie van een orgaan bewerkstelligt dat niet in eerste instantie gericht is op het vergroten van *popular government*.⁶ En dat zou men in een bepaalde zin van het woord 'ondemocratisch' kunnen noemen.

Een tweede reden waarom men constitutionele toetsing en democratie als polaire krachten kan typeren, heeft ermee te maken dat de wetgever democratisch is gekozen, terwijl de rechter voor het leven wordt benoemd zonder dat daarbij enige democratische besluitvorming gemoeid is.⁷

Zo zien we dus dat de uitspraak dat democratie en toetsing op gespannen voet met elkaar verkeren voor meerdere uitleg vatbaar is.⁸ Het is in belangrijke mate afhankelijk van wat men onder democratie wil verstaan. In het hiernavolgende zou ik het democratieargument als volgt willen typeren (en ook daartoe mijn behandeling van het onderwerp beperken): wanneer we van een tegenstelling tussen democratie en toetsing spreken dan bedoelen we daarmee dat het ondemocratisch genoemd kan worden dat een niet democratisch gecontroleerd orgaan als de rechter een maatschappelijk gegroeide consensus van de meerderheid, zoals die geacht wordt uit te kristalliseren in de produkten van de wetgever, kan negeren.

Nu we dan het probleem helder hebben gesteld kunnen we gaan onderzoeken of deze uitspraak juist is: verhouden toetsing en democratie zich antithetisch? Die vraag valt pas te beantwoorden wanneer we een vooronderstelling expliciteren die kennelijk door de tegenstanders van toetsing wordt gedeeld wanneer men strijdigheid van toetsing en democratie aanvoert. Men gaat er vanuit dat de wetgever een maatschappelijk gegroeide consensus over allerlei kwesties tot uitdrukking brengt. De wet is de uitdrukking van de wil van het volk. Nu kan het zijn dat dit in de vorige eeuw het geval was, maar geldt dat

5. Regeringsnota juni 1974, advies van de Raad van State aan de Koningin, nr 3.

6. Nog steeds zeer interessant over democratie zijn de beschouwingen van Henry Sumner Maine, *Popular government*, p. 77 e.v.

7. Beelaerts van Blokland, *De onschendbaarheid*, p. 111.

8. En dan is deze opsomming nog niet limitatief bedoeld.

tegenwoordig op dezelfde wijze of noopt een verandering in de functie van de wetgeving ertoe dit te heroverwegen?

Codificatie en modificatie

Met betrekking tot de evolutie van het wetsbegrip is een interessante historische ontwikkeling te onderkennen die op treffende wijze verwoord wordt in het opstel van Koopmans over *De rol van de wetgever* (1970).

Centraal in dat opstel staat dat men in de afgelopen honderd jaar een verandering kan constateren in de aard van de legislatieve activiteiten.⁹ Vroeger gold dat de wetgever het als zijn taak zag regels vast te leggen die hij elders 'vorgefunden' heeft: gewoonterecht, zede, fatsoensregels en algemeen aanvaarde ethische beginselen. Maar in de loop van de negentiende eeuw en vooral in de twintigste eeuw is deze opvatting onder vuur genomen door mensen die meenden dat wetgeving een methode zou moeten zijn om in de organisatie van de samenleving in te grijpen.¹⁰ In de woorden van Koopmans: door legislatieve activiteiten hoopte men veranderingen in de samenleving te bewerkstelligen; vorm te geven aan de verandering van die samenleving.¹¹ De wetgever streefde niet meer primair naar codificatie, maar naar modificatie.

Met de woorden 'codificatie' en 'modificatie' is een begrippenpaar geïntroduceerd dat zeer geschikt leek een reeds lang bekende ontwikkeling van een paar pakkende etiketten te voorzien. Voor ons is interessant dat het hierbij gaat om een proces dat vooral in de twintigste eeuw zijn beslag heeft gekregen en dat dus nog niet op de voorgrond trad in de tijd dat het toetsingsverbod voor het eerst in de grondwet werd vastgelegd (1848). Men vindt deze kant van de zaak dan ook niet besproken door de belangrijkste discussiepartners over toetsing in de 19e eeuw (Opzoomer, Thorbecke, Beelaerts van Blokland) en zelfs niet door Struycken, Oud en Kranenburg. De geleidelijke overgang van de wetgever als codificator naar die van de wetgever als modifier heeft in de toetsingsdiscussie nog geen rol van betekenis gespeeld voor zover het de democratische legitimatie van de wetgever betreft. Toch is zij daarvoor van het grootste belang.

