



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Constitutionele toetsing Deel 1

Cliteur, P.B.

Citation

Cliteur, P. B. (1991). *Constitutionele toetsing Deel 1*. Den Haag: Teldersstichting Den Haag. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/20059>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/20059>

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

Geschrift 74

CONSTITUTIONELE TOETSING

dr. P.B. Cliteur

met commentaren van:

prof.dr. R.A.V. baron van Haersolte

mr. J.M. Polak

drs. T. Zwart

Prof.Mr. B.M. Teldersstichting

's-Gravenhage, 1991

Inhoudsopgave

	blz.
Voorwoord	vii
Ten Geleide	ix
Deel I	
Twee tradities binnen het liberalisme	1
1. Inleiding	1
2. Twee tradities binnen het liberalisme	13
3. Concluderende opmerkingen over de twee tradities	23
Deel II	
De gedachtenvorming over toetsing in Nederland	27
1. De constitutionalisten: Thorbecke en Opzoomer	29
2. Beoordeling van het constitutionalistisch standpunt	39
3. Voorstanders van de heersende leer op pragmatische gronden: Beelaerts van Blokland, Buys en Van der Burgh	41
4. De herleving van het ideologisch debat: Krabbe en Struycken	54
5. De erosie van het ideologisch debat: De Savornin Lohman, Oud en Kranenburg	76
6. Een voorlopig opmaken van de balans	84
7. De toetsingsdiscussie na de Tweede Wereldoorlog	89
8. Constitutionele toetsing in relatie tot democratie (Van den Bergh) en verdragstoetsing (Jeukens)	90
9. Beperkte en onbeperkte wetgevingsmacht: Duynstee	97

10.	Soevereiniteit en rechtsstaat bij Dooyeweerd en zijn school	100
11.	A.M. Donner: huiver voor totalitaire democratie zonder de remedie van constitutionele toetsing	107
12.	De discussie van Duynstee over soevereiniteit weer voortgezet: Prakke en Kortmann	111
13.	Besluit van het overzicht van de Nederlandse traditie	117

Deel III

	De traditionalistisch-evolutionistische rechtvaardiging van het toetsingsrecht	119
1.	Het hogere recht	119
2.	Het argument van de lange-termijndemocratie	123
3.	Het argument van het laboratorium van de geschiedenis	127
4.	De consequenties voor constitutionele toetsing	129
5.	Besluit van het thetisch gedeelte	132

Deel IV

	Instrumentalisme, de grondwet, rechtszekerheid en de traditie in relatie tot constitutionele toetsing	135
1.	Toetsing in relatie tot het probleem van de instrumentalistische wetgever	135
2.	Toetsing en de plaats van de grondwet	144
3.	Toetsing en het rechtszekerheidsvereiste	148
4.	Toetsing en de staatsrechtelijke traditie	152

	Epiloog	165
--	---------	-----

Commentaren:

Toetsing naar de wijze van de Hoofdige Boer (prof.dr. R.A.V. baron van Haersolte)	179
Preventie en repressieve toetsing van wetten aan de grondwet (mr. J.M. Polak)	195
Constitutionele Toetsing: Ganzenbord of Russische Roulette? (drs. T. Zwart)	207
Literatuur	231
Personenregister	249
Personalialia van de auteurs	257
Bijlage: Toetsing door de rechter (een passage uit het rapport van de bijzondere commissie Vraagpunten)	259

Voorwoord

In artikel 120 van de Grondwet staat geschreven: "De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen". De vraag rijst of het hier bedoelde toetsingsverbod wel vanzelfsprekend is. Immers, in Nederland kennen we een hiërarchie van wetgeving. De Grondwet neemt een hogere plaats in dan de gewone wet, zoals een parlementaire wet gaat boven een verordening van een lagere overheid. Deze laatste verordeningen kunnen door de rechter worden getoetst aan hogere bepalingen. Ligt het dan ook niet voor de hand dat rechters wetten kunnen toetsen aan de Grondwet?

Het hier voorliggende geschrift handelt over bovenstaande vraag en over andere kwesties welke samenhangen met het vraagpunt van de Constitutionele Toetsing. Centraal in deze publikatie staat een verhandeling van dr. P.B. Cliteur. Cliteur doet een poging het vraagstuk te benaderen vanuit een politiek-filosofische context. Hij verdedigt in een uitvoerig en zeer gedegen betoog dat constitutionele toetsing door de rechter een vast en logisch bestanddeel is van wat hij de *evolutionistisch-traditionalistische traditie* binnen het liberalisme noemt. Cliteur is van mening dat deze traditie spoort met de *utilitaristische variant* van het liberalisme. Ook in geschrift 65 van de Teldersstichting "Liberalisme, een speurtocht naar de filosofische grondslagen" kiest men voor dit utilitarisme en ook daar komt men tot een pleidooi voor constitutionele toetsing. Zo gezien, kan de verhandeling van Cliteur worden beschouwd als een voortzetting van de lijn in geschrift 65 ten aanzien van de constitutionele toetsing.

Dit geschrift bevat voorts commentaren op het betoog van Cliteur door achtereenvolgens prof.dr. R.A.V. baron van Haersolte, mr. J.M. Polak en drs. T. Zwart. Van Haersolte laat zien waarom de argumenten van Cliteur hem niet geheel kunnen overtuigen. Huiverig ten

opzichte van het toetsingsrecht staan ook Polak en Zwart. Hieruit moge blijken dat liberalen over dit onderwerp verschillend denken.

Ook het Curatorium van de Prof.Mr. B.M. Teldersstichting heeft geen eensluidende opinie in deze zaak, maar het is van mening dat de discussie over dit onderwerp van groot belang is en moet worden gestimuleerd. Tot dit laatste hoopt het Curatorium een bijdrage te leveren door deze bundel onder zijn verantwoordelijkheid te publiceren.

Het Curatorium is de auteurs zeer erkentelijk voor hun gedegen bijdragen. Voorts willen wij mevrouw E. Bottinga-Lindhout dankzeggen voor de technische verwerking bij de totstandkoming van dit geschrift.

Het Curatorium van de
Prof.Mr.B.M. Teldersstichting
mr.drs. H. Langman
voorzitter
juni 1991

Ten geleide

In Geschrift 65 van de Teldersstichting, getiteld *Liberalisme, een speurtocht naar de filosofische grondslagen*, werd in het kader van de wenselijkheid van countervailing powers tegenover de staatsmacht een pleidooi gehouden voor rechterlijke toetsing: de rechtmatigheidstoetsing van de beslissingen van de wetgevende macht door de rechterlijke macht. Dit standpunt ten gunste van toetsing werd toen verdedigd met een beroep op de liberale traditie. Men schrijft: "De meeste liberale denkers die over het constitutionalisme geschreven hebben, zijn de mening toegedaan dat rechterlijke toetsing van de wetten op hun verenigbaarheid met de rechten van het individu ook in een representatieve democratie noodzakelijk is. De meerderheid in de volksvertegenwoordiging staat altijd bloot aan de verleiding haar eigenbelang te laten prevaleren boven het algemeen belang cq. de rechten van het individu. De tirannie van de meerderheid is derhalve alles behalve denkbeeldig. Omdat in een stelsel van volledige machtenscheiding niemand de meerderheid ervan kan weerhouden partijdige wetten aan te nemen, is het onontbeerlijk dat er checks op de wetgevende macht zijn".

Geschrift 74 is geheel gewijd aan de problematiek van constitutionele toetsing. Het vraagstuk staat op het ogenblik weer in het centrum van de belangstelling. Opvallend is dat in de wetenschap steeds meer stemmen opgaan om de een of andere vorm van constitutionele toetsing mogelijk te maken binnen het Nederlandse constitutionele bestel. In de politiek blijft men echter afhoudend. Dat laatste is niet geheel vreemd, omdat voor constitutionele toetsing sterker dan voor andere onderwerpen waarover de volksvertegenwoordiging zich moet uitspreken geldt dat de positie van de volksvertegenwoordiging zelf in het geding is: constitutionele toetsing zou een sterker accent leggen bij de rechterlijke macht, in tegenstelling tot de wetgevende macht. De voorstellen voor constitutionele toetsing zijn wat dat betreft te vergelijken met die voor het invoeren van een of andere vorm van referendum; ook in dit geval

betekent dat immers een zekere terugdringing van de bevoegdheden van het parlement.

Medio november 1990 verscheen een nota van de bijzondere commissie "Vraagpunten" van de Tweede Kamer der Staten-Generaal (Commissie-Deetman). De commissie die zich heeft gebogen over staatkundige, bestuurlijke en staatsrechtelijke vernieuwing, gaat in deze nota ook in op het toetsingsrecht. Zij stelt dat het daarbij uiteindelijk gaat ^{om} aan wie het laatste woord over de uitleg van de Grondwet toekomt: de wetgever of de rechter, en waarom. Tot een antwoord op deze vraag komt de bijzondere commissie niet; aanbevolen wordt het toetsingsvraagstuk opnieuw grondig te (doen) bestuderen. Deetman c.s. geven wel aan welke organisatorische vragen bij een dergelijke studie aan de orde moeten komen.*

De argumenten voor en tegen toetsing worden in de nog altijd groeiende literatuur over dit onderwerp gewogen. De wetgever is democratisch gelegitimeerd, de rechter niet. Zal het avontuur van toetsing de rechtszekerheid niet in gevaar brengen? Zijn de Nederlandse rechters wel voldoende geëquipeerd om een dergelijke zware taak op hun schouders te nemen? En wat zijn de praktische consequenties? De mogelijkheid van toetsing van wetten in formele zin aan verdragen (w.o. de verdragen inzake de rechten van het individu) is reeds gerealiseerd; zal het openen van toetsing aan de grondwet dan niet een zinloze doublure worden?

Voorstanders van toetsing wijzen er echter op dat zelfs een democratisch gekozen volksvertegenwoordiging de grondrechten zoals neergelegd in de grondwet dient te respecteren. Dat is niet alleen iets dat voortvloeit uit een respect voor onze grondwet en grondrechten, maar

* Zie *Rapport Bijzondere Commissie Vraagpunten*, Tweede Kamer, vergaderjaar 1990-1991, 21427, nr. 3. De tekst uit dit rapport gewijd aan de Constitutionele Toetsing is als bijlage in dit geschrift opgenomen.

zelfs een eis van democratie, zij het dan een bepaalde vorm van democratie, namelijk constitutionele democratie. En waarom zou toetsing de rechtszekerheid in gevaar brengen? Is niet reeds toetsing van lagere wetgeving aan de grondwet mogelijk en zelfs van wetgeving in formele zin aan het verdrag? Dat heeft geen onzekerheid gebracht, in tegendeel. Zelfs zou men kunnen stellen dat burgers zekerheid ontleen aan het feit dat zij erop mogen vertrouwen dat de rechterlijke macht er over waakt dat de wetgevende macht de grondrechten niet aantast.

In het onderhavige geschrift wordt door Cliteur een poging gedaan het vraagstuk van de constitutionele toetsing te benaderen door het in een politiek filosofische context te plaatsen. Hij komt na een uitvoerige afweging van alle argumenten voor en tegen tot een standpunt voor toetsing, waarbij hij bovendien betoogt dat toetsing een logische stap is vanuit een bepaalde vorm van liberaal denken.

Van Haersolte volgt de argumentatie van Cliteur op de voet en plaatst een aantal kanttekeningen bij de vooronderstellingen van de argumentatie van Cliteur. Hij komt tot het resultaat dat de argumenten van Cliteur hem niet geheel kunnen overtuigen.

Ook Polak en Zwart staan beiden huiverig tegenover het toetsingsrecht. Met name Polak brengt onder de aandacht dat eerst alles in het werk gesteld moet worden om de procedure van wetgeving te verbeteren. Eerst dienen alle mogelijkheden te worden onderzocht die ertoe kunnen bijdragen om de wetgevende macht, die de laatste tijd steken heeft laten vallen, beter te laten functioneren. Zwart laat een soortgelijk geluid horen. Van groot belang is verder dat Zwart uitvoerig aandacht besteedt aan de internationale dimensie van de zaak. Hij maakt onder andere een vergelijking met het Amerikaanse systeem. Verder wijst hij ook op de gevaren die verbonden zijn aan een bepaalde vorm van toetsing: de geconcentreerde; dat wil zeggen een toetsing die wordt verricht door één hoogste college. Als toetsing ingevoerd zou worden, dan dient dat een diffuse toetsing (elke rechter mag de toetsing verrichten) te zijn,

omdat we dit systeem al hebben bij de verdragstoetsing en het hier goed functioneert.

Uit de verschillende bijdragen blijkt dat ook liberalen het niet eens zijn over het onderwerp. Moge dit geschrift een bijdrage zijn aan de op handen zijnde discussie over dit onderwerp.

DEEL I.

Twee tradities binnen het liberalisme

1. Inleiding

Op 11 augustus 1988 wees de Haagse rechtbankpresident mr. Wijnholt een opmerkelijk vonnis. In een kort geding dat enkele studenten en een studentenvakbond hadden aangespannen tegen de Staat stelde de rechter de Staat in het ongelijk. Juridisch interessant was dat daarbij een wet in formele zin (de producten van de parlementaire wetgever noemen we "wetten in formele zin") getoetst werd aan een bepaling uit het Statuut¹. Het ging om de wet van 27 juli 1988 (Stb. 1988, nr. 334), bekend geworden als de Harmonisatiewet Collegegelden. Daarin werd geregeld dat studenten in het hoger onderwijs niet langer dan zes jaar op de normale voorwaarden als student kunnen worden ingeschreven, hetgeen betekent dat zij ook niet langer dan zes jaar studiefinanciering kunnen ontvangen. De regeling zou ingaan bij de aanvang van het studiejaar 1988-1989, waarbij de voorgaande jaren zouden worden meegeteld, ook de jaren waarin men ingeschreven had gestaan aan een instelling voor hoger beroepsonderwijs.

De Landelijke Studentenvakbond en zeven individuele leden besloten actie te ondernemen en zij dagvaardden de Staat in kort geding op grond van schending van gewekte verwachtingen. De betreffende wet zou in strijd zijn met het rechtszekerheidsbeginsel.

Een positiefrechtelijke basis heeft het rechtszekerheidsbeginsel in art. 43 van het Statuut van het Koninkrijk der Nederlanden, waarin bepaald wordt: (1) Elk der landen draagt zorg voor de verwezenlijking

1. Ik spreek in deze verhandeling over "constitutionele toetsing" en niet over "constitutionele rechtspraak", omdat het in art. 120 vervatte verbod wordt aangeduid als een "toetsingsverbod". Wanneer hier gesproken wordt over "toetsing" gaat het dus altijd om de toetsing *achteraf*; een "toetsing" *vooraf*, zoals wordt verricht door de wetgever, wordt geen toetsing genoemd.

van de fundamentele menselijke rechten en vrijheden, de rechtszekerheid en de deugdelijkheid van het bestuur; (2) Het waarborgen van deze rechten, vrijheden, rechtszekerheid en deugdelijkheid van bestuur is aangelegenheid van het Koninkrijk.

Het feit dat door de rechter de Harmonisatiewet aan een bepaling uit het Statuut werd getoetst was bijzonder, omdat in ons constitutioneel bestel een toetsingsverbod geldt voorzover het gaat om wetten in formele zin. Wetten in formele zin mogen niet getoetst worden aan de grondwet (wel aan direct werkende bepalingen uit verdragen). Art. 120 van de grondwet, waarin dit verbod is neergelegd, luidt als volgt: "De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen". Weliswaar wordt in deze bepaling niet gesproken over het Statuut en dat was ook de reden dat de Haagse rechter niet direct in strijd met de grondwet handelde, maar de doctrine ging ervan uit dat het verbod tot toetsing van wetten aan de grondwet zich ook uitstreckte tot toetsing aan het statuut, een standpunt dat later ook de de Hoge Raad bevestigd is².

Hoewel het vonnis van de Haagse rechter door de Hoge Raad werd vernietigd, is de discussie over constitutionele toetsing niet verstomd. Integendeel, verschillende staatsrechtsgeleerden hebben zich uitgesproken voor een verandering van het huidige stelsel, andere hebben het vigerende systeem verdedigd. Stroink schrijft terecht dat hoewel de Haagse president is "teruggefloten", het feit dat hij het heeft aangedurfd een aantal formele wetsbepalingen buiten toepassing te laten wegens strijd met art. 43 van het Statuut, op zichzelf veelzeggend is. Het getuigt van een fundamenteel andere houding die de rechter tegenwoordig inneemt tegenover de wetgever dan een paar jaar geleden³.

2. Op 14 april 1989 vernietigde de HR het vonnis van de Haagse rechtbank. HR 14 april 1989, NJ 1989.

3. Stroink, *De plaats*, p. 2.

De regel van art. 120 Gw heeft in 1983 een oudere regel vervangen die in 1848 in onze grondwet is opgenomen en die luidde: "De wetten zijn onschendbaar"⁴. De betekenis van de oude regel is na verloop van tijd wel vast komen te staan, hoewel de formulering aanleiding zou kunnen geven tot verschillende interpretaties. In de nieuwe formulering zou alleen het woord "wetten" een vraag op kunnen leveren, namelijk de vraag of hiermee bedoeld wordt op de producten van de centrale (of parlementaire) wetgever of dat daaronder ook worden verstaan de producten van de lagere overheden. Daarop luidt het antwoord dat het alleen gaat om de wetten van de *parlementaire* wetgever, ook wel genoemd wetten in formele zin. De inhoud van de grondwettelijke bepaling is dus duidelijk: de Nederlandse rechter mag (1) niet beoordelen of een *parlementaire wet* in strijd is met de grondwet en (2) niet beoordelen of een *verdrag* in strijd is met de grondwet. De Nederlandse rechter heeft, met andere woorden, wat zich naar zijn uiterlijke vorm als een wet of een verdrag aandient, te accepteren als een wet of als een verdrag en als zodanig toe te passen wanneer dit aan de orde is. Men spreekt in dit verband van het "toetsingsverbod" van art. 120 van de grondwet. Het wordt de rechter verboden wetten en verdragen te "toetsen", dat wil zeggen op hun strijdigheid met de grondwet te beoordelen. Bij het toetsen kan men een tweetal varianten onderscheiden: formele toetsing en materiële toetsing. In het geval van formele toetsing beoordeelt een rechter of dat wat zich als wet of verdrag aandient wel een wet of verdrag is krachtens de procedure die geldt voor de totstandkoming. Bij materiële toetsing gaat het om de vraag of een wet of verdrag inhoudelijk in strijd is met een bepaling uit de grondwet.

4. Vgl. voor de historische ontwikkeling van de toetsingskwestie: Boekhorst, "Het toetsingsverbod van artikel 120 Nederlandse grondwet getoetst"; Zoethout, "Enkele kanttekeningen bij de Nederlandse discussie over constitutionele toetsing"; Van Poelgeest, "Beperkt toetsingsrecht: discriminatie binnen de grondwet"; Van Poelgeest, "The influence of the American Constitution on Dutch lawyers, judged by the Dutch debate on judicial review"; Van der Burgh, *Opmerkingen over des rechters toetsingsbevoegdheid*; Beelaerts van Blokland, *De onschendbaarheid der wet*.

Beide vormen van toetsing worden door art. 120 van de grondwet verboden.

Het toetsingsverbod is niet vanzelfsprekend, omdat we in Nederland een hiërarchie van wetgeving kennen waarbij de grondwet een hogere plaats inneemt dan de gewone wet, net zoals de parlementaire wet een hogere plaats inneemt dan de verordening van een lagere overheid. Producten van lagere overheden kunnen door de rechter wel worden getoetst op strijdigheid met hogere bepalingen, dus zou de verwachting voor de hand liggen dat we ditzelfde stramen ook kennen in de verhouding wet-grondwet⁵. Waarom dit niet het geval is zal nog uitvoerig aan de orde komen.

Deze verhandeling beoogt vanuit de optiek van een liberale ideologie of, misschien iets minder beladen, vanuit liberaal perspectief, te beoordelen of het toetsingsverbod van art. 120 van de grondwet gehandhaafd moet blijven⁶. Deze vraag is niet geheel zonder praktische relevantie omdat op het ogenblik de discussie over dit onderwerp weer in alle hevigheid is opgelaaid. Het Program van Actie 1989-1993 van het CDA luidt: "Een constitutionele rechter dient de bevoegdheid te krijgen wetten in formele zin te toetsen aan rechtstreeks toepasbare grondrechten zoals die in de Grondwet en verdra-

5. Vgl. Kortmann, *Constitutioneel recht*, p. 333: "Hoewel het constitutionele recht dit nergens met zoveel woorden vastlegt, moet worden aangenomen dat de rechter (en andere ambten) bevoegd zijn wettelijke voorschriften op hun conformiteit met hogere regels te toetsen".

6. De uitdrukkingen "politieke ideologie" en "politieke filosofie" worden in dit verband niet onderscheiden. "Ideologie" wordt hier niet in een pejoratieve betekenis gebruikt, zoals het geval is bij Marx en Mannheim. Vgl. Mannheim, *Ideology & Utopia*, p. 64 e.v. Vgl. voor de geschiedenis van het begrip: "Ideologie" in: *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Joachim Ritter und Karfried Gründer (red.), p. 159 e.v. evenals Cliteur en Loonstra, "Hans Kelsen en de ideologiekritiek".

gen zijn vastgelegd⁷. In het verkiezingsprogramma 1989-1993 van D66 vinden we: "(..) het grondwettelijk verbod van toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet is niet langer verdedigbaar".