Tussen een codificerende en een modificerende wetgever bestaat namelijk groot ver-

9. Koopmans, 'De rol van de wetgever', p. 221. Vgl. over de ideologie die ten grondslag ligt aan het modificeren en codificeren: Kossmann, 'Progressiviteit en conservatisme in de Westeuropese staat'. Kossmann onderscheidt tussen voluntarisme en constitutionalisme. Volgens de voluntaristen maakt de staatsmacht zich als het ware uit de samenleving los, verheft zich daarboven, isoleert zich en gaat handelen als een element *sui generis*, namelijk een bij uitstek politiek element waaraan de gemeenschap zich moet onderwerpen (p. 36). Volgens de constitutionalistische visie is het onduidelijk dat een autonome, specifiek politieke staatsmacht zich losmaakt uit de gemeenschap. Sinds de Franse Revolutie is de tegenstelling tussen deze twee benaderingen scherp op de voorgrond gekomen. Immers de Franse Revolutie maakte op grond van een voluntaristische opvatting de staatsmacht uit de bestaande gemeenschap los met de bedoeling haar te gebruiken tot een poging de maatschappelijke structuur geheel te wijzigen. De staat had de plicht constructies te maken die de geschiedenis in sneller tempo naar de beloften van de toekomst zouden voeren (p. 37). Terecht schrijft J.W. de Beus dat deze tweedeling verwant is aan Hayeks tweedeling tussen constructivistisch rationalisme en evolutionistisch rationalisme. Vgl. De Beus, 'Oorsprong en wederkeer van de liberalen', p. 66.

10. Koopmans, 'De rol van de wetgever', p. 222.

11. Koopmans, 'De rol van de wetgever', p. 222.

schil in democratische legitimatie in de hierboven omschreven zin. Van de wetgever als codificator kan men inderdaad zeggen dat hij democratisch opereert. Wanneer de wetgever immers codificeert doet hij niets anders dan een consensus vastleggen die in brede kring tot stand is gekomen: de wetgever legt vast wat op het moment dat de wet gemaakt wordt de heersende opinie is in de samenleving (en niet de opinie van een bepaalde groep binnen die samenleving die door de wetgever als meer verlicht of progressief of om andere redenen superieur wordt gezien).

Maar is de modifierende wetgever ook zo democratisch?

Het is duidelijk dat dit niet het geval is, althans niet in de zin die ik hiervoor geschetst heb. Een codificerende wetgever legt vast waarover consensus bestaat, een modifierende wetgever waarover consensus zou *moeten bestaan* of waarover naar alle verwachting en hoop van de wetgever consensus in de toekomst *zal ontstaan*. Men kan misschien veel ten voordele van het modifieringsideaal zeggen: dat het sociale onrechtvaardigheid elimineert, dat hiermee de samenleving in een gewenste toestand wordt gestuurd, dat de uitbouw van het recht wordt bevorderd in een juiste richting etc. etc. Maar één ding kan men toch met de beste wil van de wereld niet beweren: dat modifierende wetgeving een democratische aangelegenheid is in die zin dat de wetgeving een weerspiegeling vormt van waarden en normen die in brede maatschappelijke kring gedeeld worden.

Juist omdat die maatschappij achterblijft moet zij op sleeptouw worden genomen. De wetgever die modificeert is een wetgever die het beter meent te weten dan de maatschappij; hij wil zich distantiëren van die maatschappij of bepaalde ideeën die daar leven een geprivilegieerde behandeling geven door deze als uitgangspunt van beleid te maken en andere achter te stellen.

Roscoe Pound, de grote apostel van de instrumentalistische rechtsopvatting (en dat is tenslotte waar de wetgever als modifier van uit gaat)¹² heeft het eens op een veelzeggende manier verwoord toen hij schreef dat aan het eind van de 19e en het begin van de 20e eeuw onder de juristen een veranderde houding ten aanzien van het recht viel te onderkennen.

Having inventoried the wants or claims or interests which are asserting and for which legal security is sought, *we were to value them, select those to be recognized, determine the limits within which they were to be given effect in view of other recognized interests, and ascertain how far we might give them effect by law in the view of the inherent limitations upon effective legal action.*¹³

Dit is een interessante passage omdat daarin de spanning tussen het modifieringsideaal en de democratiegedachte op saillante manier naar voren komt. Ik heb daarin een paar woorden onderstreept: waarderen, selecteren, bepalen, vaststellen. De waarden en normen zoals die zich in de vrije interactie tussen mensen in de maatschappij vormen, worden hier doelbewust *niet* tot uitgangspunt genomen.¹⁴ Of liever gezegd: daarin moet worden geselecteerd, bepaalde waarden moeten worden uitgezonderd en op een voet-

12. Vgl. Lloyd of Hampstead, *Lloyd's introduction to jurisprudence*, p. 565: 'For Pound, jurisprudence is not so much a social science as a technology, and the analogy of engineering is applied to social problems'.

13. Pound, *An introduction to the philosophy of law*, p. 43.

14. Sommigen, bijvoorbeeld marxisten, ontkennen overigens elke consensus over waarden en normen. Vgl. Lloyd of Hampstead, *Lloyd's introduction to jurisprudence*, p. 571.

stuk geplaatst, andere liefst onderdrukt. En wie moet dat doen? De juristen, 'wij', schrijft Pound, maar dit werd later overgenomen door de wetgever. En dan dient zich de vraag aan: hoe groot is dat 'wij'? Is het wel de naam 'wij' waardig? Gaat het hier niet veeleer om eliteopvattingen, niet om een 'volonté de tous', maar om een 'volonté générale', waarvan de inhoud alleen voor een geprivilegieerde groep toegankelijk is?

Het recht verliest dan haar autonome functie, maar wordt gezien als een instrument om bepaalde sociale doelen mee te verwerkelijken. Men richtte zich niet langer op de aard van het recht, schrijft Pound, maar men ging rechtsregels beoordelen naar de mate waarin zij bepaalde doelen konden verwezenlijken waarvoor men dat recht in het leven had geroepen.¹⁵ Vooral verzette men zich tegen recht dat niets anders zou doen dan de status quo bevestigen, zoals in de Griekse oudheid. De Griekse filosofen zagen de rechtsorde als een middel om de status quo te handhaven. Door het recht zou de mens in een vaste maat gehouden worden. De deugd die zij benadrukten was de *sophrosyne*, hetgeen betekent: je grenzen kennen. Daartegenover stond *hybris* of het willens en wetens doorbreken van je grenzen.¹⁶ Van een dergelijk rechtsbegrip wilden de instrumentalisten afstand nemen.

Het falen van de wetgever en toetsing

Wat kan men uit de hier geconstateerde spanning tussen democratie en modificatie concluderen? Kan men aan het feit dat de wetgever modificerend optreedt nu ook een argument ten gunste van toetsing ontleenen?

Alvorens die vraag te beantwoorden is het interessant een paar parallellen te trekken met andere schrijvers die aan de kwaliteit van wetgeving (of liever gezegd het ontbreken daarvan) een argument hebben ontleend ten gunste van toetsing.

Laat ik beginnen met Koopmans. In *De rol van de wetgever* spitst hij de zaak ook toe op de toetsingskwestie. Van modificerende wetgeving signaleert Koopmans het gevaar dat bij beleidsuitvoerende wetten de situatie kan ontstaan dat de wetgever inbreuken op de grondrechten voor lief zou kunnen nemen.¹⁷

In een sterk gebureaucratiseerde maatschappij als de onze langzamerhand aan het worden is, kan een zeker tegenspel tegen de administratie voor de burger van betekenis zijn. Indien men zijn staatsrechtelijk bestel heeft opgetrokken op de gedachte van de 'checks and balances', iets dat van het Nederlands bestel gezegd kan worden, aldus Koopmans, dan kan de rechter een rol vervullen doordat hij zich minder sterk identificeert met de optiek van wetgever en administratie. 'De administratie kan de neiging vertonen bepaalde elementen van de gewenste sociale verandering, bijv. de economische ordening, dusdanig te verabsoluteren dat zij – bewust of onbewust – een zekere inbreuk op bepaalde vrijheidsrechten op de koop toe neemt'.¹⁸ Wanneer nu de versmelting tussen administratie en wetgever ver is voortgeschreden kan dit ook een argument opleveren voor constitutionele toetsing, schrijft Koopmans.¹⁹ Met name wanneer inbreuken op de grondrechten in het geding zijn acht Koopmans het verantwoord dat de rechter ingrijpt:

15. Pound, *An introduction to the philosophy of law*, p. 43.

16. Pound, *An introduction to the philosophy of law*, p. 34.

17. Koopmans, 'De rol van de wetgever', p. 212.

18. Koopmans, 'De rol van de wetgever', p. 227.

19. Koopmans, 'De rol van de wetgever', p. 227.

geen beleid mag daaraan raken.²⁰ En die inbreuken zullen zich vooral kunnen voordoen bij uitvoerende wetten. Toetsing van de wet aan constitutioneel of internationaal gewaarborgde vrijheidsrechten wijst hij dus 'niet bij voorbaat van de hand'.²¹

Wanneer we dat gevaar van schending van grondrechten kunnen typeren als een mogelijke inbreuk op de rechtsstaat²² zouden we kunnen zeggen dat Koopmans' betoog kan worden samengevat in de conclusie dat de modificerende wetgever een gevaar kan opleveren voor het rechtsstaatsideaal.

Ook van andere zijde is hierop gewezen. Jeukens en Donner stellen dat door het instrumentalistisch gebruik van wetgeving de klassiek-rechtsstatelijke betekenis van wetgeving in het gedrang komt.²³ Daarbij zou het namelijk moeten gaan om algemene, de burgers in gelijke mate bindende regels met een daarop gebaseerde waarborgfunctie.²⁴ De wet verliest vaak haar karakter van 'Rechtssatz', aldus Jeukens zich aansluitend bij Donner, en vaak bestaat de inhoud van de wet uit weinig anders meer dan een machtiging aan het bestuur. Soms gaat de wetgever ook zelf besturen en verdwijnt het hele onderscheid tussen wet en bestuur.²⁵ Ook Jeukens concludeert vanuit deze stand van zaken dat het een argument voor toetsing op kan leveren.²⁶

Het meest kritisch over de kwaliteit van wetgeving is misschien wel Kortmann. Hij wijst op het feit dat de Kamers der Staten-Generaal in juridisch opzicht weinig tegenwicht meer bieden tegen de ambtelijke stoomwals die voornamelijk andere dan juridische overwegingen laat spelen.²⁷ Het is in een dergelijke situatie dat wetten als de Harmonisatiewet aangenomen kunnen worden. Onder druk van tijd en de begroting komt dit soort wetgeving tot stand. De Eerste Kamer had veertien dagen de tijd voor de behandeling van het wetsvoorstel.

Kortmann wijst erop dat de formele wet niet langer relatief stabiele regels geeft op ba-

20. Koopmans, 'De rol van de wetgever', p. 233. Interessant in verband met de sterk gewijzigde visie op de wenselijkheid van sturing van de samenleving door middel van het recht is ook het commentaar dat Van der Hoeven geeft op een uitspraak van de staatssecretaris voor emancipatiezaken. Deze had gesteld dat het voorontwerp voor een wet gelijke behandeling zich onder meer ten doel stelt dat 'in het onderwijs reeds aandacht wordt geschonken aan het beginsel van de gelijkwaardigheid van mensen en het doorbreken van traditionele waarden en rolpatronen'. Van der Hoeven merkt op dat het naast elkaar stellen van deze doelstellingen ten onrechte geschiedt. Het 'doorbreken van traditionele waarden en rolpatronen' biedt een staaltje van modieuze terminologie waarmee de wetgever treedt buiten het rolpatroon waarbinnen de grondwettelijke vrijheidsrechten hem juist willen houden. 'Streven naar zulk een doorbreken is een zaak van vrijheid van de leden van de maatschappij en hun vrije groeperingen, evenzeer als zij vrij zijn te streven naar behoud van die traditionele waarden en rolpatronen'. Wanneer het maatschappelijk en cultureel proces leidt tot een verandering van de maatschappelijke en zedelijke normen dan kan de wetgever deze volgen en verwerken. Vgl. Van der Hoeven, 'Botsing van grondrechten', p. 24.

21. Koopmans, 'De rol van de wetgever', p. 233. Vgl. hierover ook: Jeukens, 'Grondrechten en rechterlijke toetsing', p. 63.

22. Ik volg hier dus Van der Pot/Donner, *Handboek*, p. 143, die als element van het rechtsstaatsbegrip opneemt dat de grond- of vrijheidsrechten van de burger worden gewaarborgd.

23. Over het wetsbegrip in de liberale rechtsstaat zeer verhelderend: Neumann, *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft*, p. 542-596 en verder van dezelfde schrijver, *Die Herrschaft des Gesetzes*.