Het onderwerp van de constitutionele toetsing staat dus op de politieke agenda. Maar uit deze voorbeelden blijkt tevens dat het toetsingsrecht zich op het eerste gezicht slecht leent voor een benadering vanuit een politiek-ideologische invalshoek, omdat twee in ideologisch opzicht zo verschillende partijen als D66 en CDA op hetzelfde standpunt staan ten aanzien van de toetsingskwestie. En dat het hier geen uitzonderlijke "samenloop van standpunten" betreft kan men ook illustreren aan de hand van andere voorbeelden. De huidige minister van Justitie Hirsch Ballin (CDA) is een verklaard voorstander van het toetsingsrecht⁸, zijn politieke geestverwant H. Franken, voorzitter van het wetenschappelijk instituut van het CDA, echter niet⁹. Ook binnen liberale kring wordt verschillend gedacht over constitutionele toetsing. M.C. Burkens, voormalig lid van de VVD-fractie van de Eerste Kamer, heeft zich in verschillende artikelen

7. Merk trouwens op dat in deze zin reeds wordt gekozen voor een *bepaalde vorm* van toetsing, te weten *geconcentreerde* toetsing, dat wil zeggen een vorm van toetsing door één hoogste rechterlijke instantie. Dit in tegenstelling tot diffuse toetsing, het stelsel dat wij kennen ten aanzien van toetsing van wetten aan verdragen en waarbij elke rechterlijke instantie de toetsing kan verrichten. Deze termen zijn geïntroduceerd door Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, p. 18: "Ich möchte dieses Wort 'diffus' zur Bezeichnung des Gegensatzes gegen ein bei einer einzigen Instanz *konzentriertes* Prüfungsrecht vorschlagen". (In deze verhandeling zal een aantal keren het werk van Carl Schmitt worden aangehaald. Het gaat mij dan telkens om een paar behartigenswaardige dingen die hij heeft gezegd over staatsrechtelijke onderwerpen. De betreuenswaardige ideologische opvattingen van Schmitt - ten gunste van het nationaal-socialisme - staan hier niet ter discussie).

8. Vgl. Hirsch Ballin en Van Houten, "Toetsing van wetgeving: sluitstuk van de democratische rechtsstaat".

9. Franken heeft overigens recentelijk zijn standpunt gewijzigd, althans genuanceerd, in die zijn dat hij voor een gematigde vorm van toetsing kiest. Vgl. daarvoor de (op het moment nog niet openbaar gemaakte) preadviezen voor een bijeenkomst van de staatsrechtskring op 22 maart 1991. Een christen-democratisch standpunt voor toetsing vindt men ook in Klink, *Publieke Gerechtigheid*, p. 216 e.v.

positief uitgelaten over toetsing¹⁰, zijn politieke geestverwant J.M. Polak, lid van het curatorium van de Teldersstichting, meer in kritische zin¹¹.

Toch wordt in dit opstel de toetsingsproblematiek benaderd onder uitdrukkelijke verwijzing naar de ideologische of politiek-filosofische achtergrond van het onderwerp. Daarbij kan men zich dan afvragen of, en zo ja hoe, zoiets te realiseren valt. Wat wordt eigenlijk verstaan onder "een liberale visie" op constitutionele toetsing? Een aantal mogelijkheden dient zich aan. (1) Men zou kunnen onderzoeken hoe het onderwerp constitutionele toetsing in de Nederlandse partij-politieke geschiedenis is behandeld en vervolgens de vraag beantwoorden hoe men in liberale kring hierover gedacht heeft¹². Bij de laatste gelegenheid dat het invoeren van het toetsingsrecht op de politieke agenda stond heeft de VVD zich bij het regeringstandpunt aangesloten en zich tegen een wijziging van art. 120 Gw uitgesproken, zij het dat bij behandeling in de Eerste Kamer slechts een *kleine meerderheid* tegen invoering van het toetsingsrecht pleitte¹³. Een

10. Vgl. Burkens, "Kanttekeningen". In *Beginselen van de democratische rechtsstaat* van Burkens, Kummeling en Vermeulen worden ook de argumenten voor en tegen toetsing behandeld en daar lijkt de balans door te slaan naar een mening tegen toetsing (p. 77 en 78).

11. Vgl. Polak, "Een wijs arrest", p. 555: "Het arrest van de HR inzake de Harmonisatiewet herstelt het evenwicht in ons staatsbestel dat verstoord dreigde te raken door de uitspraak van de Haagse President en door de literatuur die vóór en na die uitspraak aan die visie steun verleende". Vgl. tevens: "De beginselen van de democratische rechtsstaat", p. 37, waar Polak na het opsommen van zijn bedenkingen tegen toetsing schrijft: "Dergelijke vragen doen zich niet voor als vragen van toetsing exclusief zouden moeten worden voorgelegd aan een daarvoor in het leven te roepen Constitutioneel Hof. Daar zou ik minder moeite mee hebben. Maar ik wil wèl eerst de uitwerking zien alvorens mij akkoord te verklaren".

12. Vgl. Koekkoek, "Het raam van hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet".

13. TK 1975-1976, 13872, nr. 6, p. 12 en 13. Voor de behandeling in de Tweede Kamer Hand. II, 1976-1977, p. 1976 en voor de behandeling in de Eerste Kamer Hand I, 1978-1979, p. 1114 en 1115. Vgl. tevens: Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, p. 31.

gedetailleerde bestudering van de partijpolitieke discussie over toetsing is echter van beperkte betekenis. De partijpolitiek wordt immers niet altijd vanuit een consequent doordacht ideologisch perspectief gevoerd. Vaak worden compromissen gezocht; men probeert in een parlementaire democratie het haalbare te realiseren, niet het principieel juiste, waarom het nu juist gaat in een theoretische verhandeling. (2) Een tweede invalshoek waaronder men een liberale benadering zou kunnen onderkennen is te onderzoeken hoe over het onderwerp constitutionele toetsing is geschreven door staatsrechtsgeleerden met een liberale signatuur. Wat hebben Thorbecke, Opzoomer, Buys, Oud, Burkens en Polak over het onderwerp geschreven? In de hierna volgende bladzijden zal uitvoerig worden ingegaan op wat de Nederlandse staatsrechtsgeleerden over toetsing hebben gezegd. Ook deze benadering heeft echter haar beperkingen. Zij is waarschijnlijk iets beter dan de eerste omdat bij een politiek gevoelig vak als staatsrecht de ideologische dimensie nooit geheel ontbreekt, maar een bezwaar is toch dat soms de betreffende staatsrechtsgeleerde het leerstuk van de toetsing op een louter pragmatische wijze behandelt¹⁴. Dat geldt niet voor Thorbecke, maar wel voor Buys en, zij het in iets mindere mate, voor Oud. (3) De tweede benadering dient daarom met een derde te worden gecombineerd. Een derde manier om de "liberale visie" naar voren te halen lijkt de meest interessante, zij het dat ook de twee voorgaande perspectieven nooit geheel mogen ontbreken. Het is een manier waarbij men de politieke filosofie betreft en ingaat op wat door liberale denkers over de verhouding

14. Vgl. over de pragmatische inslag van de Nederlandse staatsrechtswetenschap: Couwenberg, *De omstreden staat*, passim, maar met name pp. 12, 33-35: "Onze staatsrechtelijke ontwikkeling is in het algemeen overwegend bepaald door praktische overwegingen. Dit heeft geleid tot een staatsrechtelijk systeem, dat geen duidelijke samenhang vertoont" (p. 35). Onder de oudere literatuur is interessant: Cornelissen, *Een noodlottig gezichtsbedrog*, p. 3: "De geest van de Nederlandsche staatsrechtsgeleerden en staatslieden en daardoor de geest van ons staatsrecht en van onze staatkunde is, onveranderlijk, een geest van uiterlijken vormendienst gebleven en niet van innerlijke bezinning". Dat men met het begin en dus met de beginselen behoort te beginnen is voor velen een te eenvoudige waarheid, aldus Cornelissen.

van wetgever, rechter en bestuur (de trias politica kortom) en andere centrale leerstukken die met de toetsingskwestie verband houden, gezegd is. Van politieke filosofen mag men tenslotte verwachten dat zij het grote perspectief aanreiken waarin men de toetsingsdiscussie kan plaatsen. Ten aanzien van de politiek-filosofische traditie kan men dan grofweg een tweetal stromingen in het liberalisme onderscheiden en vanuit die twee benaderingen, althans dat is de lijn van dit betoog, komt men tot verschillende standpunten over toetsing. Daarbij is het overigens heel goed mogelijk dat deze twee verschillende manieren van denken invloed hebben gehad in meerdere partij-politieke tradities dan alleen die van de VVD in Nederland. Historisch is dat ook vast te stellen. Liberaal gedachtengoed treffen we niet alleen aan bij de VVD, maar ook bij D66 en de PvdA (vooral in bepaalde geschriften van de Wiardi Beckmann-stichting), ja zelfs, zoals hierna nog uitvoerig aan de orde zal komen, het CDA. In die zin is dit rapport ook niet alleen van belang voor de VVD, maar richt het zich tot een ieder die geïnteresseerd is in het liberale gedachtengoed en de betekenis daarvan voor de algemene begrippen van het staatsrecht. Hoe "oecumenisch" het resultaat uiteindelijk zal uitvallen, zal nog blijken wanneer we zien dat een katholieke hoogleeraar als Duynstee een visie op centralisering van de macht bij de statelijke wetgever blijkt te verdedigen die geheel in de pas loopt met wat hierna als de evolutionistisch-traditionalistische traditie binnen het liberalisme zal worden getypeerd en hetzelfde kan mutatis mutandis gezegd worden van het constitutionalisme van de gereformeerde protestant Herman Dooyeweerd.

Toch zal bij een "ideologische benadering" van een bepaald staatsrechtelijk probleem menigeen een zekere aarzeling voelen¹⁵. Diegenen die bekend zijn met het werk van de Amerikaanse denkers

15. Vgl. over staatsrecht en ideologie het interessante opstel van Couwenberg, "Staatsrecht en ideologie" evenals *De omstreden staat*, p. 36: "Over de relatie tussen staatsleer resp. politieke ideologie en staatsrecht is ook weinig nagedacht".

Daniel Bell en Francis Fukuyama¹⁶ zullen zich zelfs afvragen of in een tijd waarin Oost en West naar elkaar toegroeien en bijna alle Nederlandse politieke partijen naar het centrum dringen¹⁷ een "ideologische" invalshoek nog wel de meest geëigende is. Gaat het hier niet om een anachronisme? Waarschijnlijk minder dan men geneigd is te denken. Weliswaar kunnen we in die zin van een einde van de ideologie spreken dat bepaalde ideologische uitgangspunten niet meer zo gemakkelijk binnen één politieke partij zijn te localiseren (bijvoorbeeld de kritiek van CDA-voorman Brinkman over de omvang van het overheidsapparaat is iets dat men in eerste instantie verwacht zou hebben van een liberaal), maar we moeten ons toch ook realiseren dat in ieder geval in een bepaald opzicht nooit sprake is geweest - en waarschijnlijk zal zijn - van een einde van de ideologie: ten aanzien van de discussie over de aard en omvang van de staats-taak namelijk. Het liberalisme ziet voor de staat een beperkte taak weggelegd, het socialisme een meer uitgebreide. Deze tegenstelling blijft even actueel als enkele decennia geleden en ook veranderingen in het Oostblok zullen de discussie over de omvang van de staats-taak niet doen verstommen, integendeel. Zoals nog zal blijken wordt de kwestie van constitutionele toetsing hier in deze context geplaatst, waarbij vragen aan de orde zullen komen als: is de wetgevende macht onbegrensd? Wat is de juiste verhouding van wetgever en rechter?

Overigens zijn er nog andere redenen om constitutionele toetsing in een bredere context dan de positiefrechtelijke te plaatsen. Eigenlijk gaat het hier niet om een probleem van positief staatrecht, maar om een (rechts)politieke vraag: namelijk die naar de meest wenselijke verhouding tussen de wetgevende en rechterlijke macht. Dat betekent dat vanuit een radicaal waarde vrij wetenschapsbegrip, zoals gehan-

16. Vgl. Bell, *The end of ideology*; Fukuyama, "The end of history?".

17. Vgl. hierover: Couwenberg, "Het centrum is niet langer verdoemd".

teerd door positivisten, een dergelijke vraag niet eens op een wetenschappelijke manier behandeld zou kunnen worden. Die behandeling zou namelijk niets anders kunnen inhouden dan het analyseren van de argumenten die door voor- en tegenstanders van het toetsingsverbod zijn aangevoerd zonder dat de schrijver zelf zich committeert aan een van beide standpunten. Het positivistisch wetenschapsbegrip is echter al lang niet meer dominant en heeft in de rechtswetenschap (in tegenstelling tot de rechtsfilosofie) overigens een bescheiden rol gespeeld¹⁸. Het grootste gedeelte van de juristen heeft zich niet afkerig getoond van het uitspreken van inhoudelijke oordelen over het *ius constituendum*. Duidelijk is overigens dat het bij constitutionele toetsing om een onderwerp gaat waarbij de ideologische of politiek-filosofische achtergrond een grotere rol speelt dan bij verschillende andere staatsrechtelijke onderwerpen. Dat maakt het ook interessant om daarover een verhandeling te schrijven vanuit een ideologische invalshoek, in dit geval de liberale. Wil men een dergelijke kwestie op een bevredigende manier behandelen dan brengt het voorgaande tevens mee dat men verder moet gaan dan wat daarover geschreven is in de positief-staatsrechtelijke literatuur¹⁹. Het is een vraagstuk waarmee we op het terrein komen van de politieke filosofie, politieke ideologie, politicologie en staatstheorie en dat impliceert natuurlijk dat we niet alleen meer in de leer gaan bij juristen²⁰. In dit rapport wordt

18. Vgl. Schmitt, *Verfassungslehre*, p. ix: "Eine bestimmte Auffassung von 'Positivismus' diene dazu, verfassungstheoretische Grundfragen aus dem Staatsrecht in die allgemeine Staatslehre zu verdrängen, wo sie zwischen Staatstheorien im Allgemeinen und philosophischen, historischen und soziologische Angelegenheiten eine unklare Stelle fanden".

19. Waarmee dan tevens gepoogd wordt een bijdrage te leveren aan een meer interdisciplinaire benadering van het staatsrecht. Vgl. hierover: Polak, *Herkennen en erkenning van juristen*, p. 14.

20. Richard Thoma schrijft in *Das Richterliche Prüfungsrecht* (1922) dat wanneer zoveel belangrijke staatsrechtsgeleerden verschillend denken over het onderwerp men er wel vanuit mag gaan dat de beide meningen logisch bewijsbaar zijn en dat "die Lösung des Problems mit Methoden erstrebt werden muss, die aus dem Bereiche logisch-juristischer Beweisbarkeit hinausführen". Te vinden in: Roellecke,

bewust gepoogd het vraagstuk van de constitutionele toetsing ook in deze brede interdisciplinaire context te behandelen.

In het hiernavolgende wordt verdedigd dat constitutionele toetsing een vast en ook logisch bestanddeel is van wat genoemd zal worden de evolutionistisch-traditionalistische traditie binnen het liberalisme²¹. We zullen (1) de evolutionistisch-traditionalistische traditie nader typeren aan de hand van het werk van een drietal auteurs (Gay, Talmon en Hallowell); (2) een overzicht geven van het Nederlandse staatsrechtelijke denken onder verwijzing naar de evolutionistisch-traditionalistische traditie; (3) laten zien hoe toetsing logisch past binnen de evolutionistisch-traditionalistische traditie; (4) een afweging maken van de argumenten die pro en contra het toetsingsverbod zijn gepresenteerd in de Nederlandse staatsrechtelijke doctrine, resulterend in een pleidooi voor afschaffing van art. 120 van de Grondwet²².

Aan een rationalistisch georiënteerd beoordelaar²³ zullen waarschijnlijk de eerste drie punten minder belangrijk toeschijnen. Bij de eerste twee punten gaat het om wat men respectievelijk heeft gedacht in een politiek-filosofische context en in de Nederlandse staatsrechtswetenschap, iets dat voor de rationalist hoogstens van "historisch" belang is, een woord dat in dit verband niet wordt bedoeld als een aanbeveling. Wat geldt voor een dergelijke beoordeling, geldt

Zur Problematik der Höchststrichterlichen Entscheidung, p. 58.

21. De combinatie "traditionalistische traditie" is taalkundig niet fraai, maar theoretisch toch wel toepasselijk

22. Althans dat deel dat betrekking heeft op het toetsingsverbod. Strict genomen zou men natuurlijk moeten spreken van wijziging van art. 120 van de grondwet, want dat verdragen niet aan de grondwet getoetst mogen worden maakt ook deel uit van het toetsingsverbod, zoals geformuleerd in art. 120 Gw.

23. Vgl. over rationalisme: Oakeshott, *Rationalism in politics*, pp. 1-37 en Franco, *The political philosophy of Michael Oakeshott*, p. 107 e.v.

echter ook voor de opzet van deze verhandeling, namelijk dat een bepaald perspectief, in dit geval het traditionalistisch-evolutionistische, reeds voorondersteld is, hetgeen ook blijkt uit de wijze van behandeling van de problematiek²⁴. Kort en goed: voor een aanhanger van het traditionalistisch-evolutionistisch perspectief zou een pleidooi voor een constitutioneel model dat geen enkele verworteling heeft in de Nederlandse staatsrechtelijke traditie, een hopeloze zaak zijn²⁵.

Voor een goed begrip van het hierna volgende betoog is dus van belang dat men niet uit het oog verliest dat het perspectief voortdurend heen en weer schiet tussen de Nederlandse staatsrechtelijke traditie en tot wat genoemd wordt de traditionalistisch-evolutionistische traditie binnen het liberalisme. Van Thorbecke, Opzoomer, Krabbe, Struycken, Kranenburg, Oud, Duynstee, Donner en anderen zal telkens worden gezien of zij verdedigen dat wetgevingsmacht beperkt moet worden geacht en zo ja hoe. Daarbij zal naar voren komen dat de problematiek zich telkens concentreert op een bepaalde visie op:

- (a) de *rechtsstaat* als een staat waarvoor kenmerkend is beperkte wetgevingsmacht, in de Amerikaanse constitutionele traditie aangeduid als *limited government*;
- (b) *democratie* als een besluitvormingsproces waarvoor niet zonder meer kenmerkend is een onbelemmerde doorwerking van de wil van een tijdelijke meerderheid;
- (c) *rechtsbeginselen en grondrechten* als de basis voor elke rechtsorde;

24. Over de tegenstelling tussen historisch en rationalistisch denken: Cassirer, *Symbol, myth and culture*, met name het opstel over Descartes. Vgl. voor de tegenstelling tussen rationalistisch en historisch denken binnen de liberale traditie ook Kukathas, *Hayek on modern liberalism*, p. 20 e.v. (over Hume en Kant).

25. Overigens pretendeert het hierna volgende overzicht van de Nederlandse traditie geen volledigheid. Vgl. voor de nodige aanvullingen met name het Engelstalige artikel van Van Poelgeest.

- (d) *constitutionele toetsing* als een middel om de wetgever binnen de grenzen van zijn bevoegdheid te houden.

Vooraf ten aanzien van de punten b (we kunnen spreken van *constitutionele* democratie) en c (het primaat van de grondrechten) heeft de evolutionistisch-traditionalistische visie interessante inzichten naar voren gebracht die maar zeer ten dele bekend zijn. Zo hoort men wel vaak dat democratie meer is (of zou moeten zijn) dan een onbeperkte doorwerking van de wil van een tijdelijke meerderheid, maar men vindt een dergelijk standpunt zelden goed beargumenteerd. Ook ten aanzien van punt c (rechtsbeginselen en grondrechten) heeft de evolutionistisch-traditionalistische traditie behartigenswaardige inzichten naar voren gebracht. Dat grondrechten en rechtsbeginselen belangrijk zijn, is natuurlijk geen excentriek standpunt. De argumentatie voor het standpunt dat rechtsbeginselen en grondrechten een hogere status hebben dan het recht dat door een tijdelijke wetgever wordt gepositieerd, is echter doorgaans zeer gebrekkig. In de Amerikaanse onafhankelijkheidsverklaring worden bepaalde waarheden gepresenteerd als "self-evident" en veel van de aanhankelijkheidsbetuigingen aan grondrechten en mensenrechten komen met hun beroep op menselijke waardigheid en vrijheid eigenlijk niet uit boven dit soort emotionele evocaties. Het is mede de bedoeling van deze verhandeling te laten zien dat men in de evolutionistisch-traditionalistische traditie binnen het liberalisme een nuchter en rationeel betoog houdt, ter ondersteuning van een standpunt dat wij op gevoelsmatige gronden zo gaarne bereid zijn te omarmen.

2. Twee tradities binnen het liberalisme

Wie vanuit liberaal perspectief een benadering van de toetsingsproblematiek wil entameren zou zeer gebaat zijn bij een homogene traditie. Daarvan is echter, zoals ook bij andere tradities kan worden waargenomen, geen sprake. Men zou kunnen onderscheiden tussen een tweetal stromingen binnen het liberalisme en vanuit die twee

tromingen komt men tot een verschillend oordeel over de wenselijkheid van constitutionele toetsing. We zouden het te maken onderscheid kunnen typeren als een verschil tussen de centralistisch-nationalistische traditie en de evolutionistisch-traditionalistische traditie. We zullen in het hiernavolgende proberen om de tegenstelling tussen deze twee tradities wat nader uit te werken aan de hand van het werk van vier auteurs die bepaalde aspecten van deze tegenstelling hebben geanalyseerd, namelijk P. Gay, J.L. Talmon, J.H. Hallowell en F.A. Hayek. Alle vier deze schrijvers hebben een eigen typologie gepresenteerd, maar hier wordt geprobeerd deze vier typologieën met elkaar in verband te brengen.

(a) Kenmerkend voor de tegenstelling tussen de twee tradities is onder andere een verschil van mening over de mate waarin men aan een centrale instantie macht zou moeten toebedelen om de samenleving te sturen. Op deze manier geformuleerd, is deze vraag natuurlijk betrekkelijk recent, maar de wortels liggen diep. De kwestie van centralisatie is op zijn minst zo oud als Machiavelli²⁶ en Bodin en had vooral in de Franse politieke filosofie van de achttiende eeuw sterk op de voorgrond. Bodin leverde met zijn *Les six livres de la république* (1576) de legitimatie voor het streven van de Franse vorsten naar centralisatie van de overheidsmacht binnen hun territorium²⁷. Door dit proces werden de middeleeuwse machtsverhoudingen afgebroken waarbij allerlei stukken overheidsmacht in privaat bezit waren van steden, standen en gewesten. Tegen deze achtergrond ontwikkelde Bodin het soevereiniteitsbegrip, "de hoogste macht over burgers en onderdanen, die niet aan de wetten gebonden is", en frase die teruggaat op Ulpianus die in de Digesten geschreven had dat de vorst niet gebonden zou zijn aan de wetten: *Princeps*

26. Vgl. over Machiavelli: Van Doorn, *Rede en macht*, p. 103: "De grenzen van de macht liggen slechts in tegenmacht; zelfbegrenzing kent de machtsuitoefening niet" en: "De eis van absolute, gecentraliseerde macht geldt als vanzelfsprekend".

27. Vgl. ook Tromp, *Het einde van de politiek*, p. 53, noot 23.

legibus solutus (D. I, 3, 31)²⁸. Weliswaar achtte Bodin de vorst nog wel gebonden aan het natuurrecht als een goddelijke rechtsorde, maar hij was formeel niet gebonden aan het positieve recht omdat hij daarvan nu juist als de bron moest worden gezien. Hij was de "belichaming van de wet" (*lex animata*). Voordurend beroept Bodin zich in dit verband op het soevereiniteitsbegrip; men kan dat eenvoudig niet anders denken dan als ongelimiteerd. De vorst kan dan ook aan geen enkele hogere macht gebonden zijn, niet aan die van de paus of de keizer, maar ook niet aan die van de standen. De soevereiniteit komt het meest helder tot uitdrukking in de *wetgevende macht*: de bevoegdheid tot rechtsvorming binnen het grondgebied van de staat²⁹.

In de zestiende en zeventiende eeuw werd het proces van centralisering van de macht voortgezet. De steeds verder teruggedrongen positie van de adel en versterking van de koninklijke macht was een proces dat al begonnen was in 1661 met de dood van Mazarin. Lodewijk XIV claimde een absolute uitvoerende, wetgevende en rechtsprekende macht. Gerechtigd werd dit door te verwijzen naar zijn onvoorwaardelijke toewijding aan de publieke zaak en de grote betekenis die hij toekende aan de *raison d'état*. Hij was geen feodale vorst die de macht deelde met andere aristocraten, maar een modern soeverein heerser, iemand die zowel heerser als dienaar van de staat zou zijn.

Voor dit standpunt was een lange rij legitimaties te vinden. Michel de l'Hôpital bijvoorbeeld, door Voltaire, die het proces van centralisering ondersteunde, getypeerd als de "ware filosoof" en een "excellent burger", leerde dat de koning niet onderworpen is aan het recht omdat hij de bron is van datzelfde recht.

28. Vgl. Schmitt, *Politische Theologie*, p. 14; McIlwain, *Constitutionalism, ancient and modern*, p. 41; Bryce, "The Nature of Sovereignty", p. 76 en 84.

29. Vgl. Bryce, "The Nature of Sovereignty", p. 51; Schindler, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, p. 112 e.v.; Prakke, "Het vraagstuk van de soevereiniteit in de democratisch-sociale rechtsstaat", p. 220; Dooyeweerd, *De strijd om het soevereiniteitsbegrip in de moderne rechts- en staatsleer*, p. 5.

De door Bodin onder verwijzing naar het soevereiniteitsconcept getypeerde (en gepropageerde) ontwikkeling werd in de achttiende eeuw voorwerp van een controverse tussen de voorstanders van de *thèse royale* (voor centralisering van de macht bij de koning) en de *thèse nobilitaire* (voor een breideling van de koninklijke macht door de adel). Aanvankelijk werd centralisatie van de macht verdedigd met een beroep op het ordeargument, zoals bijvoorbeeld door Voltaire, die zij het niet de meest interessante *theoretische*, dan toch wel de *bekendste* protagonist van de royalistische traditie was. Alleen een ongedeelde macht zou in staat zijn de orde te handhaven, schrijft hij in *La voix du sage*³⁰ en in zijn *Henriade* dichtte hij over Henri IV: "Comme un roi, comme un père, il vient vous gouverner; Et, plus chrétien que vous, il vient vous pardonner"³¹. Belangrijker dan Voltaire als verdediger van de *thèse royale* was de markies d'Argenson³². In 1739 had Voltaire diens *Considérations sur le gouvernement ancien et présent de la France* gelezen,³³ een boek dat een diepe indruk op hem had gemaakt. "Ik vind al mijn ideeën in uw werk", schreef hij d'Argenson op 8 mei 1739³⁴. En dat was geen vleierij, want Voltaire's politieke filosofie vertoont inderdaad overeenkomst met die van d'Argenson. d'Argenson was ervan overtuigd dat de mens zijn sociale omgeving kan controleren; dat er een wetenschap van de politiek bestaat waarmee de staatsman de politieke werkelijkheid in een gewenste richting kan sturen. De goede staat is een staat die sociale

30. Gay, *Voltaire's politics*, p. 135.

31. Gay, *Voltaire's politics*, p. 100.

32. Vgl. ook Gay, *The party of humanity*, p. 121.

33. d'Argensons werk, geschreven in 1739, circuleerde in manuscriptvorm tot het uiteindelijk werd gedrukt in 1764. Vgl. Cassirer, *The philosophy of the enlightenment*, p. 265.

34. Gay, *Voltaire's politics*, p. 104. Trouwens ook Rousseau was ingenomen met het werk van d'Argenson.

rechtvaardigheid weet te realiseren en dat kan alleen maar lukken wanneer de koninklijke autoriteit niet wordt gefrustreerd door wat men de intermediaire machten noemt van de adel³⁵. Felle kritiek heeft hij dan natuurlijk op het feodale systeem, terwijl hij zich moeite getroost aannemelijk te maken dat absolutisme en despotisme beslist niet vereenzelvigd mogen worden. Vrijheid is gelegen in het ondersteunen van de troon, meent hij, en alleen orde maakt vrijheid legitiem. Hoe paradoxaal het ook moge klinken: democratie is veel meer een bondgenoot van monarchie dan men zou denken en in ieder geval is de aristocratie de ware vijand.

Dit is een uiterst belangrijke ontwikkeling. We zien dat d'Argenson zich niet alleen op het ordeargument beroept, maar dat hij ook al stelt dat alleen een centralistisch georganiseerde macht in staat zal zijn een verlichte politiek te voeren. De adel wordt getypeerd als een frustrerende factor, die de sociale vooruitgang remt en die dientengevolge op een zijspoor dient te worden gerangeerd.

We zullen nog zien dat deze gedachte een hele geschiedenis doormaakt en dat we de nawerking daarvan tot in onze tijd kunnen onderkennen. Vanuit het centralisme van de royalistische traditie is het natuurlijk onwenselijk dat de rechterlijke macht een toetsingsbevoegdheid zou krijgen ten aanzien van de producten van de statelijke wetgever, immers dat doet alleen maar afbreuk aan diens mogelijkheden tot sturing van de samenleving.

De *thèse nobilitaire*, die tegenkrachten tegenover het centrale gezag gerealiseerd wil zien, had echter ook een aantal belangrijke aanhangers: Fénelon, Saint-Simon, Boulainvilliers. Zij allen vielen de *thèse royale* aan als een vorm van absolutisme. De belangrijkste vertegenwoordiger is echter Montesquieu, wiens *L'esprit des lois* gepubliceerd werd toen Voltaire de laatste hand legde aan zijn *Siècle*

35. Gay, *Voltaire's politics*, p. 106. Vgl. hierover tevens: Woldring, *De Franse Revolutie en Cliteur*, "Revolutie en de wortels van de christen-democratie".

de *Louis XIV*³⁶. Montesquieu's boek is voor ons belangrijk als sociologisch tractaat of als politieke verhandeling over vrijheid en autoriteit, maar tijdgenoten zagen het vooral als een verdediging van de *thèse nobilitaire*.

(b) Een tweede typologie die van belang is voor ons onderwerp en die tot op zekere hoogte in het verlengde ligt van de voorgaande, is die van de historicus J.L. Talmon. Talmon onderscheidt tussen twee democratieopvattingen die men kan onderkennen in het verlichtingsdenken: het *liberale* type van democratie en het *totalitaire*. In de eerste opvatting ziet men politiek als een zaak van "trial and error"³⁷ en beziet men politieke systemen als pragmatische uitvindingen van menselijk vernuft en spontaniteit; het totalitair type van democratie daarentegen gelooft in één exclusieve waarheid in de politiek waaraan al het individueel streven ondergeschikt dient te worden gemaakt³⁸. Kenmerkend voor het totalitair democratisch denken is ook een geloof in een messianistische vervulling van de geschiedenis. Wat Talmon dan wil laten zien is hoe de sociale idealen van de achttiende eeuw zich langzaam transformeerden in die van de totalitaire democratie.

Dit is in zekere zin een voortzetting van ontwikkelingen die we hiervoor beschreven hebben gezien als de tegenstelling tussen de royalistische en de aristocratische traditie. Tocqueville, en na hem talloze anderen, heeft erop gewezen dat de Franse Revolutionairen nolens volens het centraliseringproject voortzetten dat reeds tijdens het ancien regime was begonnen. Ook hier heeft men geen belangstelling voor de vraag hoe de macht van de staat beperkt kan wor-

36. Gay, *Voltaire's politics*, p. 115.

37. Kristol spreekt in dit verband van een tegenstelling tussen eschatologisch en "melioristic" denken. Vgl. *Reflections of a neo-conservative*, p. 150.

38. Vgl. ook: Berlin, *Four essays on liberty*, p. 118 e.v.

den, maar slechts in wiens handen deze zich bevindt. "De quelque manière qu'une nation veuille, il suffit qu'elle veuille; toutes les formes sont bonnes et sa volonté est toujours la loi suprême", aldus Sieyès³⁹. Carl Schmitt heeft in zijn *Politische Theologie* erop gewezen dat veel van de begrippen van de moderne staatsleer gesecculariseerde theologische begrippen zijn⁴⁰. Het is inderdaad interessant te zien hoe de aanhangers van de royalistische traditie de absolute soevereiniteit van de vorst typeren in termen die vroeger voorbehouden waren aan de absolute heersersmacht van God. Rousseau schrijft aan de soeverein alle eigenschappen toe die de zestiende en zeventiende eeuwse theologen en filosofen aan God toeschreven, aldus Schmitt⁴¹.

Talmon beschrijft het proces van centralisering en radicalisering in al zijn huiveringwekkende consequenties, waarbij hij het totalitaire van de Franse Revolutie contrasteert met de veel gematigder Amerikaanse Revolutie⁴². De Franse Revolutie was de eerste totale revolutie, totaal in de zin dat "it had left no sphere and no aspect of human existence untouched", terwijl de Amerikaanse Revolutie niet meer dan een politieke verandering betekende⁴³. Het democratiebegrip van de Fransen bevat geen enkele referentie naar het recht van oppositie, individuele vrijheden of tolerantie⁴⁴. Niets kon Robespierre en Saint

39. Citaat bij: Schmitt, *Politische Theologie*, p. 62.

40. Vgl. Schmitt, *Politische Theologie*, p. 49 e.v.

41. Schmitt, *Politische Theologie*, p. 60.

42. Door sommigen dan ook geen revolutie genoemd: "revolution is much too strong a word for that confused and confusing operation", aldus Vidal. Vgl. Vidal, *Armageddon?*, p. 3.

43. Vgl. hierover ook Kristol, "The american revolution as a successful revolution", in: *Reflections of a neoconservative*, p. 78 e.v. Een helder overzicht van de idealen van Madison, Hamilton en Jay vindt men in: Morris, *Witness at the creation*.

44. Talmon, *The origins of totalitarian democracy*, p. 113.

Just zo irriteren als het opeisen van een vermeend recht van oppositie. Verzet tegen een "tyrannie" is een heilig recht, maar wat voor betekenis zou een recht van verzet kunnen hebben in het regime van de vrijheid? Het uitoefenen van de souvereiniteit wordt hier niet gezien als het vinden van een balans tussen meerdere belangen maar "it connotes the endorsement of a truth, self-identification on the part of those who exercise sovereignty with some general interest which is presumed to be the fountain of all identical individual interests"⁴⁵. Vandaar ook dat men zo gekant is tegen politieke partijen; die worden immers gezien als vertegenwoordigende lichamen voor slechts belangen van bepaalde groeperingen die de verwerkelijking van het ene absolute collectieve ideaal in de weg staan. Typerend is de houding van de Franse filosoof Holbach tegenover het Engelse politieke systeem. Engeland achtte hij het meest ongelukkig land dat hij kende: ogenschijnlijk vrij, maar in feite slechter af dan de oosterse despotische regimes. Het Engelse politieke systeem achtte hij een "hotchpotch of irrational habits, obsolete customs, incongruous laws, with no system, and no guiding principle", aldus de parafrasering van Talmon. Bij Talmon treedt daarmee niet alleen een pleidooi voor beperkte wetgevingsmacht op de voorgrond maar ook een pleidooi voor die traditie binnen het verlichtingsdenken die de nadruk legt op "trial and error", voorzichtige veranderingen, evolutie en respect voor tradities, kortom, wat we zouden kunnen noemen, de traditionalistisch-evolutionistische traditie, door Hayek vooral in verband gebracht met de Anglo-Schotse Verlichting, in tegenstelling tot de Franse.

(c) Een derde typologie die van belang is voor ons onderwerp stamt van de Amerikaanse politieke filosoof J.H. Hallowell. Ook Hallowell gaat uitvoerig in op de hier geschetste problematiek van de grenzen die men aan de staatsmacht zou moeten stellen. Hij beschrijft een analoog proces als door Talmon geanalyseerd is, zij het dan dat

45. Talmon, *The origins of totalitarian democracy*, p. 44.

Hallowell voornamelijk de soevereiniteitstheorieën binnen de Duitse staatsrechtswetenschap op de korrel neemt, zoals die van Jellinek en Kelsen⁴⁶. Hallowell's werk is ook vooral daarom van belang omdat hij uitdrukkelijk spreekt van een tweetal tradities binnen het *liberalisme*, waarbij hij dan, net als Talmon, een pleidooi houdt voor een liberalisme dat vasthoudt aan een beperking van de overheidsmacht. Zijn *The decline of liberalism as an ideology* is voornamelijk een pleidooi voor één van die twee tradities en een waarschuwing dat het liberalisme ten gronde kan gaan wanneer men de andere traditie laat overheersen. Vooral keert hij zich tegen het waardenrelativisme dat kenmerkend is voor een bepaalde stroming binnen het liberalisme, zoals te onderkennen in het werk van de Oostenrijkse rechtsfilosoof Hans Kelsen. Zonder een "geloof", een hechte ideologie, is het liberalisme een lege huls, een façade, maar dit geloof is het liberalisme in de loop van haar historische ontwikkeling helaas komen te ontvallen⁴⁷. De morele grondslag waarop de beweging aanvankelijk rustte was de overtuiging van de absolute waarde van de menselijke persoonlijkheid. De mens werd gezien als een uniek wezen met een van God gegeven ziel die ook ieder menselijk wezen potentieel een waardig subject voor verlossing maakte⁴⁸. Individuen mag men niet als louter middelen zien, maar alleen als doelen in zichzelf. Het was hierop dat het concept van de individuele autonomie gebaseerd was en op grond van deze ethische premissen eiste het liberalisme vrijheid van elke vorm van dwang anders dan die van de wet. Belangrijk is ook

46. Vgl. voor Jellinek diens *Allgemeine Staatslehre*, p. 768 e.v. Kelsen komt nog aan de orde.

47. Vgl. Hallowell, recensie van: "The purpose of American politics", door Hans J. Morgenthau, in: *American political science review*, 55 (1961), p. 378: "A nation that has begun to question the purpose of its existence is already in grave danger of disintegration and much of the current debate in America about the purpose of American politics reveals more about the anxiety of our times than it does about our 'purpose'".

dat men die wet niet zag als een louter dwanginstrument maar als gericht op bepaalde eeuwige objectieve waarheden en waarden die door middel van de rede ontdekt zouden kunnen worden⁴⁹. Zolang het liberalisme nu maar vasthield aan het feit dat de wet bepaalde inhoudelijke waarden moet dienen bleef het een levensvatbare ideologie, maar het zijn de neo-kantianen en neo-hegelianen geweest die dit geloof hebben ondergraven. De doodssteek aan dat integrale liberalisme is echter toegebracht door het positivisme: het recht werd niet meer als bindend ervaren op grond van zijn inhoud, maar op grond van zijn vorm. Daarbij tenderde het positivisme ertoe alle waardeoordelen te zien als uitdrukkingen van gevoel en individuele voorkeur⁵⁰.

Wanneer ieder geloof in het bestaan van een normatieve grondslag voor het recht verloren is gegaan dan blijven er maar twee mogelijkheden over: of men maakt de soevereïn absoluut (tyrannie) of men maakt het individu absoluut (anarchie).

Significant is hoe de Duitse staatsrechtsgeleerde G. Jellinek tegen de beperkingen van de staatsmacht aankeek, aldus Hallowell. Voor Jellinek is de staatsmacht in beginsel onbeperkt⁵¹. De theorie van Jellinek biedt dan ook geen enkele waarborg tegen despotisme. Het wordt mogelijk om door middel van een daad van wetgeving despotisme te introduceren, precies zoals ook gebeurd is door de Rijksdag in 1933. "The legislature can legislate itself out of existence and adopt a new procedure that dispenses with its services"⁵².

Voor Hallowell geldt echter dat democratische regering altijd constitutionele regering moet zijn, zoals al door de founding fathers werd

49. Het gaat hier dus eigenlijk om het materieel wetsbegrip. Vgl. hierover: Böhntlingk, *Het wetsbegrip in Nederland*.

50. Hallowell, *The moral foundation of democracy*, p. 76.

51. Hallowell, *The decline of liberalism as an ideology*, p. 79.

52. Hallowell, *The decline of liberalism as an ideology*, p. 82.

ingezien⁵³. Het gaat om de noodzaak van "restraints upon will, whether it be the will of one, of a few, or of many". Een ongebreidelde meerderheidsregering leidt regelrecht naar tyrannie, zoals John Adams al zei⁵⁴.

3. Concluderende opmerkingen over de twee tradities

We zien dat Gay, Talmon en Hallowell tot op grote hoogte een identieke ontwikkeling beschrijven. Een aantal kernpunten kunnen we in hun typering onderscheiden:

(1) Centraal staat bij hen de kwestie van de centralisering van de macht in handen van de staat en het feit dat deze centraliseringstendens vanaf het begin ook een tegenontwikkeling heeft opgeroepen. In de zestiende en zeventiende eeuw wezen de voorstanders van de aristocratische traditie op de noodzaak van een beperking van de overheidsmacht, iets waarvan de aanhangers van de royalistische traditie niets wilden weten. Allereerst niet op grond van het ordeargument, iets dat natuurlijk al zo oud is als Bodin en Hobbes, maar, en dat is interessanter, reeds bij d'Argenson kunnen we vinden dat ook een sterke centrale macht nodig wordt geacht om een verlichte politiek te kunnen doorvoeren. Datzelfde vinden we in een geradicali-

53. Dit leert ook John Gray. Hoe men het ook wendt of keert, voorwaarde voor een liberale staat zijn de "Constitutional constraints on the arbitrary exercise of governmental authority. (...) in the absence of some such constitutional constraints on government, we cannot speak of the existence of a liberal order". Vgl. Gray, *Liberalism*, p. 74. De vraag is dan natuurlijk wel waarom judicial review niet vanaf het begin in de Amerikaanse constitutie een verankering vond. Over die kwestie is een lange pennestrijd gevoerd in de Amerikaanse literatuur waarbij sommigen verdedigen dat judicial review in de bedoeling van de founding fathers lag en anderen dat juist bestrijden. Vgl. Melone en Mace, *Judicial review and American democracy*, p. 67 e.v.