24. Vgl. Dölle en Engels, *Constitutionele rechtspraak*, p. 58.

25. Jeukens, 'Grondrechten en rechterlijke toetsing', p. 62.

sis waarvan het bestuur consistent kan optreden, maar deze in een aantal gevallen een besluit is geworden dat slechts van tijdelijke aard is en aan de burger nauwelijks stabiliteit en rechtszekerheid biedt.²⁸ In een aantal gevallen krijgt de wet het karakter van een bestuursbesluit, van een beschikking ter uitvoering van een niet in een formeel besluit vervat en nogal eens 'zwalkend regeringsbeleid'. In een dergelijke situatie is het niet vreemd dat de rechter geneigd is een dergelijke wet, ondanks haar formele status, te behandelen zoals hij andere bestuursbesluiten tegemoet treedt.²⁹

Kortom, ook Kortmann acht het denkbaar dat de kwaliteit van de wetgeving een argument voor toetsing op kan leveren. Een deel van de wetgeving vormt namelijk, zo zou ik de hier genoemde grieven willen samenvatten, een geduchte ondermijning van de idealen van de klassieke rechtsstaat.

Wanneer we deze situatie nu vergelijken met de door mij geschetste, namelijk de relatie die geconstateerd kan worden tussen een modifierende wetgever en gebrek aan democratisch gehalte van wetgeving, dan lijkt het niet vreemd ook te overwegen of toetsing kan worden gehanteerd als tegenwicht tegen een onvoldoende *democratisch* (in tegenstelling tot rechtsstatelijk) gelegitimeerde wetgever.

Anders gezegd, de discussie over imperfecte wetgeving in relatie tot het rechtsstatelijk ideaal, zoals die door Koopmans, Jeukens en Kortmann gevoerd is, zou ook onder de invalshoek van het democratisch karakter van wetgeving gevoerd moeten worden. En wanneer bovengenoemde auteurs de deur naar toetsing een stukje openzetten op grond van rechtsstatelijke argumenten (bij Koopmans op een kier,³⁰ bij Kortmann en Jeukens verder) dan ligt het voor de hand hetzelfde te doen op grond van aan de democratiegedachte ontleende argumenten. Waren niet de wetten onschendbaar omdat zij een democratische consensus geacht werden tot uitdrukking te brengen?³¹

Een bezwaar

Nu lijkt een bepaald bezwaar tegen bovengenoemd betoog voor de hand te liggen en het is misschien raadzaam dat even aan de orde te stellen: staat en valt het hele verhaal niet met het begrip van democratie dat hier gehanteerd wordt? Het kwalificeren van de modifierende wetgever als ondemocratisch lijkt retorisch sterk, zij het enigszins provocerend, maar het is geheel afhankelijk van het louter formeel en waardevrije democratiebegrip dat als uitgangspunt wordt gehanteerd: *vox populi vox dei*. Maar kan men de democratie wel zonder meer identificeren met onbeperkt 'majority rule'?³² Verwijdert men

28. Kortmann, 'De rechter en de wet', p. 137.

29. Kortmann, 'De rechter en de wet', p. 137.

30. Prakke typeert het standpunt van Koopmans als een 'tentatieve stellingname ten gunste van toetsingsrecht'. Vgl. Prakke, *Toetsing in het publiekrecht*, p. 79.

31. Interessant over de verhouding democratie en rechtsstaat is ook het artikel van Hirsch Ballin en Van Houten. Opvallend is dat deze auteurs rechtsstaat en democratie niet tegenover elkaar stellen, zoals al uit de titel van hun opstel blijkt: 'Toetsing van wetgeving: sluitstuk van de democratische rechtsstaat'. Vgl. met name p. 21.

32. Vgl. hierover: Prakke, *Toetsing in het publiekrecht*, p. 53 en verder McIlwain, *Constitutionalism*, p. 149 en McIlwain, 'The fundamental law behind the constitution of the United States', p. 245: 'We must leave open the possibility of an appeal from the people drunk to the people sober, if individual and minority rights are to be protected in the periods of excitement and hysteria from which we unfortunately are not immune'.

zich met een dergelijk democratiebegrip niet al te zeer van de connotatie die het in de loop der eeuwen gekregen heeft, waarin bijvoorbeeld rechten van minderheden en andere zaken een plaats krijgen die niet herleidbaar zijn tot glorificatie van de wil van de meerderheid?³³ Het is bovendien niet in overeenstemming met noch het Amerikaanse³⁴ democratisch bestel, noch met het Franse. Immers in het eerste geval wordt onbeperkte bestuursmacht duidelijk niet als de democratie bij uitstek gezien en hetzelfde kan gezegd worden van de Fransen waar in het voetspoor van Rousseau toch altijd een onderscheid is gemaakt tussen de 'volonté de tous' en de 'volonté générale'³⁵