54. Vgl. Hallowell, *The moral foundation of democracy*, p. 21: "If democracy means nothing more than giving the majority of the people what they want, then it is practically indistinguishable from fascism"; Friedrich, *Limited government*, p. 10: "If democracy is interpreted in the continental European tradition as the 'rule of the majority', exercised in accordance with the 'will of the majority', democracy can be and often has been quite as tyrannical".

seerde vorm bij de Franse Revolutionairen, zoals Talmon beschreven heeft, zo sterk zelfs dat hij spreekt van een totalitair democratische traditie. De gedachte van *limited government*, beperking van de staatsmacht door bijvoorbeeld een moeilijk te wijzigen constitutie wordt hier met kracht van de hand gewezen. De verdienste van Hallowell is het vervolg van de centraliseringstendens te hebben beschreven in het Duitse staatsdenken van Jellinek tot Kelsen, waar men evenmin iets wil weten van beperkingen van de staatsmacht.

(2) Een tweede kwestie die naast centralisering en beperking van de overheidsmacht te onderkennen valt is wat we zouden kunnen noemen een tegenstelling tussen rationalisme en traditionalisme. De rationalisten willen zoveel mogelijk afrekenen met oude gewoontes, tradities, manieren van doen, ten gunste van de inzichten van het individueel denkend intellect. Hayek zou spreken (overigens in nauwe aansluiting bij Talmon en Hallowell) van een tegenstelling tussen de constructivistische en een niet-constructivistische traditie binnen het liberalisme. De constructivistische gaat terug op Descartes en werd verder ontwikkeld door onder andere Rousseau, Bentham, Austin en Hobbes⁵⁵. Al deze denkers gaan ervan uit dat de nuttige menselijke instituties het product zijn - en ook moeten zijn - van bewuste schepping door de rede. Er schuilt een ideaal van de cartesische *esprit géométrique* achter⁵⁶, het vertrouwen dat de menselijke geest door een deductief proces vanuit een paar onbetwifelbare premissen tot de waarheid kan komen⁵⁷. Hayek betwist dat. Hij spreekt van een

55. Hayek, "Kinds of rationalism", p. 85.

56. Hayek ziet Descartes als de grondlegger van het rationalisme, de Franse verlichtingsfilosofen als degenen die dit populariseerden en toepasten op de problemen van mens en samenleving. Deze interpretatie is natuurlijk betwistbaar. Vgl. daarover Gay's, *The party of humanity*, met name p. 279 e.v. Hayek baseert zich op: G. de Ruggiero, *History of European liberalism* (1927) en Alfred Espinas, *Descartes et la morale*, 2 vols (1925). Vgl. Hayek, *Law, legislation and liberty*, p. 146.

57. Hayek, "The legal and political philosophy of David Hume", p. 107.

kolossale aanmatiging met betrekking tot de menselijke mogelijkheden, een compleet verkeerde opvatting van de mens en de wereld waarin wij leven. Het cruciale feit van de condition humaine is nu juist dat we niet alwetend zijn. Dat constructivisme is ook fruikend omdat het tot de vernietiging van alle morele waarden leidt en uitgaat van de overtuiging dat het individu zich alleen moet laten leiden door zijn persoonlijke waardering van bepaalde zaken. De econoom Keynes heeft het op een heldere, en voor Hayek afschrikwekkende wijze beschreven, toen deze zei dat hij en zijn vrienden wilden afrekenen met alle traditionele waarden en normen⁵⁸. De constructivistische traditie heeft (helaas) diepe sporen nagelaten in de politieke filosofie en in de rechtsfilosofie. Het constructivisme probeert bijvoorbeeld het ontstaan van de staat te verklaren als een bewuste keuze. En daarbij past ook dat men het recht ziet als een bewuste creatie van de staat⁵⁹. Vooral bij de rechtspositivisten treft men dat streven aan, zegt Hayek. De cultus van de rede werd bij hen het meest radicaal doorgevoerd⁶⁰. Rechtspositivisten gaan uit van de anthropomorfistische visie dat alle regels van recht en rechtvaardigheid berusten op keuze en ontwerp. Men verklaart trots de metafysische concepties van het natuurrechtsdenken achter zich te hebben gelaten⁶¹.

Hieruit blijkt wel dat Hayek bepaald niet positief staat tegenover het rechtspositivisme. Hij erkent wel dat zich ook binnen het natuurrechtsdenken constructivistische tendenzen hebben voorgedaan (het rationalistisch natuurrecht bijvoorbeeld), maar het is toch doorgaans binnen het rechtspositivisme dat de fouten van het constructivisme het meest schrijnend aan het licht komen.

58. J.M. Keynes, *Two memoirs: Dr. Melchior; a defeated enemy and My Early Beliefs*, London 1949, aangehaald bij: Hayek, "Kinds of rationalism", p. 90.

59. Hayek, "Kinds of rationalism", p. 86.

60. Hayek, "Kinds of rationalism", p. 94.

61. Hayek, "The results of human action but not of human design", p. 101.

Tegenover de constructivistische traditie staat de non-constructivistische waartoe Hayek zichzelf rekent. Deze is bescheidener en minder ambitieus. Men erkent dat we in ons denken, zowel als in ons handelen geleid worden door regels waarvan we ons vaak niet bewust zijn.

Klassieke voorlopers zijn Hume, Tocqueville, Lord Acton, Bernard Mandeville, Adam Smith, Edmund Burke, Dugald Stewart, Adam Ferguson en in de oudheid Aristoteles en Cicero. Onder de moderne denkers wordt het non-constructivisme het meest overtuigend verdedigd door Karl Popper. Wat Popper "kritisch rationalisme" noemt, zegt Hayek, komt in grote lijnen overeen met wat hij non-constructivisme noemt⁶².

62. Hayek, "Kinds of rationalism", p. 94; "The legal and political philosophy of David Hume", p. 108.

DEEL II.

De gedachtenvorming over toetsing in Nederland

Hierbij zullen we het laten voor wat betreft een voorlopige typering van de twee tradities en overgaan tot de Nederlandse staatsrechtelijke traditie. Ten aanzien van het toetsingsvraagstuk is opvallend dat het grootste deel van de Nederlandse staatsrechtsgeleerden zich niet afwijzend heeft opgesteld tegenover het vigerende systeem, dat wil zeggen een systeem dat toetsing verbiedt voorzover het gaat om de producten van de parlementaire wetgever.

Een tweede feit dat opvalt, is dat in de Nederlandse staatsrechtsdoctrine een benadering van het vraagstuk naar voren is gekomen die wordt gekenmerkt door een overwegend pragmatische houding¹. Karakteristiek zijn de woorden van Buys. "Ik erken gaarne", schrijft hij, "dat de beslissing mij vrij onverschillig laat en dat ik met even weinig bekommerning het toetsingsrecht aan den rechter opgedragen als aan hem onthouden zoude zien"². Er moet echter een keuze worden gemaakt en daarom probeert Buys dan maar tot een pragmatische afweging van de argumenten voor en tegen te komen.

Zijn houding is paradigmatisch voor veel van de Nederlandse staatsrechtelijke discussie over ons onderwerp. Slechts weinig Nederlandse staatsrechtsgeleerden hebben de toetsingskwestie herkend als een vraag die van theoretisch groot belang is. De enkele uitzonderingen op die regel (Opzoomer, Thorbecke) zijn daarom des te opval-

-
1. Vgl. over de pragmatisch-positivistische oriëntatie van de Nederlandse staatsrechtswetenschap ook: Couwenberg, "Staatstheorie in Nederland - terugglans en actuele situatie", pp. 81-89.
 2. Buys, *De Grondwet*, p. 636.

lender³. Thorbecke, een vurig voorstander van het toetsingsrecht, acht het absoluut in strijd met het systeem van ons constitutioneel recht om het aan de rechter te onthouden en behandelt de toetsingskwestie als iets van grote principiële betekenis.

We zullen nu een typering van de Nederlandse staatsrechtelijke traditie geven in relatie tot de toetsingskwestie. Telkens wordt daarbij geprobeerd te onderzoeken of het standpunt over toetsing samenhang vertoont met fundamentele ideologische of politiek filosofische uitgangspunten, zoals hiervoor geschetst. Daarbij onderscheiden we een periode vóór de Tweede Wereldoorlog van een periode na de Tweede Wereldoorlog. Over de gehele periode kunnen we zes fasen in de toetsingsdiscussie onderscheiden: (1) het constitutionalisme van Thorbecke en Opzoomer; (2) de pragmatische fase met Beelaerts van Blokland, Buys en Van der Burgh; (3) de herleving van het ideologisch debat met Krabbe en Struycken; (4) de erosie van het ideologisch debat met De Savornin Lohman, Oud en Kranenburg; (5) de aandacht voor democratie en verdragstoetsing met Van den Bergh en Jeukens; (6) de tegenstelling tussen beperkte en onbeperkte wetgevingsmacht bij Duynstee, Dooyeweerd, Prakke en Kortmann.

Het vraagstuk van de constitutionele toetsing wordt in deze verhandeling dus besproken onder verwijzing naar de *doctrine*, niet naar de *jurisprudentie*. Dat is voor de behandeling van een juridisch leerstuk wellicht wat uitzonderlijk, maar gezien het feit dat over de kwestie niet zo veel interessante jurisprudentie te vinden is toch weer begrijpelijk⁴. De interpretatie in het staatsrecht vindt in Nederland, net als bij het volkenrecht, maar ten dele plaats door de rechter, iets dat natuur-

3. Vgl. Opzoomer, die, zich aansluitend bij Thorbecke, in zijn beoordeling van de grondwet niet in "zoogenaamd natuurrecht" wil vervallen en evenmin zich wil wagen aan "afgetrokken bespiegeling". Vgl. Opzoomer, *In welken geest is onze grondwet te verstaan?*, p. 1.

4. Vgl. HR 28 februari 1868, W 2995; HR 9 januari 1924, W 11173; HR 26 november 1912, W 9419; HR 27 januari 1961, NJ 1963, 248. Interessant is verder de jurisprudentie over de verhouding wetgever rechter die wordt geanalyseerd in het artikel van Polak en Polak, "Faux pas ou pas de deux?".

lijk anders is in landen waarbij de rechter belast is met constitutionele rechtspraak⁵.

1. De constitutionalisten: Thorbecke en Opzoomer

Wanneer we *Thorbecke* moeten indelen in één van de twee tradities die we binnen het liberalisme kunnen onderscheiden, de rationalistische (bij Hayek constructivistische) en de traditionalistisch-evolutionistische (bij Hayek non-constructivistische) is het duidelijk waar hij staat. Dat hij tot de laatste gerekend moet worden bleek al vroeg in zijn intellectuele ontwikkeling. Nadat hij sinds 1820 langs verschillende Duitse universiteiten was getrokken schreef hij in 1824 als afsluiting van zijn verblijf een klein geschrift *Über das Wesen und den organischen Charakter der Geschichte. Ein Schreiben an Herrn Hofrath K.F. Eichhorn in Göttingen*, waaruit zijn affiniteit met het historisme van Von Savigny en de Historische School naar voren komt⁶. Typerend is verder ook zijn verzet tegen de natuurrechtelijke beschouwingen van J. Kinker, zoals die naar voren kwamen in *Bedenkingen aangaande het Regt van den Staat*, een anoniem geschrift in 1825, geschreven naar aanleiding van Kinker's *Brieven over het Natuurregt*⁷.

5. Vgl. Van der Pot-Donner, *Handboek*, bewerkt door Prakke/De Reede/Van Wissen, p. 181.

6. Vgl. Van den Brink, "Johan Rudolf Thorbecke", p. 264; Kranenburg, "Thorbecke en onze staatsrechtsvorming", p. 75.

7. Vgl. ook Opzoomers reeds aangehaalde opmerking dat hij en Thorbecke een afkeer hebben van "zoogenaamd natuurrecht" en "afgetrokken bespiegeling" in: Opzoomer, *In welken geest hebben wij onze grondwet te verstaan?*, p. 1. en vgl. verder Van der List en Groenveld, "Tussen vrijheid en democratie", p. 122; Kranenburg, "Thorbecke en onze staatsrechtsvorming", p. 82. Van der List merkt in zijn portret van Thorbecke in *Intermediair* op dat Thorbeckes *Über das Wesen* geen liberale indruk maakt (p. 49). "Zowel in toonzetting als inhoud wijkt *Über das Wesen* in ieder geval sterk af van de werken van Britse en Franse liberalen uit de achttiende en negentiende eeuw". Thorbecke is immers door Burke beïnvloed en meer historicist dan rationalist. Dat is terecht. In "Tussen vrijheid en democratie" werd echter de traditie van het negentiende eeuwse liberalisme (dat wil zeggen een liberalisme dat meer historicistisch denkt, aandacht besteedt aan

Men kan erover discussiëren of men de denkbeelden van Thorbecke liberaal of conservatief wenst te noemen, ze sluiten in ieder geval aan bij de traditionalistisch-evolutionistische traditie. Terecht schrijven Van der List en Groenveld dat Thorbecke (evenals Van Hogendorp) niet erg enthousiast was over de Franse revolutie en het individualistisch liberalisme van Locke en de zijnen. De geestelijke wortels van Thorbecke lagen in de Romantiek, in de organische en historicistische denkwijze, met een voorliefde voor "geruste en zachte ordeningen" (Van Hogendorp) en afkeer van revolutie⁸.

Wat Thorbecke niet tot de rationalistisch-individualistische traditie rekenen het liberalisme behoort, maar tot de traditionalistisch-evolutionistische is reeds gebleken. Hij maakte in de periode 1820-1824 kennis met de gedachtenwereld van de Romantiek, de Historische School en de idealistische filosofie die in het Duitsland van de vorige eeuw opgang maakte. Al snel werd Thorbecke een aanhanger van de organische geschiedbeschouwing die zich tegen het rationalisme van de Verlichting keerde en waarbij men de geschiedenis zag als een levend organisme dat men uit zichzelf zou moeten verklaren⁹. Voor een volk zou er geen andere bron van recht zijn dan het bestaande recht zelf, iets dat alleen maar gekend kan worden uit het verleden in de natie¹⁰. De Franse Revolutie, door Arblaster "the climax of

traditie en geleidelijke en organische groei en zich verzette tegen de Franse Revolutie) nu juist binnengehaald als het ware liberalisme. Naar mijn idee vertegenwoordigt Thorbecke in Nederland de traditie die door Hayek als non-constructivistisch liberalisme wordt verdedigd en die ook in *Liberalisme, een speurtocht naar de filosofische grondslagen* het uitgangspunt vormt.

Van der List en Groenveld, "Tussen vrijheid en democratie", p. 125.

Te Velde in: Manger, *Thorbecke en de historie*, p. iv. Vgl. tevens Poortinga, *De scheiding*, p. 39 e.v.

Manger, *Thorbecke en de historie*, p. 18.

liberalism¹¹ genoemd, ontlokte aan Thorbecke niet overwegend positieve reacties. Allereerst natuurlijk omdat hier sprake was van een radicale breuk met het verleden (althans de poging daartoe), maar ook omdat het "kunstige raderwerk" van privileges en vrijheden dat zelfs de absolute vorst nog in zijn macht beperkt had nu in één klap aan de kant werd geschoven zodat de staatsmacht eigenlijk alleen maar grenzeloos werd, een voorwerp van zorg voor, zoals we hebben gezien, de aristocratische traditie tegenover het royalisme¹².

Hieruit blijkt dat Thorbecke tot de evolutionistisch-traditionalistische richting binnen het liberalisme behoort. We hebben gezien hoe deze werd voorgestaan door Talmon en Hayek en (wat interessanter is wellicht) hij bekritiseert ook de Franse Revolutie omdat deze in feite de weg vrijmaakt voor een onbeperkte staatsmacht.

Sommigen, waarvan de bekendste ongetwijfeld S. van Houten is geweest, menen dan ook dat men Thorbecke geen liberaal zou moeten noemen¹³. Volgens Van Houten is een liberaal iemand die de consequente doorwerking van het beginsel van de volkssoevereiniteit bepleit en dat kan men van Thorbecke niet zeggen. Zoals Manger terecht opmerkt (en Hayek en Talmon zouden hebben gedaan) is dat echter een onjuist criterium om van liberalisme te spreken; het voor liberalen zo kenmerkende perspectief van de rechtsstaat wordt op die manier geen recht gedaan. Wat men zou kunnen zeggen is dat Thorbecke geen aanhanger is van het Franse rationalistische liberalisme, van het "jacobinisme met de democratie van het getal", zoals Manger zegt¹⁴. Evenmin is hij echter een conservatief van het starre soort. Wat wij hem zouden kunnen noemen, zegt Manger, is een

11. Arblaster, *The rise and decline of western liberalism*, p. 203 e.v.

12. Vgl. het commentaar van Te Velde in: Manger, *Thorbecke en de historie*, p. viii.

13. Vgl. S. van Houten, *De staatsleer van mr. J.R. Thorbecke (1872)* en het commentaar van Manger, *Thorbecke en de historie*, p. 10.

14. Manger, *Thorbecke en de historie*, p. 30.

conservatief in de toryaanse zin, want het geheel heeft zijn eigen karakter en eigen rechten; aan het wezenlijke in de traditie kan niet worden getornd¹⁵. Zo komt Manger ertoe Thorbecke (overigens net als Groen van Prinsterer) als een leerling van Burke te presenteren: "beide zijn zij scherpe tegenstanders der Fransch-revolutionaire begrippen. Van Burke stammen ze beide af"¹⁶. Aangezien echter liberalisme niet noodzakelijk samenvalt met het abstracte Franse liberalisme kan men Thorbecke ook een liberaal noemen. Manger spreekt van Duits liberalisme, omdat het wortelt in het conservatisme van de Restauratietijd, een stelling waarbij wel enige kanttekeningen geplaatst zouden kunnen worden, maar dat behoeft ons op dit moment niet bezig te houden¹⁷.

Thorbecke had grote bezwaren tegen de redactie van het artikel waarin het toetsingsverbod was neergelegd. De zinssnede "de wetten zijn onschendbaar" is ongelukkig, schrijft hij: "Een nieuwe spreuk, waarvoor ieder als voor een gesloten deur zal blijven staan"¹⁸. De wet dient haar "licht in zichzelf te hebben" en niet af te hangen van een "Gouvernementsmemorie", maar daarvan is in dit geval geen sprake.

Thorbecke heeft echter ook theoretische bezwaren tegen het toetsingsverbod en daarin komen zijn politiek-filosofische uitgangspunten duidelijk tot uitdrukking. Wanneer het de bedoeling zou zijn geweest van de "phrase een schild te maken voor eene wet tegen de Grondwet" dan heeft hij daartegen de grootste bedenkingen. Hij noemt er drie: (1) Men zou de eenheid der wetgeving verbreken. (2) De grondwet zou ophouden grondwet te zijn. (3) De gewone wet-

15. Manger, *Thorbecke en de historie*, p. 31.

16. Manger, *Thorbecke en de historie*, p. 81.

17. Manger, *Thorbecke en de historie*, p. 141.

18. Thorbecke, *Bijdrage*, p. 60.

gever, die zijn bestaan en zijn recht enkel uit de grondwet ontleent, zou boven de grondwet komen te staan¹⁹.

Dit kan eenvoudig de bedoeling niet zijn, meent Thorbecke. De wet staat tot de grondwet, als de plaatselijke of provinciale verordening tot de wet. En net zo min als de plaatselijke verordening het recht mag krenken dat een burger aan de wet ontleent, zo mag de wet het recht krenken dat een burger aan de grondwet ontleent²⁰. Gebeurt dat wel, dan moet de burger bij de rechter recht kunnen vragen en krijgen²¹.

Hieruit blijkt dus dat Thorbecke uitgaat van een hiërarchische verhouding in die zin dat de grondwet boven de wet staat (1) en ook dat hij daaraan de consequentie verbindt dat de rechter de wet kan toetsen aan de grondwet (2).

Eén jaar na de invoering van het toetsingsverbod in de grondwet wijdde *W.A.C. de Jonge*, referendaris bij het departement van Justitie, daaraan een beschouwing in *Themis*. Het oordeel over de grondwettigheid der wetten moet ergens in hoogste ressort genomen worden, schrijft hij. Legt men dat oordeel bij de wetgevende macht dan is deze in zekere zin rechter in eigen zaak: de wetgevende macht is in het systeem van onze grondwet rechter én partij²². "De wetgevende magt is onbegrensd, en kan op geene wettige wijze aan eene getrouwe opvolging der Grondwet gehouden worden", aldus de Jonge geheel in de lijn van Thorbecke en, zoals we nog zullen zien, Opzoomer²³.

19. Thorbecke, *Bijdrage*, p. 61.

20. Thorbecke, *Bijdrage*, p. 63.

21. Thorbecke, *Bijdrage*, p. 63.

22. De Jonge, "De wetten zijn onschendbaar", p. 361.

23. De Jonge, "De wetten zijn onschendbaar", p. 361.

In de traditie van Thorbecke moeten we ook de "links liberaal" C.W. Opzoomer plaatsen²⁴. Diens politiek-filosofische en constitutionele ideeën zijn uitgewerkt in zijn *Politische bijdragen* (drie delen, Leiden en Amsterdam 1848/1849), *Staatsrechtelijk onderzoek* (Amsterdam 1854) en *De grenzen der staatsmacht* (Amsterdam 1873).