Het gaat hierbij om hetzelfde soort bezwaren als men ook wel zou kunnen aanvoeren tegen de theorie van Hugo Krabbe die (met een beroep op het democratiebeginsel) een onbelemmerd rechtsbewustzijn direct wilde kanaliseren naar de politieke praktijk.³⁶ 'Hoe is het *wezenlijke* rechtsbewustzijn nu te onderkennen en te onderscheiden van lagere volks-gevoelens en -hartstochten', vraagt Kranenburg daarmee een bezwaar formulerend dat veelvuldig tegen zijn leermeester werd ingebracht.³⁷

Voorals Struycken heeft zich geprofileerd als criticus van Krabbe op dit punt. Men dient de democratie niet te vereenzelvigen met 'Kopfzahl-Demokratie'. Het meerderheidsbeginsel geldt altijd binnen rechtens omschreven bepalingen en beperkingen. Elke moderne parlementaire democratie kent die beperkingen: de scheiding der staatsfuncties in wetgeving, bestuur en rechtspraak; de regeling van de kiesbevoegdheid, het vertegenwoordigend stelsel, het tweekamerstelsel, het koningschap, de scheiding van regering en vertegenwoordiging, de voor de wetgeving voorgeschreven procedure, de decentralisatie in haar verschillende richtingen etc. Alleen op deze manier is de minderheid en het individu beschermd tegen ogenblikkelijke willekeur van de meerderheid.³⁸

We moeten echter voorzichtig zijn niet te verzanden in een terminologisch schimmenspel. Struycken heeft natuurlijk gelijk dat een moderne democratie meer is dan een 'Kopfzahldemokratie'. De moderne democratie incorporeert een aantal rechtsethische waarden, zou men kunnen zeggen. Friedmann noemt: (1) de grondrechten, (2) gelijk-

33. Vgl. over de twee democratiebegrippen het controversiële boek van J.L. Talmon, *The origins of totalitarian democracy*, die meent dat vanuit de Verlichting een tweetal democratische lijnen lopen: een totalitair democratische lijn en een liberaal democratische lijn. Voor een samenvatting van Talmon's werk: Cliteur, *Conservatisme en cultuurrecht*, p. 143-152. Aansluiting bij Talmon zoekt ook: Couwenberg, *Hoe wordt de samenleving het best ingericht?*, p. 134. Bekritiseerd wordt Talmon door: Gay, *The party of humanity*, p. 281.

34. Vgl. Corwin, *The 'Higher Law' background*, p. v: 'When the American pledges his allegiance to democracy, as he so often must in this age that mingles triumph and frustration, he means *constitutional* democracy, a system of government in which political power is diffused by a written constitution and the wielders of power are held in check by the rule of law'; en verder: Rostow, 'The democratic character of judicial review', p. 197: 'Government by referendum or town meeting is not the only possible form of democracy'.

35. Dit is overigens een betwist punt, waarop ik in dit kader niet verder in kan gaan. Cappelletti en Adams, 'Judicial review of legislation: european antecedents and adaptations', p. 1208 wijzen erop dat de Franse Revolutie zeer vijandig staat tegenover toetsing.

36. 'Gij hebt geen *recht* de doorwerking eener meerderheid te belemmeren', riep hij zijn tegenstanders toe. Vgl. Krabbe, *Ongezonde lectuur*, p. 22.

37. Kranenburg, *Staatsrechtswetenschap, sociologie en rechtsphilosophie*, p. 17. Vgl. ook: Kranenburg, *Het Nederlandsch staatsrecht*, p. 85 e.v.

38. Struycken, *De Grondwet*, p. 29.

heid voor de wet, (3) de invloed van de bevolking op de regering, (4) de rule of law.³⁹ Wanneer men dit geheel van elementen 'democratisch' zou willen noemen en men zich bovendien nog realiseert dat de rule of law (4) een bepaalde beperking op meerderheidsbeslissingen (3) kan vormen (een rechtsstatelijk betugelde democratie) dan lijkt het duidelijk dat het louter formeel democratiebegrip dat hier als uitgangspunt is genomen om de vraag te beantwoorden hoe democratie zich tot toetsing verhoudt, hopeloos inadequaat is. Men zou kunnen stellen dat een modificerende wetgever dan weliswaar een gevaar vormt voor Friedmanns derde punt (wil van de meerderheid), maar zich daarentegen sterk oriënteert op het realiseren van de materiële voorwaarden voor punt 2 (gelijkheid voor de wet). En dan zou het best eens kunnen zijn dat wat op punt 3 door een modificerende wetgever aan democratisch gehalte wordt verloren ruim wordt gewonnen op punt 2, zodat het democratisch saldo per slot van rekening toch nog positief is.