In *De grenzen der staatsmacht* bekleedt Opzoomer een genuanceerde tussenpositie tussen diegenen die van geen enkele staatsinmenging willen weten en diegenen die zich al te gemakkelijk op dit pad begeven. Hij vraagt zich af of de vrees voor de "dwingelandij der meerderheid" gegrond is, of de "macht van het getal" altijd moet beslissen²⁵. "Wie zou aan een vergadering, groot of klein, de taak willen opdragen, om bij meerderheid van stemmen uit te maken, wat waar, wat schoon, wat recht en goed is?"²⁶. Men zou kunnen stellen dat de geest der meerderheid alleen op die terreinen de doorslag mag geven, "waarin het der wetgeving en der regeering in het geheel past te handelen, m.a.w. die inderdaad binnen den kring harer bemoeiing liggen"²⁷. Nadat hij dan het standpunt van de aanhangers van de voorgedijstaat (die pleiten voor onbeperkte staatsinmenging) en van de rechtsstaat (die pleiten voor minimale staatsinmenging) heeft behandeld, bepleit hij een tussenstandpunt dat daarop neerkomt dat de staat voorwaarden moet scheppen voor de verwerkelijking van de burgers. De staat moet niet proberen om mensen te dwingen gelukkiger en volmaakter te worden, maar hen wel in de gelegenheid stellen het op eigen kracht te worden. Helpen, de weg banen, het

24. Kop, "Opzoomer", p. 218: "Politiek gezien was Opzoomer omstreeks 1848 - naar huidige begrippen - links liberaal". Vgl. ook de inleiding van Van Dooren tot *Cornelis Opzoomer, Het wezen der kennis*, p. 11 die Opzoomer het prototype van de geëngageerde liberaal noemt, die overal een principiële geluid liet horen, dat echter nooit extreem was.

25. Opzoomer, *De grenzen der staatsmacht*, p. 1.

26. Opzoomer, *De grenzen der staatsmacht*, p. 1.

27. Opzoomer, *De grenzen der staatsmacht*, p. 2.

doel aanwijzen mag, niet naar het doel toedrijven²⁸. Opzoomer wil zoveel mogelijk telkens vanuit de ervaring vaststellen welke overheid-sinterventie gewenst is. Uitgangspunt is dat de staat beschermer is, zoals de aanhangers van de nachtwakersstaat naar voren brengen, maar andere activiteiten zijn mogelijk, mits gewenst op grond van het principe dat het ware volksbelang moet worden gediend.

Het standpunt van Opzoomer over toetsing vinden we in zijn commentaar op art. 11 van de wet Algemene Bepalingen. Dat artikel luidt: "De regter moet volgens de wet regt spreken; hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordeelen". Het rechtsbeginsel dat hier wordt uitgesproken is heel eenvoudig, schrijft Opzoomer. De rechter moet de wet toepassen. Dat wil zeggen dat hij de bijzondere gevallen, die aan zijn beslissing worden onderworpen, onder de algemene regel moet brengen, die door de wetgevende macht is gegeven²⁹. Wat hij in ieder geval niet mag doen is die regel aan eigen inzicht toetsen en daarvan laten afhangen of hij de wet al of niet zal toepassen³⁰.

Hierbij gaat het overigens om een regel die geldt voor de *beroepspraktijk* van de rechter. Als mens heeft de rechter natuurlijk een oordeel over de wet. Hij mag dat oordeel ook openlijk bekend maken, schrijft Opzoomer. Maar hij mag daarvan niet laten afhangen of hij de wet toepast³¹. Het is van belang dit eerst te stellen alvorens die bekende passage van Opzoomer te citeren: "Geheel onverschillig blijft het dus voor den regter, of de wet goed of slecht, billijk of onbillijk, aan het algemeene belang voordeelig of schadelijk is. Het moet hem

28. Opzoomer, *De grenzen der staatsmacht*, p. 64. Vgl. tevens: Van Dooren, *O.c.*, p. 29.

29. Opzoomer, *Aanteekening*, 1ste dr., p. 63.

30. Opzoomer, *Aanteekening*, 1ste dr., p. 63.

31. Opzoomer, *Aanteekening*, 1ste dr., p. 63.

genoeg zijn, dat het een wet is³². Deze passage klinkt wat kategorisch, maar men moet haar lezen in het licht van wat daarboven staat.

Hoewel dit duidt in de richting van een strenge binding van de rechter aan de wet, valt op dat Opzoomer in een bepaald opzicht de rechter meer vrijheid toekent dan de heersende doctrine doet: namelijk ten aanzien van de toetsingskwestie. Opzoomer concludeert vanuit de woorden "innerlijke waarde of billijkheid der wet" (door hem gecon- trasteerd met de uiterlijke waarde, de vorm) dat de vraag of iets een wet is door de rechter beantwoord zal moeten worden. En daarbij kan men dan twee vragen onderscheiden: (1) is de wet uitgegaan van de bevoegde macht?; (2) zijn de vormen die de grondwet voor- schrijft voor de totstandkoming van een wet in acht zijn genomen?³³. Alleen wanneer deze vragen bevestigend beantwoord kunnen worden hebben we te maken met een wet³⁴. Zodra de wetgevende macht de grenzen te buiten zou treden die haar door de grondwet zijn aan- gewezen houdt zij op de bevoegde macht te zijn.

In de vierde druk (1884) van zijn Aanteekening preciseert hij zijn standpunt. Inmiddels is het proefschrift van Beelaerts van Blokland over toetsing verschenen (waarover hierna meer) en met name tegen diens toetsingsvijandig standpunt neemt hij stelling. Opzoomer haalt een aantal interessante dingen naar voren. Allereerst benadrukt hij dat de rechter die de inhoud van een voorschrift, dat zich als wet aan hem voordoet, aan de grondwet toetst, slechts onderzoekt of het wel een wet is³⁵. Dit is een aanvulling ten opzichte van het standpunt dat hij ook al in 1848 had geventileerd omdat Opzoomer hiermee

2. Opzoomer, *Aanteekening*, 1ste dr., p. 64.

3. Opzoomer, *Aanteekening*, 1ste dr., p. 65.

4. Opzoomer, *Aanteekening*, 1ste dr., p. 64.

5. Opzoomer, *Aanteekening*, 4e dr., p. 194.

aangeeft dat het onderscheid tussen formele en materiële toetsing voor hem niet speelt: het één ligt in het verlengde van het ander. Hij vraagt ook hoe men aan het onderscheid komt. In de wet is het niet te vinden³⁶. De rechter moet dan ook naar zijn overtuiging zowel de vorm alsook de inhoud van de wet onderzoeken om te weten of het een wet is³⁷.

Dit is een fundamentele zaak die veel van Opzoomers opmerkingen over toetsing verklaart. Net als de klassieke natuurrechtsleer uitging van het feit dat onrechtvaardig recht eenvoudigweg geen recht is (*lex injusta non est lex*)³⁸, stelt hij: een wet met een inhoud die niet grondwettig is, is geen wet. Heeft de rechter echter eenmaal vastgesteld dat de wet niet ongrondwettig is dan staat het hem *niet* vrij de inhoud van de wet te beoordelen ("dan ligt de beoordeling van haren inhoud geheel buiten hem")³⁹ op strijd met het algemeen belang of met de regels van de billijkheid⁴⁰. De laatste manier van beoordelen noemt Opzoomer "het toetsen aan eigen inzicht"⁴¹.

De nuance die Opzoomer hier aanbrengt is in de verdere discussie vaak verloren gegaan. In de latere discussie zullen we vaak zien dat deze twee manieren van beoordeling worden geïdentificeerd: elke

36. Opzoomer, *Aanteekening*, 4e dr., p. 209.

37. Opzoomer, *Aanteekening*, 4e dr., p. 209.

38. Vgl. over deze frase: Finnis, *Natural law and natural rights*, p. 363 die aangeeft dat belangrijke natuurrechtsleraren deze positie met de nodige voorzichtigheid hebben ingenomen.

39. Opzoomer, *Aanteekening*, 4e dr., p. 194.

40. Opzoomer, *Aanteekening*, 4e dr., p. 194.

41. Vgl. ook Krabbe die hetzelfde onderscheid maakt als Opzoomer. In een commentaar op dezelfde wet AB die het aan de rechter verbiedt de innerlijke waarde van de wet te beoordelen, zegt hij dat de rechter inderdaad niet *naar eigen inzicht* mag toetsen, maar dat het hem wel mogelijk zou moeten zijn aan een objectieve norm te toetsen (Krabbe, *De "innerlijke waarde" der wet*, p. 2).

van materiële toetsing wordt dan gekwalificeerd als een "politiekwestie" - iets waarvan de rechter zich zou hebben te onthouden. Zijn (sinds het Amerikaans realisme)⁴² kennelijk tegenwoordig zo doordrongen geraakt van het persoonlijke, in het bijzonder eke, van elke inhoudelijke beoordeling dat we ons eenvoudig niet voor kunnen stellen dat zo iets op een terughoudende manier oort⁴³.

ndat Opzoomer - in tegenstelling tot sommige van zijn tijdgenoten velen van onze generatie - kennelijk van mening is dat het de rechter mogelijk is te oordelen over constitutionaliteit van een zonder in de beoordeling van de innerlijke waarde en billijkheid een wet te treden, kan hij ook het argument tegen toetsing erpen dat daardoor rechters zouden ontaarden in wetgevers. Dit ar bestaat volstrekt niet, aldus Opzoomer. Een rechter die beslist een wetgever buiten de kring van zijn grondwettige bevoegdheid treden wordt daardoor niet zelf tot wetgever⁴⁴. Ook leidt dit niet achterlijke willekeur, zoals de tegenstanders van toetsing menen. kan het willekeur genoemd worden dat de rechter de grondwet

J.C. Gray beschrijft in zijn *The Nature and Sources of the Law*, p. 171 "how the character of the judge and the cast of his mind must affect the operation, and what a different shape the thought when reproduced in the mind of the judge may have from that which it bore in the mind of the law-giver". Stel nu eens, schrijft Gray, dat rechter Marshall een vurig democraat zou zijn geweest en geen federalist. En stel nu eens dat hij niet een hekel had gehad aan Thomas Jefferson, maar deze juist had gemogen. Hoe anders zou het recht zijn dan geweest vaaronder we nu leven! Vgl. Gray, *O.c.*, p. 226. Vgl. tevens *O.c.*, p. 253: "Among the causes which led to the decision in *Swift v. Tyson*, the chief seems to have been the character and position of Judge Story".

/vgl. het klassieke pleidooi voor "restraint" van Thayer, "The origin and scope of the American doctrine of constitutional law" en de opmerkingen van Melone en Place, *Judicial review and American democracy*, p. 76 e.v.

toepast? Het is juist de wetgever die willekeurig handelt, immers, hij gaat zijn bevoegdheid te buiten⁴⁵.

Ook het argument van de tegenstanders van toetsing dat daardoor het evenwicht dat de grondwet tussen de verschillende staatsmachten heeft gesteld verbroken wordt, verwerpt hij. Integendeel, dat evenwicht wordt juist gehandhaafd. De grondwet bepaalt juist binnen welke grenzen de wetgever wetten mag maken. En wanneer de rechter "wetten" moet toepassen kan het niet anders of hij moet eerst uitmaken of hij met een wet te maken heeft.

Uit het primaat van de grondwet trekt Opzoomer de naar zijn smaak logische conclusie dat aan de rechter een toetsingsrecht moet toekomen. Immers, wanneer de grondwet de wetgever niet meer bindt, is het een gewone wet geworden die men net zo goed kan afschaffen. De wetgever is dan de almachtige onbeperkte heerser geworden. Hij heeft dan een almacht, zoals die in het Britse stelsel aan het parlement wordt toegekend⁴⁶.

2. Beoordeling van het constitutionalistisch standpunt

Het standpunt van Opzoomer geeft aanleiding tot een paar opmerkingen:

(1) Opvallend is wanneer men zijn argumentatie met die van latere commentatoren vergelijkt dat Opzoomer op zeer scherpzinnige wijze een aantal theoretische kwesties over toetsing aansnijdt. Deze zijn weliswaar in de Amerikaanse constitutionele theorie aan de orde geweest (waar men - om begrijpelijke redenen - een diepgravender theorievorming over rechterlijke toetsing kan onderkennen) maar niet in Nederland.

45. Opzoomer, *Aanteekening*, 4e dr., p. 197.

46. Opzoomer, *Aanteekening*, 4e dr., p. 198.

Het is een wonderlijke, en misschien ook wel enigszins treurige, zaak te moeten vaststellen dat de toetsingsdiscussie op het theoretisch terrein niet veel diepgravender zou worden gevoerd dan wat Opzoomer hier reeds over aanvoerde⁴⁷. De afgelopen decennia wordt de toetsingsdiscussie veel gevoerd in het licht van de slechte kwaliteit van wetgeving, een dimensie waaraan Opzoomer natuurlijk nog geen aandacht geeft. Maar op theoretisch niveau vinden we de gedachtenwisseling bij hem eigenlijk al zeer fundamenteel gevoerd. Opmerkelijk daarbij is ook dat zijn standpunt in die zin onbegrepen blijft dat bij latere auteurs zijn argument dat een wet die inhoudelijk inconstitutieel is geen wet genoemd kan worden, niet weersproken wordt. Opzoomer verdedigde in Nederland het klassieke standpunt van Mr. Justice Field in *Norton v. Shelby County* (118 U.S. 425, 442 (1886)) dat "an unconstitutional law is not a law"⁴⁸, een standpunt dat in het Duitse taalgebied werd vertolkt door Rudolf von Gneist. Von Gneist schrijft in *Soll der Richter auch über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz verfassungsmässig zu Stande gekommen?* (1863): "Der Richter hat als Richter lediglich das bestehende Recht, wie es in den Quellen desselben enthalten ist, nach seiner gewissenhaften Überzeugung zur Anwendung zu bringen, und insofern ist er bloss Diener des Rechtsgesetzes". Dat lijkt alles zeer terughoudend ten aanzien van toetsing, immers, toetsing wordt doorgaans geassocieerd met een voortvarende "judex viator". Von Gneist voegt echter toe: "aber natürlich nur Diener eines gültigen Rechtsgesetzes. Um daher den Inhalt der Quellen des Rechts zur Anwendung zu bringen, muss er vor allem darüber sich vergewissern, dass das, was er als Rechtsquelle behandelt, eine wahre, somit eine gültige Rechtsquelle ist"⁴⁹.

47. Zo ook: Zoethout, "Enkele kanttekeningen bij de Nederlandse discussie over constitutionele toetsing", p. 285.

48. Geciteerd bij: Prakke, *Toetsing in het publiekrecht*, p. 58. Vgl. over Amerikaanse invloed op Opzoomer: Van Poelgeest, "The influence", p. 142. *O.c.*, p. 46.

49. Citaat bij: Roellecke, *Zur Problematik der Höchststrichterlichen Entscheidung*, p. 25.

(2) Tevens kunnen we uit het commentaar van Opzoomer afleiden dat iemands opvattingen over toetsing nauw samenhangen met zijn andere opvattingen, zoals die over interpretatie. Een commentator is nooit voor of tegen toetsing zonder meer, maar altijd voor toetsing in combinatie met andere standpunten. Zo verdedigt Opzoomer bijvoorbeeld constitutionele toetsing, maar duidelijk op een manier waarop aan de rechter geen vrijbrief wordt gegeven naar redelijkheid en billijkheid over de inhoud van een wet te oordelen. Van groot belang is natuurlijk ook *hoe* iemand toetsing eventueel georganiseerd wil zien: diffuus, geconcentreerd, door een rechter die marginaal toetst, een rechter die volledig toetst, vooraf, achteraf etc. etc. Door allerlei clausuleringen op die laatste terreinen kan een radicaal standpunt ten aanzien van toetsing weer verregaand gemitigeerd worden en dat is ook wat we kunnen onderkennen bij Opzoomer, die weliswaar het toetsingsrecht erkent maar aangeeft dat de rechter daarvan alleen op een objectiverende manier gebruik mag maken⁵⁰.

3. Voorstanders van de heersende leer op pragmatische gronden: Beelaerts van Blokland, Buys en Van der Burgh

Een tweede groep van auteurs die we kunnen onderscheiden treedt op de voorgrond in de tweede helft van de negentiende eeuw. Deze onderscheidt zich niet alleen door een positieve houding tegenover het vigerend systeem (dus met toetsingsverbod), maar ook door de pragmatische inslag van argumenteren, iets dat hen natuurlijk minder interessant maakt voor ons omdat wij hier vooral belang hechten aan de brede politiek-filosofische context waarin de toetsingsdiscussie

50. Vgl. hierover: Glazer, "Should judges administer social services?", waarop een krachtig "nee" volgt, een lijn die in aansluiting bij eerdere publicaties van Glazer over dit onderwerp (Glazer, "Towards an imperial judiciary") wordt voortgezet bij: Kurland, "Government by Judiciary". Een bestrijding van Glazer in: Miller, "Judicial activism and American constitutionalism: some notes and reflections", een verdediging bij Graglia, "Judicial activism: even on the right, it's wrong". Vgl. verder Cliteur, "Democratie en constitutionele toetsing" en idem "An Appeal from the people drunk to the people sober".

eplaatst kan worden. Terwijl Opzoomer en Thorbecke zich op grond van enige belangrijke constitutionele bezwaren uitspreken vóór toetsing, vinden we bij Beelaerts van Blokland, Buys en Van der Burgh een inventarisatie van verschillende argumenten waarvan men het voor en tegen afweegt, om tenslotte tot een pleidooi voor het heersende stelsel te komen.

De heersende leer werd verdedigd in een uitermate elegant enelder proefschrift over constitutionele toetsing (door Buys zelfs "roortreffelijk" genoemd)⁵¹, geschreven door *G.J.T. Beelaerts van Blokland*. In een goed leesbaar betoog analyseert de schrijver de voornaamste argumenten voor en tegen constitutionele toetsing, resulterend in een pleidooi contra.

In tegenstelling tot Thorbecke heeft Beelaerts van Blokland geen bezwaren tegen de redactie van het toetsingsverbod ("De wetten zijn onschendbaar"). Het woord "onschendbaar" komt verschillende keren voor in ons staatsrecht. In de Staatsregeling van 1798 leest men bijvoorbeeld: "Iedere burger is onschendbaar in zijne woning". Ook spreekt men van de onschendbaarheid van de koning, van het erfgeheim etc.⁵². Onschendbaar is hetgeen niet aangetast mag worden, hetgeen heilig (*sacrosanctus*) moet blijven, aldus Beelaerts van Blokland⁵³.

Op een drietal punten laat Beelaerts van Blokland nieuw licht schijnen over de toetsingskwestie. Het is allereerst het logische punt dat Opzoomer al aansneet: de vraag of men het toetsen kan vermijden (1); als tweede de verhouding van het toetsingsverbod tot de riasleer, iets dat nog niet eerder zo prominent in de discussie naar

1. Buys, *De Grondwet*, p. 638. Vgl. over hem ook: Van Poelgeest, "The influence", p. 143-144.

2. Beelaerts van Blokland, *De onschendbaarheid*, p. 193.

3. Beelaerts van Blokland, *De onschendbaarheid*, p. 194.

voren was gebracht (2); als derde een argument over de beste waarborgen voor de kwaliteit van wetgeving (3).

(1) Een van de belangrijkste punten van zijn proefschrift is misschien wel dat Beelaerts van Blokland de handschoen oppakt die Opzoomer de tegenstanders van toetsing had toegeworpen: het punt of de tegenstanders van toetsing het primaat van de grondwet wel eerbiedigen. Omdat Beelaerts van Blokland de grondwet wel degelijk een wet van hogere orde acht dan de gewone wet intrigeert hem dit verwijt. De vraag of de rechter ongrondwettige wetten moet toepassen is echter verkeerd gesteld, meent Beelaerts van Blokland⁵⁴. Het is namelijk juist betwist of de rechter ooit wel tot het besluit mag komen dat een wet ongrondwettig is. De voorstanders van het toetsingsrecht gaan eigenlijk al uit van de ongrondwettigheid van de wet, maar daarmee slaan zij een stap over. Natuurlijk mag de wet niet in strijd zijn met de grondwet, maar de vraag is: wie moet dat beoordelen, de wetgever of de rechter?⁵⁵.

De voorstanders van toetsing zeggen telkens dat de rechter geen wetten mag toepassen die in strijd zijn met de grondwet. Ja, zegt Beelaerts van Blokland, maar hoe komt de rechter ertoe om die strijdigheid te constateren? Toch door onderzoek, mag men hopen. Wel, juist dat onderzoek staat hem niet vrij; hij kan dus nooit tot de overtuiging komen dat er strijd aanwezig is; voor hem zijn alle wetten grondwettig⁵⁶. De passage waarin Beelaerts van Blokland de redenering van Opzoomer op de korrel neemt, waarin deze constitutionele toetsing verdedigt, is zo aardig dat we haar in extenso zullen overnemen:

54. Beelaerts van Blokland, *De onschendbaarheid*, p. 48.

55. Beelaerts van Blokland, *De onschendbaarheid*, p. 49.

56. Beelaerts van Blokland, *De onschendbaarheid*, p. 74.

Dat de leer van Mr. Opzoomer inderdaad onhoudbaar is, blijkt misschien het duidelijkst, zoo men haar een oogenblik aanneemt. Gesteld een rechter, door nauwgezet plichtsbesef gedreven, meent geen ander stuk als wet te mogen toepassen dan een zoodanig welks inhoud hij grondwettig acht. Hij zet zich neder om dit te onderzoeken. De uitkomst van dit onderzoek kan zijn óf ten gunste óf ten nadeele der grondwettigheid van het stuk. Neem eens aan, dat de rechter tot de overtuiging komt: het stuk is grondwettig, het is eene wet, dan blijkt hem tevens: de wijze waarop ik die overtuiging verkregen heb, is ongeoorloofd, onwettig, strijdig nl. met art. 11 Alg. Bep. Dat stuk immers was dan *vóór* mijn onderzoek even goed eene wet als daarna. Ik heb dus gehandeld in strijd met de leer van Mr. Opzoomer: "de inhoud der wet mag niet door den rechter worden beoordeeld"; ik heb in strijd met art. 11 Alg. Bep. de innerlijke waarde der wet onderzocht. - Men zou de leer van Mr. Opzoomer kunnen vergelijken met die van den knaap, wiens vader verboden heeft appelen te eten. Hij ziet eene vrucht die uiterlijk volmaakt op een appel gelijk en zegt: "Zeker, appelen mag ik niet eten, doch wel iedere *andere* vrucht. Nu heeft deze vrucht wel den vorm en de geur eens appels, doch of het werkelijk een appel is, kan eerst uit den smaak blijken: een appel zonder appelsmaak is geen appel. Ik moet deze vrucht dus even proeven, haar aan mijn smaak toetsen, om ten volle verzekerd te zijn dat ik werkelijk een appel - dien ik niet eten mag - voor mij heb". Zou de vader met deze redeneering genoegen nemen?"⁵⁷.

Deze redenering brengt Beelaerts van Blokland ook in geding tegen de stelling dat de rechter die zweert dat hij de grondwet zal naleven eedbreuk pleegt wanneer hij een wet toepast die naar zijn overtuiging met de grondwet strijdt⁵⁸. Opnieuw geldt: om een wet

57. Beelaerts van Blokland, *De onschendbaarheid*, p. 182.

58. Beelaerts van Blokland, *De onschendbaarheid*, p. 104.

ongrondwettig te noemen is het nodig dat de rechter eerst aan de grondwet toetst; en dat is hem ontzegd⁵⁹.

(2) Een tweede kwestie die van belang is in het boek van Beelaerts van Blokland heeft betrekking op zijn opvattingen over de triasleer. De triasleer wordt vaak aangehaald als een argument tegen toetsing, immers, een toetsende rechter zou, zo luidt de redenering van de tegenstanders van toetsing, op de stoel van de wetgever gaan zitten, hetgeen in het licht van de idealen van de trias niet wenselijk is.

Beelaerts van Blokland benadert de verhouding toetsing/trias op een wat onconventionele manier. Een van de stokpaardjes van Beelaerts van Blokland is zijn *verwerping* van de triasleer. Hij vindt dat de triasleer geen richtsnoer kan bieden voor de kwestie van constitutionele toetsing, want de theorie moet in het algemeen worden verworpen⁶⁰. Nergens is de leer verwerkelijk. Hij verwerpt de leer onder andere omdat hij de afzonderlijke elementen van de trias niet als gelijkwaardig aan elkaar beschouwt. De rechter staat voor hem onder de wetgevende macht. Wanneer men dan ook aan de rechter het toetsingsrecht zou toedelen dan keert men de natuurlijke verhoudingen om en vergunt men het aan een lagere macht te vernietigen wat een hogere vaststelde⁶¹. Deze ongelijkwaardigheid van rechter en wetgever rechtvaardigt hij door te stellen dat de wetgever de wil van de staat uitdrukt: het gemeen overleg van vorst en volks-

59. Beelaerts van Blokland, *De onschendbaarheid*, p. 106. Vgl. over deze problematiek ook: Von Gneist, "Soll der Richter auch über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz verfassungsmässig zu stande gekommen?".

60. Beelaerts van Blokland, *De onschendbaarheid*, p. 10. Dat de trias zowel een argument voor als tegen toetsing kan opleveren vinden we later ook bij Struycken verdedigd. Vgl. Struycken, *Het staatsrecht*, p. 111: Het Amerikaanse systeem is in overeenstemming met de trias voorzover de rechterlijke macht volledig zelfstandig is tegenover de wetgevende macht, het Europese systeem voorzover men duidelijk stelt dat de wetgevende macht alleen de bevoegdheid heeft tot het uitvaardigen van universele regels.

61. Beelaerts van Blokland, *De onschendbaarheid*, p. 62/111.

vertegenwoordiging. De rechter is echter een onderdeel van het staatsgezag, een staatsorgaan dat geroepen is de staatswil toe te passen⁶². "De wetgever is de hoogste macht en daarom is zijne wilsuiting aan geene verwerping onderhevig"⁶³.

Overigens, zelfs wanneer men vanuit de trias-leer zou redeneren en uitgaan van de gelijkwaardigheid van de verschillende machten, dan zou toetsing nóg verwerpelijk zijn, want het plaatst de rechterlijke macht dan boven de wetgevende⁶⁴. Slechts op één manier zou men het toetsingsrecht kunnen laten rijmen met de trias-leer, en dat is wanneer men aan elk van de drie machten toe zou staan over het wettige en grondwettige van daden van de andere machten te oordelen⁶⁵.

Ook vinden we bij Beelaerts van Blokland de gedachte - iets dat eigenlijk nauw samenhangt met het voorgaande - dat door het toekennen van het toetsingsrecht aan de rechter deze te grote macht zou krijgen. Het zou de wetgever onder de macht van de rechter plaatsen⁶⁶.

Verder is ook de onpartijdigheid en onafhankelijkheid die kenmerkend behoort te zijn voor de rechter in het geding. Alles wordt ingericht om te bewerkstelligen dat de rechter onpartijdig is. Wanneer men de rechter echter toestaat zich met politiek in te laten - en daarop komt het toekennen van toetsingsrecht toch wel neer - dan betekent het dat de onpartijdigheid in gevaar komt. Met enig gevoel voor dramatiek schrijft Beelaerts van Blokland zelfs dat de rechters zo een staat in de staat zullen gaan vormen. Het ontbreekt hen nog

62. Beelaerts van Blokland, *De onschendbaarheid*, p. 63.

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

64. Beelaerts van Blokland, *De onschendbaarheid*, p. 101.

65. Beelaerts van Blokland, *De onschendbaarheid*, p. 101.

66. Beelaerts van Blokland, *De onschendbaarheid*, p. 64.

maar aan de vergunning om belastingen te gaan heffen teneinde in hun inkomen te voorzien⁶⁷.

(3) Beelaerts van Blokland beroept zich verder op doelmatigheidsgronden, die hier slechts summier behoeven te worden vermeld. Zo zegt hij dat dwalen menselijk is. Maar hoe kan men die kans op dwaling het beste vermijden, hoe krijgt men de grootste kans op een juiste beslissing? Dat is toch wanneer men de toetsing over de grondwettigheid der wetten overlaat aan de wetgever en niet aan de rechter⁶⁸. De wetgeving wordt immers zeer lang en zorgvuldig voorbereid bij allerlei instanties. Zou de rechter dan beter toegerust zijn om die grondwettigheid te beoordelen? Het is bijna ondenkbaar dat in al die stadia die een wet doorloopt, de eventuele ongrondwettigheid niet zou blijken⁶⁹.

Uit dat laatste punt blijkt wel hoeveel veranderd is sinds de tweede helft van de negentiende eeuw. Met name dat gedeelte van het proefschrift heeft dan ook niet zoveel betekenis meer. De kracht ligt in wat hij schrijft over de logische kwestie, namelijk of de rechter toetsing kan vermijden. Daarbij kan men zich overigens wel afvragen of de redenering van Beelaerts van Blokland overtuigend is. Resumeerend stelt hij dat Opzoomer, die beweerd had dat een rechter om een wet toe te kunnen passen toch allereerst moet vaststellen of het wel een wet *is*, ongelijk heeft, omdat nu juist dat onderzoek hem niet vrijstaat. De rechter kan eenvoudigweg niet tot de vaststelling komen dat een wet in strijd is met de grondwet, omdat dit alleen maar vastgesteld kan worden als resultaat van een toetsingshandeling en die mag hij nu juist niet verrichten.

67. Beelaerts van Blokland, *De onschendbaarheid*, p. 72.

68. Beelaerts van Blokland, *De onschendbaarheid*, p. 77.

69. Beelaerts van Blokland, *De onschendbaarheid*, p. 80.

Naar mijn smaak is het betoog van Beelaerts van Blokland op dit punt deels gekunsteld en deels gebaseerd op een aantal onjuiste premissen. Om met dat laatste te beginnen: Beelaerts van Blokland doet voorkomen of het toetsen een activiteit is die zich afspeelt in de tijd, met een duidelijk markeerbaar begin en eind. Zou dat het geval zijn, dan kan een rechter op een bepaald moment een bewuste beslissing nemen of hij die toetsing wel of niet zal gaan verrichten en zich eventueel door een grondwettelijk verbod tot het verrichten van die toetsing laten afhouden. In werkelijkheid is er echter niet zo'n duidelijk markeerbaar beginpunt van de toetsingshandeling. Soms zal een rechter spontaan, in één ondeelbaar ogenblik, de overtuiging krijgen dat een wet in strijd is met de grondwet. In het geval van de Harmonisatiewet dringt zich aan een ieder die van de casus kennisneemt onmiddellijk de strijd met het rechtszekerheidsbeginsel op. Aan de rechter, en trouwens aan elk redelijk wezen, een dergelijke ervaring ontzeggen lijkt wel zeer onpraktisch.

Ook de beschouwingen van Beelaerts van Blokland over de almacht van de rechter zou men overdreven kunnen noemen. M.J.P. Verburgh heeft de veranderde rol die de rechter speelt in het hedendaagse constitutioneel proces tot uitdrukking gebracht met de term "wetgever-plaatsvervanger"⁷⁰. Deze term, die eigenlijk precies aangeeft waarvoor Beelaerts van Blokland bevreesd is, is door het beeldend karakter nogal gemakkelijk overgenomen door allerlei commentatoren, maar men kan zich afvragen of dat zo gelukkig is. Terecht schrijft Stroink dat in de meeste gevallen waarin de wetgever het liet of laat afweten het weliswaar zeer belangrijke maatschappelijke problemen betreft, maar dat het, gelet op het totale overheidsoptreden, toch om kwantitatief weinig zaken gaat. Bovendien is de term misleidend omdat in gevallen waarin een beroep op de rechter wordt gedaan slechts uitspraak wordt gedaan in één casus, ook al heeft die een

70. Vgl. NJB, 1977, p. 508.

zekere doorwerking⁷¹. Wat met de term "wetgever-plaatsvervanger" verder ten onrechte wordt gesuggereerd is dat de rechter zijn werk op dezelfde manier verricht als de wetgever, hetgeen natuurlijk niet het geval is. Wanneer toetsing van een lagere regeling aan een hogere tot onverbindendverklaring leidt, staat voorop dat het zo niet kan, maar hoe het wel moet staat weer ter discretie van de wetgever, aldus Stroink⁷². Kortom, de rechter treedt op als "grenswachter" (Stroink)⁷³. Hij waakt ervoor dat de wetgever blijft binnen de rechtsstatelijke randvoorwaarden en hij treedt dus niet zelf op als wetgever. Ook de invoering van constitutionele toetsing leidt, naar het oordeel van Stroink, niet tot een rechtersstaat in de zin dat de rechter boven de wetgever zou komen te staan. Hij bewaakt slechts de rechtsstatelijke randvoorwaarden, een taak waarvoor hij toch uitstekend geschikt is, zou men zeggen⁷⁴.

71. Stroink, *De plaats*, p. 11. Interessant in dit verband ook: Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, p. 18 e.v.

72. Stroink, *De plaats*, p. 11. Zeer interessant en genuanceerd over deze kwestie zijn ook nog altijd de opvattingen van Blackstone en Von Savigny. Vgl. wat Blackstone schrijft over rechters: zij zijn de "depositories of the law", de levende oracels, die alle zaken moeten beslissen. Op dat moment komen we op een punt dat een Amerikaans realist zou overstappen op het sterk accentueren van de betekenis van de rechter die immers deze belangrijke taak op zijn schouders heeft rusten. Maar dat is niet de benadering van Blackstone en de common law traditie. De rechter heeft gezworen om niet naar zijn eigen privé-oordeel zaken te beslissen ("not according to his own private judgement"), maar volgens de wetten en gewoontes van het land. Hij is niet aangesteld om een nieuwe wet vast te stellen, maar om de oude te onderhouden en uit te leggen. Vgl. Blackstone, *The Sovereignty of Law*, p. 50 en 51. Vgl. voor Von Savigny diens *System*, I, p. 211 waarin hij zich keert tegen de opvatting dat elke uitleg uit de aard der zaak een soort van wetgeving is. Dat is onjuist, schrijft hij. Een dergelijke visie is het resultaat van de opvattingen van enkele moderne schrijvers waarbij de uitleg niet binnen de grenzen van een zuivere, ware opvatting blijft, maar een soort van "Umbildung des Gesetzes" zou inhouden.

73. Stroink, *De plaats*, p. 11.

74. Stroink, *De plaats*, p. 25.

We hebben hiervoor reeds gesteld dat een zeker pragmatisme kenmerkend is voor de benadering van Beelaerts van Blokland. Geen belangrijke theoretische uitgangspunten, zoals bij Opzoomer en Thorbecke, maar een rustig afwegen van pro en contra van het toetsingsverbod, waarbij voor hem dan de argumenten pro de doorslag geven.

Zo wordt het toetsingsvraagstuk ook beoordeeld door *J.T. Buys*. Wat bedoelt men met die zonderlinge uitdrukking: "De wetten zijn onschendbaar", vraagt Buys? Thorbecke had de onduidelijkheid van de frase al bekritiseerd - en terecht⁷⁵. Die onduidelijkheid geldt overigens zowel de redactie van het artikel alsook de aanvankelijke toelichting daarop door de regering. Gelukkig zijn er echter verdere geschriften tussen regering en kamer gewisseld waaruit bleek wat men voor ogen had met het artikel en dat is dan om uit te sluiten dat een andere macht dan de wetgever bevoegd is om een bestaande wet op grond van vermeende strijdigheid met de grondwet "aan te randen"⁷⁶. Het artikel verbiedt de rechter te onderzoeken of de inhoud van de wet met de grondwet al of niet overeenstemt⁷⁷.

Hoe lagen de zaken dan vóór 1848? Toen moest de rechter een wet wél buiten toepassing laten wanneer deze streed met de grondwet, volgens Buys. Immers, de gehoorzaamheid die de rechter jegens de grondwet verschuldigd was bracht dat met zich mee⁷⁸. Bij de beoordeling van de vraag of het een gelukkige zaak is dat het toetsingsverbod is ingevoerd, haalt Buys eerst de kritiek van Opzoomer aan in de derde druk van diens commentaar op de wet AB en vervolgens die van Thorbecke. Hij vindt echter dat deze beide auteurs het

75. Buys, *De Grondwet*, p. 630.

76. Buys, *De Grondwet*, p. 630.

77. Buys, *De Grondwet*, p. 633.

78. Buys, *De Grondwet*, p. 634.

probleem niet zuiver stellen en een paar zaken over het hoofd zien: (1) In geval de wetgevende en de rechterlijke macht van mening verschillen over de zin die aan een grondwetsartikel toekomt is het niet zo dat alle goede trouw, eerlijkheid en scherpzinnigheid altijd staat aan de kant van de rechter. (2) Ook de leden van de wetgevende macht hebben trouw gezworen aan de Grondwet. (3) De leden van de wetgevende macht verrichten hun arbeid in het openbaar en onder scherpe controle van het publiek. (4) De Eerste Kamer heeft tot taak ervoor te waken dat geen wetten die met de grondwet in strijd zijn in het Staatsblad worden afgekondigd⁷⁹.

Het toekennen van een toetsingsrecht aan de rechter verplaatst het probleem alleen maar, volgens Buys. Ook dan kunnen we namelijk weer het probleem opwerpen wat dient te geschieden wanneer de rechter een vonnis wijst waaruit blijkt dat hij de grondwet schendt. De vraag op de juiste manier gesteld luidt als volgt: aan welke macht kunnen we de eindbeslissing over de grondwettigheid van wetten het beste overlaten?⁸⁰ Om die kwestie te behandelen moeten we kijken naar het soort vraag dat hier in het geding is. Het gaat om een geschil van publiek recht. Wel, de beoordeling daarvan is weliswaar niet geheel aan de burgerlijke rechter onttrokken, maar behoort toch volgens het Nederlandse staatsrecht in de eerste plaats aan de regering toe.

Ook de rechtszekerheid pleit voor het handhaven van het huidige stelsel. Met betrekking tot de vraag of iets al dan niet grondwettig is lopen de meningen ver uiteen. Wanneer we dat ook bij de rechterlijke macht krijgen (en waarom zou het dààr niet het geval zijn) dan betekent dit dat "allerlei uitspraken de kracht van allerlei wetten komen verzwakken"⁸¹.

79. Buys, *De Grondwet*, p. 635.

80. Buys, *De Grondwet*, p. 636.

81. Buys, *De Grondwet*, p. 637.

Uit het bovenstaande blijkt wel dat Buys, ondanks het feit dat hij terecht een grote reputatie heeft opgebouwd als staatsrechtsgeleerde, op het terrein van de toetsing weinig belangwekkende inzichten naar voren heeft gebracht. Geheel door pragmatische overwegingen geleid wordt ook een Leidse promovendus aan het begin van de twintigste eeuw. In 1905 verscheen namelijk nog een ander proefschrift over constitutionele toetsing van de hand van *J.Ph.Chr. van der Burgh*, getiteld *Opmerkingen over des rechters toetsingsbevoegdheid*. Van der Burgh heeft een helder en voorzover het gaat om de samenvatting van wat anderen gezegd hebben, belangwekkend proefschrift geschreven over toetsingsrecht, dat evenwel niet uitmunt door originele eigen inzichten. Als inleiding op het denken van anderen is het echter zeer geschikt. Hij begint met het weergeven van de geschiedenis van het toetsingsverbod in de Nederlandse grondwetten, maakt vervolgens een paar vergelijkingen met de regeling van het toetsingsrecht in andere rechtsstelsels (het Zwitserse, het Amerikaanse en het Duitse) en besluit met een heldere presentatie van de argumenten voor en tegen toetsing waarbij voor hem persoonlijk de argumenten contra toetsing de doorslag geven.

Lezing van het proefschrift van Van der Burgh is met name interessant omdat het ons doet realiseren hoezeer de zaken sinds 1905 veranderd zijn. Hij schrijft: "Ook de fouten, die de praktijk van het amerikaansche staatsleven aankleven, - ik herinner aan de slechte voorbereiding der wetten, de weinige openbare bespreking, de groote macht der committeees en in de staten het slechte gehalte der leden van de wetgevende macht, de omkoopbaarheid, - worden door het toetsingsrecht verzacht"⁸². Veel van deze klachten horen we nu bij Nederlandse staatsrechtsgeleerden.

Verder komen we natuurlijk veel van de argumenten tegen die tegenwoordig ook nog opgeld doen: "Maar wordt dit alles (namelijk de voordelen van het toetsingsrecht; PC) niet in de schaduw gesteld door het groote bezwaar, dat steeds tegen het toetsingsrecht wordt

aangevoerd, te weten, dat de rechter zich gaat maken tot het voertuig eener politieke partij?"⁸³.

Een belangrijk argument van de voorstanders van het toetsingsrecht is, "dat de grondwet bij het niet bestaan van dat recht van haar hoog standpunt wordt afgerukt en gelijk wordt aan eene gewone wet, die de wetgever naar zijn goedvinden kan wijzigen"⁸⁴. Van der Burgh acht dit argument echter niet juist: "De grondwet blijft bij het niet bestaan van het toetsingsrecht haar hoog standpunt behouden; de wetgever is niet bevoegd haar te schenden; doet hij dit, zijne handeling is geen geoorloofde, maar eene onwettige. Al is de verplichting de grondwet na te komen voor den wetgever slechts eene moreele, die niet is af te dwingen, al zou men de grondwet, uit dit gezichtspunt beschouwd, misschien een *lex imperfecta* kunnen noemen ten opzichte van de wetgevende macht, grondwet blijft ze niettemin"⁸⁵.

Een belangrijk argument tegen toetsing acht Van der Burgh dat wanneer men de wijze waarop een wet tot stand komt vergelijkt met die, waarop een vonnis wordt gemaakt, men bij de wetgever een grotere waarborg voor een juiste grondwetsuitleg aanwezig kan achten dan bij de rechter⁸⁶.

Hij wijst er ook op dat een politieke beoordeling en een juridische beoordeling van *inconstitutionaliteit* elkaar vaak overlappen, een punt dat we later ook weer bij Donner tegenkomen en dat Opzoomer nu juist ontkende. Opmerkelijk is dat zij die op de ongrondwettigheid van een ontwerp van wet wijzen, vaak ook om politieke redenen tegen zo'n voorstel zijn⁸⁷.