Ik wil dit allemaal niet ontkennen, maar alleen wel opmerken dat het enigszins heen gaat langs de kern van dit betoog. Wat bedoeld wordt (en waartoe ik mij ook wil beperken) is dat een sterk modificerende wetgever een gevaar kan vormen voor punt 3 (zo aardig met 'Kopfzahldemokratie' aangeduid). In hoeverre dat een winst voor punt 2 kan opleveren is een zaak die alleen in concreto ter beoordeling staat.

Hiermee is natuurlijk nog niet gezegd dat toetsing verantwoord is. Talloze zaken zouden dan nog beargumenteerd worden. Zo kan men zich afvragen of we niet veeleer moeten zoeken naar middelen tot verbetering van onze wetgeving in plaats van naar zo'n zwaar middel als toetsing te grijpen.⁴⁰ Wat ik wel hoop duidelijk te hebben gemaakt is dat de stelling dat in de toetsingsdiscussie het voornamelijk zou gaan om de tegenstelling democratie en rechtsstaat (waarbij dan aan het eerste argument contra en aan het tweede argument pro toetsing kunnen worden ontleend) de zaken te sterk vereenvoudigt. Het betoog van auteurs als Koopmans, Donner, Jeukens en Kortmann, waarin zij de instrumentalistisch opererende wetgever voorhouden dat hij het gevaar loopt in strijd te handelen met de eisen van de rechtsstatelijkheid, kan mutatis mutandis ook worden gevoerd voorzover het democratische eisen betreft.

Leiden/Amsterdam, november 1989

Literatuur

- Akkermans, P.W.C., 'De mythe van het toetsingsverbod', in: *Namens*, 5 september 1989, p. 28-30.
- Alkema, E.A., 'Toetsen van de wet afstemmen op Europese maatstaven', in: *Namens*, 5 september 1989, p. 31-32.
- Beelaerts van Blokland, G.J.T., *De onschendbaarheid der wet*, S.C. van Doesburgh, Leiden 1868.
- Bergh, G. van den, 'Beschouwingen over het toetsingsrecht', in: *Nederlands Juristenblad*, 26 mei 1951, p. 417-425.
- Beus, J.W., 'Oorsprong en wederkeer van de liberalen', in: *De ideologische driehoek*,

39. Friedmann, *Legal theory*, p. 398. Vgl. over de verhouding van democratie en toetsing ook: Prakke, *Toetsing in het publiekrecht*, p. 53: '(...) the equation of democracy and majority rule has never been accepted without considerable qualifications as a true interpretation of democracy, competing values may have to be harmonized, as, for instance, the values of majority rule and minority rights'.