83. Van der Burgh, *Opmerkingen*, p. 97.

84. Van der Burgh, *Opmerkingen*, p. 121.

85. Van der Burgh, *Opmerkingen*, p. 121.

86. Van der Burgh, *Opmerkingen*, p. 128.

87. Van der Burgh, *Opmerkingen*, p. 130.

Interessant in verband met de veranderde tijden is ook een opmerking als de volgende. Van der Burgh stelt hij het ongewenst te vinden dat ook de rechter zich nog eens buigt over de grondwettigheid van wetten, want "er wordt tegenwoordig reeds voldoende over de grondwettigheid van wetsontwerpen getwist"⁸⁸. Daarvoor zorgen de tegenstanders van het wetsontwerp wel. Verscherping van die strijd achtte Van der Burgh allerminst nodig⁸⁹.

Uiteindelijk komt Van den Burgh tot de slotsom dat het toetsingsrecht van de rechter op juridische gronden verdedigbaar is, maar dat het uit doelmatigheidsoverwegingen ongewenst is hem dit toe te kennen⁹⁰. Voor hem weegt het zwaarste "dat het bestaan van het toetsingsrecht het vertrouwen in de rechtspraak zal bederven, de vooruitgang zal belemmeren en zal verhinderen, dat wetten, waarnaar de meerderheid van het volk hunkert, tot stand komen of in stand blijven"⁹¹.

4. De herleving van het ideologisch debat: Krabbe en Struycken

Met het verschijnen van *Hugo Krabbe* op het staatsrechtelijk toneel krijgt de discussie een sterk ideologische impuls. Krabbe vertrekt vanuit een radicaal-democratisch standpunt en probeert dit te vertalen naar allerlei staatsrechtelijke vragen⁹². De toetsingskwestie stelt hij

88. Van der Burgh, *Opmerkingen*, p. 131.

89. Van der Burgh, *Opmerkingen*, p. 131.

90. Van der Burgh, *Opmerkingen*, p. 143.

91. Van der Burgh, *Opmerkingen*, p. 143.

92. Interessant voor een schets van de tijd waarin Krabbe leefde en de kritiek die hij ondervond is: Minderaa, "Pacificatie en democratisering in Nederland rond 1918", pp. 52-60; Couwenberg, *De omstreden staat*, pp. 37 e.v.; Kranenburg, "Hugo Krabbe"; Elzinga over Krabbe in *De staat van het recht*. Vgl. tevens het stuk over

aan de orde in *De heerschappij der grondwet* (1906). Wat hij wil, zo schrijft hij, is aan de grondwet "hare volle heerschappij te hergeven"⁹³. Van de grondwet mag men namelijk verwachten dat zij levend recht bevat, recht dat heerst. De belangen waarover de grondwet haar beschermende hand heet uit te strekken behoren tot de meest waardevolle: de troonopvolging, de drukpersvrijheid, onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, de ministeriële verantwoordelijkheid - allemaal zaken van het grootste belang⁹⁴. Toch staat de grondwet niet hoog in aanzien. Waarom heeft zij zo'n zwakke gelding? Krabbe voert twee redenen aan: (1) het feit dat voor de herziening van de grondwet een versterkte meerderheid is voorgeschreven, namelijk twee derde van de stemmen in tweede lezing; (2) het feit dat de grondwettigheid der wetten (door het toetsingsverbod) buiten controle van de rechter wordt gesteld.

Deze twee zaken moeten dan ook worden gewijzigd, volgens Krabbe⁹⁵. De versterkte meerderheid verhindert de normale doorwerking van een zich openbarende veranderde rechtsovertuiging: "de uitsluiting van 's rechters controle over de wet onthoudt aan de Grondwet het krachtigste middel harer handhaving"⁹⁶.

Ten aanzien van het eerste punt meent Krabbe ook de vinger te kunnen leggen op de onjuiste uitgangspunten die een rol hebben gespeeld bij het aanvaarden van het denkbeeld van een "rigide constitutie"⁹⁷. De fout die men maakt is dat men het gezag van een

Krabbe in Haines, *The Revival of Natural Law Concepts*, p. 276.

93. Krabbe, "De heerschappij der grondwet", p. 371.

94. Krabbe, "De heerschappij der grondwet", p. 373.

95. Krabbe, "De heerschappij der grondwet", p. 372.

96. Krabbe, "De heerschappij der grondwet", p. 372.

97. Vgl. over de "rigid" en "flexible" constitutie: Bryce, "Flexible and rigid constitutions". Struycken vertaalt "rigid" overigens als "stroeve".

bestaande wet afmeet aan het gezag dat zij had op het moment van haar vaststelling. Een wet die in 1848 werd aangenomen kan bijvoorbeeld toen hecht verankerd zijn geweest in het rechtsbewustzijn van het volk en daarmee een grote rechtswaarde hebben gehad. Maar wil dat zeggen dat dit later ook het geval is? Bepaald niet⁹⁸. Of een wet "veel of weinig rechtswaarde heeft" kan uitsluitend beslist worden naar de rechtsovertuigingen die heersen op het moment dat men de vraag stelt. De misvatting van het door Krabbe gewraakte denken ligt nu daarin dat men de rechtsovertuiging van vroegere generaties tot maatstaf neemt voor de tegenwoordige waarde van het recht. Krabbe raadt ons aan beter naar Hobbes te luisteren: "The legislator is he, not by whose authority the law was first made, but by whose authority it continues to be a law"⁹⁹.

Wanneer men dus zou willen zeggen dat de meerwaarde van het grondwettelijke recht berust op de versterkte meerderheid waarmee het is vastgesteld, is dat een fictie, immers, die meerwaardigheid steunt op de rechtsovertuiging van vroegere generaties, terwijl dat bij het huidige geslacht wel heel anders kan liggen¹⁰⁰. "De wetgever van heden is - waarom zulke onnoozele waarheden toch telkens herhaald - beter onderricht omtrent hetgeen op dit oogenblik een eisch des rechts is dan de wetgever van een kwart eeuw te voren, welke niet weet en niet kon weten wat de toestand van dit oogenblik vordert"¹⁰¹.

De eis van de versterkte meerderheid voor wijziging van de grondwet ziet Krabbe als een onduidbare aanmatiging van vroegere generaties, om aan haar rechtsovertuiging een werking te verzekeren bij toekomstige geslachten. Bentham heeft dat goed aangevoeld toen hij over de grondwetten van zijn tijd schreef: "It is the old conceit of

98. Krabbe, "De heerschappij der grondwet", p. 375.

99. Krabbe, "De heerschappij der grondwet", p. 376.

100. Krabbe, "De heerschappij der grondwet", p. 379.

101. Krabbe, *Ongezonde lectuur*, p. 32.

being wiser than all posterity; wiser than those who will have had more experience; the old desire of ruling over posterity; the old recipe for enabling the dead to chain down the living"¹⁰².

Krabbe's visie op de wenselijkheid (in zijn geval: onwenselijkheid) van een rigide grondwet hangen nauw samen met zijn opvattingen over toetsing. Krabbe is een voorstander van het toetsingsrecht, maar op zeer onconventionele gronden. Tegen de bestrijders van het toetsingsrecht voert hij onder andere het argument van Opzoomer aan dat een rechter weliswaar niet naar eigen inzicht mag toetsen (subjectief), maar dat het hem wel mogelijk zou moeten zijn te beoordelen of een wet in overeenstemming is met het objectieve recht (objectief)¹⁰³. De wet AB die hem ook het laatste verbiedt kan dus niet op Krabbe's bijval rekenen: "Door dus den eisch te stellen, dat hij (de rechter; PC) niet de innerlijke waarde der wet mag beoordelen, wordt niet bedoeld hem te verbieden naar subjectief inzicht vonnis te vellen - daar dit van zelf spreekt - maar tracht men tot gelding te brengen de suprematie van de wet boven het objectieve recht, zoodat aan de uitspraak de wet behoort ten grondslag te worden gelegd, ook al bevat zij niet het objectieve recht"¹⁰⁴. Daartegenover wil Krabbe staande houden dat de gestelde suprematie van de wet boven het recht geen reden van bestaan heeft, en dat, "wel verre van als 's-rechters plicht aan te merken de innerlijke waarde der wet niet

102. Krabbe, "De heerschappij der grondwet", p. 381. Vgl. voor een kritiek op de opvattingen van Krabbe: Struycken, *Recht en gezag*, p. 50 e.v. en *De Grondwet. Haar karakter, haar waarde*. Tevens is interessant Allen, *Law in the making*, p. 27. Meer over Bentham's afkeer van het vereren van de "beenderen van de doden" bij: Hart, *Essays on Bentham*, pp. 7, 9, 21 e.v. en in: Bentham, *A fragment on government and an introduction to the principles of morals and legislation*, p. 10 e.v. Vgl. voor de tegenstelling tussen de constructivistische traditie van Bentham en de common-law auteurs het interessante boek van Postema, *Bentham and the common law tradition*.

103. Krabbe, *De "innerlijke waarde" der wet*, p. 2.

104. Krabbe, *De "innerlijke waarde" der wet*, p. 2.

te beoordelen, omgekeerd 's rechters allereerste plicht is, in een onderzoek naar die innerlijke waarde te treden¹⁰⁵.

Met betrekking tot de toetsingskwestie voert Krabbe een aantal argumenten pro toetsing aan: (1) Allereerst stelt hij dat het verbod op toetsing onlogisch is, immers, de rechter heeft de bevoegdheid lagere wetgeving te toetsen aan hogere. Wanneer dat niet wordt toegestaan in het geval van het toetsen van de wet aan de grondwet dan is dat een uitzondering die argumentatie behoeft. (2) Een tweede argument ontleent hij aan de heerschappij van de grondwet. De grondwet is de hoogste wet die moet heersen. Het toetsingverbod staat dit in de weg. (3) Een derde argument is nieuw: Krabbe verwacht van het toetsingsrecht ook een beter constitutioneel recht. In het vigerende systeem wordt het de wetgever mogelijk gemaakt zich te hullen in tamelijk vage bewoordingen waarachter politieke compromissen schuilgaan. De rechter die de wet aan de grondwet toetst filtert deze onduidelijkheden eruit zodat hij meedogenloos de tekortkomingen van de wetgever blootlegt in het uitbeelden van hetgeen de laatste wil: "en zoo kan het toetsingsrecht des rechters krachtig medewerken niet alleen om de heerschappij van de grondwet te verzekeren, maar ook om aan die heerschappij alle dubbelzinnigheid te ontnemen"¹⁰⁶.

De argumenten die anderen tegen toetsing aanvoeren kunnen Krabbe niet overtuigen. Het argument bijvoorbeeld dat de toetsende rechter zich zou begeven in politieke strijdvragen bestrijdt hij met de stelling dat dit inderdaad onvermijdelijk is, maar dat door een minder eenzijdige samenstelling van de rechterlijke macht, toch onpartijdige beslissingen kunnen worden gewaarborgd¹⁰⁷.

105. Krabbe, *De "innerlijke waarde" der wet*, p. 3.

106. Krabbe, "De heerschappij der grondwet", p. 399. Vgl. over de interpretatie in het staatsrecht ook: Kamphuisen, *De interpretatie in het staatsrecht*.

107. Waarmee natuurlijk wel alle problemen zijn binnengehaald die de politieke benoemingen van rechters met zich meebrengen. Vgl. daarover: Murphy en Pritchett, *Courts, judges, and politics*, pp. 155-185.

Wanneer we Krabbe een vertegenwoordiger zouden kunnen noemen van een radicaal democratische traditie die elke belemmering voor de almachtige *volonté générale* geheel uit de weg wil ruimen, dan zou men Struycken een vertegenwoordiger kunnen noemen van de traditionalistische traditie. In de traditionalistische stroming ziet men het verleden niet als een zinloos conglomeraat van verouderde standpunten, maar veeleer als een proeftuin waarin zich sommige zaken als duurzaam hebben gewezen.

Ook A.A.H. Struycken meent dat de grondwet een regel is van een hogere orde dan de gewone wetgeving¹⁰⁸. Dat karakter kan zij ontleenen aan de bijzondere geaardheid van de grondwetgevende organen of aan de verzwaarde procedure welke de gewone wetgevende organen ter verandering van grondwettelijke bepalingen hebben te volgen. Dat laatste is bij ons het geval¹⁰⁹. Maar voor beide procedures geldt in ieder geval: "de wijze van rechtsvorming scheidt een recht van hogere orde"¹¹⁰.

In *De grondwet, haar karakter en waarde* (1914) gaat Struycken in op de status van de wet in verhouding tot de grondwet. Hij keert zich daarmee frontaal tegen twee geleerden die naar zijn smaak de betekenis van de grondwet te laag waarden: Oppenheim en Krabbe. Deze laatsten wedijveren "in overredingskracht, welsprekendheid, hartstocht haast, om toch de overtuiging te doen veldwinnen, dat het eene dwaasheid is, en eene schadelijke dwaasheid, eene 'rigide' Grondwet als de onze, die als de hogere wet de normale wetgeving aan banden legt, en niet dan na eene omslachtige procedure, waarin ten slotte de meerderheid van het volk bij de minderheid wordt

108. Struycken, *Het staatsrecht*, p. 93.

109. Struycken, *Het staatsrecht*, p. 93.

110. Struycken, *Het staatsrecht*, p. 93.

achtergesteld, te behouden¹¹¹. Krabbe meent dat het gehele idee van de grondwet moet worden losgelaten, dat ons constitutioneel recht pas levend en gezond kan worden, wanneer aan de heerschappij van de grondwet geen ander steunpunt meer zal toekomen dan voor de heerschappij van de wet bestaat, aldus Struycken, Krabbe's standpunt verwoordend¹¹². De grondwet wordt gezien als een onduidbare aanmatiging van vroegere geslachten waarmee men het rechtsbewustzijn fruikt door het heden vast te leggen aan het verleden en de toekomst aan het heden.

De vraag die Struycken nu stelt (en die hij bevestigend zal beantwoorden) is of in een parlementaire democratie als de onze plaats is voor een grondwet, die zich als een hogere wet boven de gewone wetgeving verheft¹¹³.

In zijn kritiek op het standpunt van Krabbe c.s. voert Struycken verschillende minder belangrijke punten aan. Zo verbaast hij zich erover dat alleen *onze* grondwet zo meedogenloos wordt bekritiseerd. In andere landen heeft men toch evenzeer geschreven constituties? Het betoog is echter toegespitst op een aantal hoofdpunten die men (met enige moeite) uit het nogal onsystematisch betoog¹¹⁴ van Struycken kan destilleren en die we zullen terugbrengen tot drie punten.

(1) Struycken bekritiseert om te beginnen het theoretisch fundament van Krabbe, namelijk diens uitgangspunt in het rechtsbewustzijn. Volgens Krabbe is er slechts één manier waarop het recht kan

111. Struycken, *De Grondwet*, p. 2.

112. Struycken, *De Grondwet*, p. 3.

113. Struycken, *De Grondwet*, p. 17.

114. Vgl. ook Burkens, *Staatsrecht en empirische wetenschap*, p. 11: "In Struyckens werk zijn deze denkbeelden en begrippen echter niet in een systematisch verband geëxpliciteerd; zij zijn verweven in het historisch relaas over de verschillende onderwerpen, zodat men er weinig greep op krijgt".

worden gevormd, namelijk door het rechtsbewustzijn¹¹⁵. Een dergelijk uitgangspunt is hoogst ongelukkig, vindt Struycken. Het kan nooit juist zijn recht te identificeren met de wil of overtuiging van het volk. De stelling dat een of andere psychische levensuiting van de meerderheid als zodanig recht is, is onjuist¹¹⁶. Wat dan wel het wezen van het recht zou zijn is iets dat Struycken niet behandelt; hij wijst er alleen op dat onderzoek van Ehrlich impliceert hoe ingewikkeld het rechtsleven in elkaar zit, iets wat niemand hem zal betwisten maar waar men ook niet veel verder mee komt.

(2) Verder beklemtoont Struycken (en dat is voor ons van veel groter belang) dat de democratiegedachte weliswaar juist is, maar alleen in een bepaalde interpretatie. Men dient haar niet te vereenzelvigen met "Kopfzahl-Demokratie"¹¹⁷. 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 zijn de minderheid en het individu beschermd tegen

115. Struycken, *De Grondwet*, p. 18.

116. Struycken, *De Grondwet*, p. 21.

117. Zijn opmerkingen vertonen op dit punt grote overeenkomst met die van Rostow, in "The democratic character of judicial review", die verdedigt dat het onjuist is democratie alleen te typeren in termen van "a direct vote by the people on every issue". Vgl. tevens Melone en Mace, *Judicial review and American democracy*, p. 209. De klassieke kritiek op de "Kopfzahl-demokratie" is natuurlijk: Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, I, p. 369: "Il est de l'essence même des gouvernements démocratiques que l'empire de la majorité y soit absolu; car en dehors de la majorité, dans les démocraties, il n'y a rien qui résiste". Interessant zijn ook de beschouwingen van Friedrich, *Limited government*, p. 34.

ogenblikkelijke willekeur van de meerderheid¹¹⁸. Het is op dit terrein dat de grondwet een functie heeft. De grondwet geeft aan de bevolking een zekere bescherming tegen overheersing door een parlementaire meerderheid¹¹⁹.

(3) Ook wijst Struycken erop dat wanneer we kijken naar de vrijwillig in de bevolking gevormde verenigingen daaruit blijkt dat de gedachte van een "stroeve Grondwet" niet als verwerpelijk wordt gezien. Het volk beschouwt de grondwet als een document, waarin de hoofdmomenten van zijn staatkundige ontwikkeling tot uitdrukking worden gebracht en het is ook tevreden over de grondwet¹²⁰. En dat is ook wel begrijpelijk. We moeten nooit vergeten dat de constitutie de gezagsrechten van bepaalde personen, families en corporaties heeft begrensd¹²¹. Door middel van de geschreven constituties was het mogelijk het volk zo goed mogelijk tegen gezagsmisbruik en reactiezucht veilig te stellen¹²².

Ook zou men meer oog moeten krijgen voor de inhoud van de geschreven constituties die sinds de revolutietijd steeds meer in Europa zijn ingevoerd: men vindt erin de drang van eeuwen naar erkenning van de algemene waarde van de menselijke persoonlijkheid tegenover de overschatting van de meestal door list, bedrog en machtsmisbruik gevormde en gehandhaafde resultaten van historische ontwikkeling¹²³.

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

119. Struycken, *Het staatsrecht*, p. 179.

120. Struycken, *Het staatsrecht*, p. 176.

121. Struycken, *De Grondwet*, p. 8.

122. Struycken, *De Grondwet*, p. 15.

123. Struycken, *De Grondwet*, p. 1.

De traditionalistische opvattingen van Struycken zouden tot zover een uitstekende basis kunnen vormen voor een betoog voor het toetsingsrecht. In een rigide grondwet is een aantal waarborgen neergelegd voor de tirannie van de meerderheid. Die waarborgen kunnen worden gelegitimeerd door een beroep te doen op de manier waarop deze zijn tot stand gekomen, namelijk langs spontane, organische groei. Dan ligt het voor de hand de gewone wetgeving op verbindingheid te toetsen aan recht van een hogere orde, zoals neergelegd in de constitutie.

Toch is dat niet de weg die door Struycken met betrekking tot de toetsingskwestie bewandeld is. Hij kiest weliswaar een traditionalistisch uitgangspunt maar argumenteert dat nu een toetsingsverbod tot het Nederlandse rechtsstelsel is gaan behoren dit ook maar gehandhaafd dient te blijven, een vorm van traditionalisme (of conservatisme) in zijn meest primitieve vorm zou men kunnen zeggen. Struycken werkt dit uit aan de hand van een vergelijking van het Nederlandse systeem met het Amerikaanse¹²⁴. Daarbij komt zijn wereldbeschouwing weer duidelijk naar voren wanneer hij schrijft dat de oorzaak van het verschil in denken over toetsing niet in de eerste plaats gezocht moet worden in principiële argumentatie, maar in een verschil in traditie. In de Amerikaanse Staten was men vanouds gewend aan een ondergeschiktheid van wetgeving aan die van de Engelse, met name aan het charter, waarop de staatsorde van de kolonie berustte, die alleen met goedvinden van het moederland kon worden gewijzigd¹²⁵.

124. Struycken, *Het staatsrecht*, p. 94.

125. In deze zin ook de inleiding van Smith en Spaeth tot *The constitution of the United States*, p. 1 e.v. Het verhaal van het charter is overigens dubieus. Men kan ook verdedigen dat de Amerikanen juist voor toetsing waren omdat zij uit eigen ervaring wisten dat de producten van de wetgever soms legitimiteit ontberen, zodat zij getoetst moeten worden aan hoger recht. Vgl. de Amerikaanse onafhankelijkheidsverklaring. Terecht kritisch over het verhaal van de koloniale achtergrond van het toetsingsrecht is M.V. Polak: "Men heeft dit (namelijk het toetsingsrecht; PC) historisch willen verklaren als nawerking van het toetsen van de koloniale wetten aan het koloniale charter door de koloniale rechters, daarbij over het hoofd ziende dat de herinnering aan die

Wetten in strijd met het charter konden worden vernietigd en buiten toepassing gelaten en zo was men dus in de Verenigde Staten al heel lang met toetsing vertrouwd¹²⁶.

Struycken bekritiseert ook, net als later Oud, de stelling dat door het onthouden van het toetsingsrecht aan de rechter de grondwet haar waarde zou verliezen¹²⁷. De wetgevende organen blijven verplicht de grondwet te eerbiedigen. Het enige wat men kan afleiden uit het feit dat aan de rechter geen toetsingsrecht wordt toegekend, is dat men in het Nederlandse constitutionele recht kennelijk erop vertrouwt dat de wetgevende macht de grondwet zal eerbiedigen, een vertrouwen dat men in de Amerikaanse cultuur heeft in de rechterlijke macht¹²⁸. Even onjuist als het is om in de Amerikaanse situatie te stellen dat de rechter boven de grondwet is verheven, is het om hier te stellen dat de wetgever boven de grondwet is verheven.