40. Voorstellen hiervoor bij: Konijnenbelt, 'Het parlement als wetgever', p. 135.

- Nederlandse politiek in historisch perspectief, J.W. de Beus, J.A.A., van Doorn, Percy B. Lehning, Boom, Meppel/Amsterdam 1989, p. 61-97.
- Cappelletti, Mauro & Adams, John Clarke, 'Judicial review of legislation: european antecedents and adaptations', in: *Harvard Law Review*, Vol. 79 (1966), p. 1207-1224.
- Cliteur, P.B., *Conservatisme en cultuurrecht*, over de fundering van recht in rechtsbeginselen, (diss.), Drukkerij Cliteur, Amsterdam 1989.
- Cliteur, P.B., 'Argumenten voor en tegen constitutionele toetsing', in: *Nederlands Juristenblad*, 4 nov. 1989, p. 1369-1375.
- Corwin, Edward S., *The 'Higher Law' background of American constitutional law*, Great Seal Books, Cornell University Press, Ithaca, New York 1955.
- Couwenberg, S.W., *Hoe wordt de samenleving het best ingericht?*, Assen/Maastricht 1987.
- Dölle, A.H.M., & Engels, J.W.M., *Constitutionele rechtspraak*, Wolters-Noordhoff, Groningen 1989.
- Donner, A.M., 'Het beleid van de rechter ten aanzien van grond- en mensenrechten', in: A.K. Koekkoek e.a. (red.), *Grondrechten*, Nijmegen 1982, p. 40-48.
- Friedmann, W., *Legal theory*, London 1967 (1944).
- Gay, Peter, *The party of humanity*, essays in the French Enlightenment, Norton & Company, New York 1971 (1954).
- Hirsch Ballin, E.M.H., en Houten, M.L.P. van, 'Toetsing van wetgeving: sluitstuk van de democratische rechtsstaat', in: *Namens*, 5 sept. 1989, p. 19-26.
- Hoeven, J. van der, 'Botsing van grondrechten', in: *Mededelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen*, afd. Letterkunde, Nieuwe Reeks, deel 46, no. 7, 1983.
- Jeukens, H.J.M., 'Grondrechten en rechterlijke toetsing', in: *Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht*, LXIX, Groningen 1972, p. 56-80.
- Konijnenbelt, Willem, 'Het parlement als wetgever', in: *Gegeven de Grondwet*, bundel ter gelegenheid van het 25-jarig bestaan van de Stafafdeling Constitutionele Zaken en Wetgeving van het Ministerie van Binnenlandse Zaken, Kluwer, Deventer 1988, p. 131-145.
- Koopmans, T., 'De rol van de wetgever', in: *Honderd jaar rechtsleven*, Zwolle 1970, p. 221-234.
- Kortmann, C.A.J.M., 'De rechter en de wet', in: *Regelmaat*, oktober 1988, p. 135-137.
- Kossmann, E.H., 'Progressiviteit en conservatisme in de Westeuropese staat', in: *Dezer jaren, Buitenlands beleid en internationale werkelijkheid. Beschouwingen aangeboden aan J.L. Heldring*, Baarn, p. 74-91, ook in: *Politieke theorie en geschiedenis*, Verspreide opstellen en voordrachten, Uitgeverij Bert Bakker, Amsterdam 1987, p. 26-44.
- Krabbe, H., *Ongezonde lectuur*, J.B. Wolters, Groningen 1913.
- Kranenburg, R., *Het Nederlandsch staatsrecht*, zevende druk, H.D. Tjeenk Willink & Zoon NV, Haarlem 1951.
- Kranenburg, R., *Staatsrechtswetenschap, sociologie en rechtsphilosophie*, H.D. Tjeenk Willink & Zoon, Haarlem 1927.
- Lloyd of Hampstead and M.D.A. Freeman, *Lloyd's introduction to jurisprudence*, fifth edition, Stevens & Sons, London 1985 (1959).
- Maine, Henry Sumner, *Popular government*, with an introduction by George W. Carey, Liberty Classics, Indianapolis 1976 (1885).
- McIlwain, C.H., 'The fundamental law behind the constitution of the United States', *Constitutionalism & the changing world*, Cambridge University Press, London etc. 1939, p. 244-259.

- McIlwain, C.H., *Constitutionalism, ancient and modern*, Cornell University Press, Ithaca, New York 1940.
- Neumann, Franz, 'Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft', in: *Zeitschrift für Sozialforschung*, Jahrgang VI (1937), p. 542-596.
- Neumann, Franz L., *Die Herrschaft des Gesetzes*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1980 (1936).
- Opzoomer, C.W., *Aanteekening op de wet, houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het koninkrijk*, vierde druk, Gebr. Belifante, 's-Gravenhage 1884.
- Oud, P.J., *Het constitutioneel recht van het koninkrijk der Nederlanden*, deel II, tweede druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1970 (1948).
- Pot, C.W. van der, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, bewerkt door A.M. Donner, 11e druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1983.
- Pound, Roscoe, *An introduction to the philosophy of law*, New Haven and London 1954 (1922).
- Prakke, Lucas, *Toetsing in het publiekrecht*, Van Gorcum & Comp. NV, Assen 1972.
- Regeringsnota juni 1974, advies van de Raad van State aan de Koningin.*
- Rostow, Eugene V., 'The democratic character of judicial review', 66 (1952), *Harvard Law Review*, p. 193-224.
- Struycken, A.A.H., *De Grondwet, haar karakter en waarde*, Gouda Quint, Arnhem 1914.
- Talmon, J.L., *The origins of totalitarian democracy*, Penguin Books, Harmondsworth 1986 (1952).
- Thorbecke, J.R., *Bijdrage tot herziening der grondwet*, Martinus Nijhoff, Den Haag 1848.