Het Amerikaanse systeem heeft wel twee bezwaren:

a. De werking van de rechterlijke controle is een zeer ongeregelde en ongelijkmatige en wel om twee redenen: 1. de rechter oordeelt alleen over de grondwettigheid van de wet wanneer de toepassing daarvan van hem wordt gevraagd, 2. de taak van de rechter is in hoofdzaak beperkt tot het burgerlijk en strafproces, zodat een groot deel van de wetgeving buiten de kring van zijn beoordeling ligt.

b. Het Amerikaanse systeem leidt tot onzekerheid, omdat vaak pas na lange tijd, nadat de wet is uitgevaardigd de onverbindendheid door de rechter wordt uitgesproken¹²⁹.

tijd van onderdrukking moeilijk als navolgenswaardig voorbeeld dienen kon".

126. Struycken, *Het staatsrecht*, p. 95.

127. Struycken, *Het staatsrecht*, p. 107.

128. Struycken, *Het staatsrecht*, p. 107.

129. Struycken, *Het staatsrecht*, p. 112.

Zoals reeds aan het begin van het exposé van de gedachten van Struycken werd aangegeven gaat het bij de controverse Krabbe/-Struycken om de tegenstelling tussen een tweetal manieren van denken die we hebben aangeduid als de radicaal democratische van Krabbe en de traditionalistische. Het is bijzonder jammer dat geen van de beide schrijvers het debat expliciet in deze context heeft geplaatst en duidelijker aansluiting heeft gezocht bij andere auteurs wier werk door deze tegenstelling getekend wordt. Weliswaar hebben we gezien dat Krabbe zich beroept op Bentham en Hobbes (inderdaad twee van de meest welsprekende voorlopers van de rationalistische, individualistische, radicaal-democratische traditie)¹³⁰, maar tot een echt besef van zijn schatplichtigheid aan deze traditie komt het niet. Hetzelfde geldt, mutatis mutandis, voor Struycken, wiens manier van denken sterk getekend is door de traditionalistische stroming met haar respect voor organisch gegroeide structuren, de "wisdom of ages" en het laboratorium van de geschiedenis.

De dialoog tussen Struycken en Krabbe begint al heel ongelukkig wanneer Struycken stelt dat Krabbe het primaat van de grondwet niet hoog heeft zitten, hetgeen nu juist betwist is: Krabbe accepteert wel degelijk een primaat van de grondwet, zou men kunnen zeggen, maar hij heeft daar alleen een andere visie op. De grondwet heeft het primaat wanneer deze grondwet levend recht bevat, recht dat zo veel mogelijk aansluit bij de momentane beleving van de rechtsgenoten, met andere woorden, zoveel mogelijk een afspiegeling vormt van wat Krabbe in een bepaalde fase van zijn ontwikkeling het rechtsbewust-

130. Hobbes was natuurlijk geen democraat, maar zijn leer is voor de democratie wel, zoals men vaak heeft beklemtoond, van groot belang. Vgl. Van Doorn, *Rede en macht*, p. 107: "Hobbes was revolutionair in die zin dat hij het gezag afleidde uit het individuele belang van de burgers, ondergebracht in een contract met de autoriteit. Het gezag van de absolute vorst dat hij als noodzakelijk accepteerde, werd niet gelegitimeerd door verwijzing naar Gods wil maar door de veronderstelde wilsinstemming van de burgers". Vgl. verder over Hobbes: Arblaster, *The rise and decline of western liberalism*, p. 132 e.v.; Gray, *Liberalism*, p. 7 e.v.; Manent, *Histoire intellectuelle du libéralisme*, p. 51 e.v.; Tromp, inleiding tot de *Leviathan* in Nederlandse vertaling en Postema, *O.c.*

zijn is gaan noemen. Vanuit de radicaal democratische traditie is dit inderdaad heel consequent doorgedacht, maar het staat op gespannen voet met de traditionalistisch-evolutionistische traditie binnen het liberalisme. Terecht schrijft Donner over Krabbe: "(...) waar hij uiteindelijk geen ander middel weet om de inhoud van dat recht vast te stellen dan de inzichten der burgers, voert zijn opvatting naar een staatsrecht dat meer aan Rousseau, dan aan Hogendorp en Thorbecke herinnert"¹³¹.

Krabbe overleed in 1936. Hij schreef in een periode waarin het niet goed voorstelbaar was dat eens de massa's weer zouden bezwijken voor *la tentation totalitaire*¹³². Mussolini ha sempre ragioni!¹³³ Dat zei niet Mussolini, de drager van het persoonlijk gezag, dat zei het volk zelf. Op het moment dat de historische ontwikkeling klaar was voor wat Krabbe "onpersoonlijk gezag" van het recht (in tegenstelling tot dat van de staat) noemde¹³⁴, kozen democratische meerderheden en masse voor het persoonlijk gezag van de ene, als een God, vereerde leider¹³⁵. Wijs geworden door deze historische les zocht men na de Tweede Wereldoorlog weer naar beperkingen op de staatsmacht (constitutionalisme), zelfs op de democratisch gecontroleerde staatsmacht, niet naar een glorificatie van onbeperkte democratie, zoals

131. Donner, "Grondwetsstudie in Nederland", p. 31.

132. Term van J.F. Revel (vgl. *La tentation totalitaire* 1976) die zich in zijn boek *Comment les démocraties finissent* (1983) trouwens behoorlijk heeft vergist over de toekomst van de westerse democratieën. Vgl. hierover ook Bracher, "Totalitarianism". p. 40.

133. Vgl. Joll, *Europe since 1870*, p. 324 e.v.

134. Vgl. Krabbe, *Het rechtsgezag*; Krabbe, *De moderne staatsidee*. Tevens: Struycken, *Positief recht*, p. 14 e.v. De theorie van het "persoonlijk" gezag werd in Engeland op een invloedrijke manier verdedigd door John Austin in diens *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, Two vols., I, p. 79 e.v. Vgl. voor een kritiek die in bepaalde opzichten lijkt op die van Krabbe: Gray, *The Nature and Sources of the Law*, p. 67 e.v.

135. Vgl. Friedrich, *Limited government*, p. 6.

Krabbe nog kon doen¹³⁶. Minderheden kwamen ook op de voorgrond. F.G. Scheltema vraagt zich af of niet de werking van het meerderheidsbesluit waarin Krabbe zoveel vertrouwen heeft in zijn werking tegenover de minderheid even dwangmatig kan zijn als het oude eenzijdige overheidsbevel van weleer, een in de evolutionistisch-traditionalistische traditie keer op keer aan de orde gestelde kwestie¹³⁷. Gaat men met Scheltema mee (en met Struycken), dan komt men niet bij de Franse verlichters terecht (die niet geïnteresseerd zijn in de vraag hoe de macht gebreedeld kan worden, maar alleen in wiens handen zij zich bevindt), maar bij de Amerikaanse revolutionairen die, zoals bekend, heel wat conservatiever waren. Over de Amerikaanse revolutie schrijft Schulte Nordholt: "Ze begon wel met het elan van de Declaration of Independence en de grondwet van Pennsylvania, maar geraakte meer en meer in geleidelijke banen en mondde tenslotte uit in een staatsbestel met scheiding en evenwicht van machten, niet met totale democratie"¹³⁸.

Overigens kan men het anarchie-argument dat veelvuldig tegen Krabbe is ingebracht ook niet al te zwaar laten wegen. Men moet zich wel realiseren dat hij de *collectiviteit*¹³⁹ (zij het die van het moment, niet de wil van de historisch gegroeide gemeenschap, zoals in de traditionalistisch-evolutionistische traditie binnen het liberalisme) als uitgangpunt neemt, niet het individu. Men verwijt hem dat door op te treden als een voorstander van het rechtsgevoel, rechtsbewustzijn

136. Hoewel de inzichten op dit punt slechts langzaam rijpten. Vgl. Friedrich, *Limited government*, p. 7: "The post-fascist regimes were slow to recognize the degree to which much praised 'flexibility' had contributed to the rise and takeover by the fascists".

137. Scheltema, *Werkelijkheid, recht en gerechtigheid*, p. 15.

138. Schulte Nordholt, "Het tertium comparationis", p. 57. Vgl. ook Van Doorn, *Rede en macht*, p. 108 en Hofstadter, *The American Political Tradition*, p. 10 e.v.

139. Waarvan overigens de wil alleen maar door toch weer een elite kan worden gekend.

of zelfs "rechtsinstinct"¹⁴⁰ een grenzeloze willekeur en anarchie in het recht geïntroduceerd wordt. Dat verwijt deugt echter alleen maar wanneer het rechtsbewustzijn een volstrekt individuele aangelegenheid zou zijn. Krabbe ontkent dat echter, zoals blijkt uit zijn rectorale rede uit 1924. Krabbe merkt daarover op dat het inderdaad de rechter niet geoorloofd is om de inhoud van de wet aan het *eigen* inzicht van recht en rechtsbelang te toetsen, zoals art. 11 AB verbiedt, maar dat het hem wel vrij zou moeten staan deze te toetsen aan objectief recht. In die laatste zin is het een allereerste plicht van de rechter een onderzoek naar de innerlijke waarde van de wet in te stellen¹⁴¹.

Bij alle kritiek op de uitwerking die Krabbe aan zijn leer heeft gegeven mogen we ook niet over het hoofd zien dat het een verdienste van zijn theorie blijft dat hij in die zin (!) een pleidooi heeft gehouden voor de rechtsstaatsidee, dat hij de staat onderworpen ziet aan het recht, zoals terecht door Kranenburg, zijn meest invloedrijke leerling, is opgemerkt¹⁴². De rechtspositivistische opvatting dat het recht niets anders is dan de tot uiting gebrachte staatswil, wordt hier heel duidelijk afgewezen¹⁴³. Scherp worden in de traditie van Krabbe ook de overeenkomsten gesignaleerd tussen de staatsleer van Jellinek, die het wezen van de staat ziet in *Herrschergewalt*, en de rechtspositivistische soevereiniteitstheorie van John Austin¹⁴⁴. Wan-

140. Vgl. voor het verschil: Krabbe, *De moderne staatsidee*, p. 42. Het rechtsgevoel is in lagere vorm als rechtsinstinct, in hogere vorm als rechtsbewustzijn werkzaam.

141. Krabbe, *De "innerlijke waarde" der wet*, p. 3.

142. Kranenburg, *Algemeene staatsleer*, p. 137. Een reden ook waarom hij door aanhangers van de absolute soevereiniteitsgedachte altijd bekritiseerd is, bijvoorbeeld door Carl Schmitt in *Politische Theologie*, p. 13 e.v.

143. Kranenburg, *Algemeene staatsleer*, p. 9.

144. Kranenburg, *Algemeene staatsleer*, p. 123.

neer Kranenburg de aandacht vestigt op het gewoonterecht en de ondergeschikte rol van het wettenrecht in het werk van Krabbe¹⁴⁵ dan harmonieert dat zeker niet slecht met het door Struycken verdedigde traditionalisme, zij het dan dat bij Krabbe de historische dimensie van het rechtsbewustzijn volstrekt ontbreekt.

Hoewel door de beide auteurs hun verschil van mening niet expliciet in deze termen wordt beschreven kan men dus toch de hierboven geschetste tegenstelling tussen de rationalistisch-individualistische manier van denken van Krabbe en de traditionalistische van Struycken onderkennen in het debat (iets dat ook als zodanig onderkend wordt door Struycken wanneer hij bijvoorbeeld de opvatting van het rechtsbewustzijn bekritiseert). In de rationalistisch-individualistische traditie is kennis in eerste instantie een bewuste aangelegenheid die te localiseren valt in het menselijk bewustzijn. Door zijn rede onderscheidt de mens zich van het dier. Kennis is bewuste kennis. In de traditionalistische traditie legt men meer de nadruk op de betekenis van "implicite knowledge", op manieren van doen, zoals deze geïncorporeerd zijn in onze gewoonten, tradities, cultuur, instituties. Er is veel meer kennis in een samenleving aanwezig dan het redelijk denkend verstand op een willekeurig moment kan articuleren.

Ook in zijn protest tegen de ongebreidelde democratieopvatting van Krabbe betoont Struycken zich een representant van de traditionalistische visie. Voor de traditionalist is die ongebreidelde democratie om tweeërlei reden onverteerbaar. Allereerst omdat in het historisch ontwikkelingsproces sprake is van een "impliciete" democratie in die zin dat mensen stilzwijgend hun aanhankelijkheid betuigen aan bepaalde opvattingen (iets dat door de radicaal-democraten volstrekt genegeerd wordt)¹⁴⁶, maar ook is de ongebreidelde democratieopvat-

145. Kranenburg, *Algemeene staatsleer*, p. 124. Hij wijst op Cruet's *La vie du droit et l'impuissance des lois* en Koster's *De plaats van gewoonte en volksovertuiging in het privaatrecht*.

146. Vgl. Bryce, "The Nature of Sovereignty", p. 73.

ting van de rationalisten verwerpelijk omdat volgens de traditionalist de wil van een tijdelijke meerderheid beperkt moet worden door de wil van die grote meerderheid, de wil van de cultuurgemeenschap als geheel, zoals deze in tradities en gewoontes gestalte heeft gekregen.

Het komt in de wetenschap nogal eens voor dat iemand de theoretische grondslag legt voor een bepaalde manier van denken zonder dat hij daar zelf de consequenties uit trekt die voor latere denkers zo voor de hand liggen. Bij Thomas Hobbes vinden we bijvoorbeeld een rationalistische en individualistische contractsleer die voor latere generaties de basis vormde voor een democratische politieke filosofie¹⁴⁷. Hobbes komt echter tot een totalitaire staatsconceptie.

Iets dergelijks vinden we ook bij Struycken: hij geeft enige praktische redenen tegen toetsing, maar daarin is zijn betoog bepaald niet oorspronkelijk. Origineel is hij in zijn kritiek op Krabbe, met name op diens glorificatie van een aan geen enkele maat gebonden suprematie van het rechtsbewustzijn van een tijdelijke meerderheid. Tegenover een dergelijk voluntarisme plaatst hij een traditionalistische benadering waaruit het besef spreekt dat specifiek is voor de mens: historie, cultuur en tradities - daarin incorporeert zich een kennis die niet door een tijdelijke generatie van het ene op het andere moment geliquideerd moet worden.

Het probleem moet dan ook tot een oplossing worden gebracht in overeenstemming met de historische ontwikkeling en het huidige karakter van de staatkundige organisatie, zegt Struycken¹⁴⁸. En dan geldt dat de rechterlijke macht in ons land het aanzien mist om toetsing bevredigend te laten functioneren¹⁴⁹.

147. Vgl. over hem: Van Doorn, *Rede en macht*, p. 108 die Hobbes typeert als een voorloper van Rousseau.

148. Struycken, *Het staatsrecht*, p. 113.

149. Struycken, *Het staatsrecht*, p. 114.

We hebben hiervoor al aangegeven dat de specifieke bijdrage van Struycken in het debat met Krabbe daarin gelegen is dat hij heeft laten zien dat wanneer men aan de historisch gegroeide ordening van het verleden een hogere waarde toekent dan aan de bevestigingen van het rechtsbewustzijn dit een goede reden heeft, maar dat betekent niet dat we ook niet bij andere schrijvers voor dit standpunt gehoor hebben gevonden. Beelaerts van Blokland bijvoorbeeld schrijft dat hoe meer een grondwet strekt ter beveiliging en versterking van oude bestaande rechten, en hoe minder zij een innoverend karakter draagt, des te groter haar kans op duurzaamheid zal zijn¹⁵⁰. Een grondwet is op zichzelf slechts een vorm, die goed of nadelig kan werken, naar gelang haar inhoud. Het meest prijzenswaardig is een grondwet die de slotsom bevat van hetgeen de ervaring van de geschiedenis van vroeger en later tijd geleerd heeft, dat voor een bepaald volk weldadig is¹⁵¹.

Vooraf in dat laatste geeft Beelaerts van Blokland een goed antwoord op de kritiek die Krabbe heeft uitgeoefend op de rigide constitutie. Struycken komt, zoals gezegd, dicht in de buurt bij een dergelijk soort traditionalisme. Hij zegt dat de geschreven constituties een verzoening tot stand beoogden te brengen tussen de waarde van het historisch geworden en de vrije wilsbepaling van het verleden. "Gezocht heeft men naar een constitutievorm, waarin het historisch geworden niet langer onaantastbaar zoude zijn, niet ook zoude moeten wijken voor iederen opwellenden drang naar verandering, maar alleen zoude moeten plaats maken voor datgene, wat waarborgen konde bieden voor duurzame waardeering"¹⁵². Soms lijkt Struycken ook dicht in de buurt te komen van het standpunt van Burke, zoals wanneer hij schrijft dat de grondwet het resultaat is van

150. Beelaerts van Blokland, *De onschendbaarheid*, p. 36.

151. Beelaerts van Blokland, *De onschendbaarheid*, p. 36.

152. Struycken, *De Grondwet*, p. 11.

een "pogen, waaraan geslacht op geslacht, zoekend en tastend, telkens door de ondervinding geleid, zonder ophouden heeft gewerkt"¹⁵³. Een dergelijk resultaat moet men niet ongedaan maken door het uit te spelen tegen het rechtsbewustzijn van de meerderheid. Wie nu dat historisch product terzijde stelt, "om het te vervangen door eene bedachte rechtsformule, die vrijwel iedere aanknopng aan de werkelijkheid mist, hij plaatst zich buiten of richt zich tegen eene gezonde kultuurontwikkeling"¹⁵⁴. Toen F.G. Scheltema de leerstoel van Struycken overnam zei hij in zijn intreerede over de strijd tussen Struycken en Krabbe: "Hier staat niet argument tegenover argument, maar levensbeschouwing tegenover levensbeschouwing; en in dien strijd is mijn plaats aan de zijde van Struycken"¹⁵⁵. Dat is mooi gezegd. Wanneer het juist is zoals Van den Brink schrijft dat we bij De Savornin Lohman de antirevolutionaire visie op het Nederlandse staatsrecht aantreffen, bij Buys de liberale, bij Kranenburg de vrijzinnig democratische en bij Struycken de rooms-katholieke¹⁵⁶, dan is het standpunt van Struycken ook niet zo verbazingwekkend: in het katholicisme heeft men nu eenmaal een groot respect voor traditie.

In één opzicht is de leer van Krabbe echter - en na alle kritiek die op hem geventileerd is, is het nodig dit op te merken - in overeenstemming met de evolutionistisch-traditionalistische traditie in het liberalisme: de theorie van het rechtsbewustzijn vormt een perfect bolwerk tegen het idee van de instrumentalistische wetgever. De leer van Krabbe gaat ervan uit dat datgene tot het recht gerekend moet worden wat zich in het rechtsbewustzijn van de meerderheid als zodanig heeft uitgekristalliseerd en niet datgene wat de wetgever

153. Struycken, *De Grondwet*, p. 23.

154. Struycken, *De Grondwet*, p. 24.

155. Scheltema, *Werkelijkheid, recht en gerechtigheid*, p. 14. Vgl. tevens: Van den Brink, "Hugo Krabbe", p. 288.

156. Van den Brink, "Jhr. Alexander Frederick de Savornin Lohman", p. 276.

wij¹⁵⁷. Oud typeert het correct als hij de leer van Krabbe als volgt omschrijft: "De organen, die aan de vaststelling van het recht medewerken - zo betoogt hij - *maken* het recht niet, zij *getuigen* slechts van datgene, dat naar hun zienswijze recht is"¹⁵⁸. Kranenburg zette deze traditie, in aansluiting bij overigens niet alleen Krabbe, maar ook bij Thorbecke, voort. In hoeverre kan men de mens hervormer van het staatsrecht noemen, vraagt hij? Slechts in zeer beperkte mate. De tijden van de vergoddelijking van de wetgever, van de beschouwing van de individuele hervormer als uit eigen rede, macht en inzicht het volk de ordeningen voor het leven voorschrijvende, zijn wel voorbij, schrijft Kranenburg geheel in de lijn van de Historische School volgens welke het recht ook niet "gemacht sondern bezeugt" werd¹⁵⁹. De wetgever doet niets anders dan getuigenis afleggen, een vorm geven aan datgene, wat in het volk als rechtsovertuiging werkt en leeft en op "formulering wacht"¹⁶⁰. Men heeft wel gezegd dat deze rechtsvorming vooral voor het privaatrecht van betekenis zou zijn, schrijft Kranenburg, maar dat acht hij niet terecht. Dan zou het publieke recht zuiver overheidsbevel moeten zijn, een schepping van de overheid, hetgeen niet het geval is. Wie de verschijnselen van het rechts- en staatsleven onbevooroordeeld en zorgvuldig bestudeert, zal moeten constateren hoe het staatsrecht zich ontwikkelt in langzame groei en dat het slechts in zeer betrekkelijke mate het resultaat is van "bewuste wilshandeling". "Du meinst zu schieben, doch du wirst geschoben".

157. In dat opzicht staat Krabbe dus diametraal tegenover Hobbes met diens *auctoritas non veritas facit legem*.

158. Oud, *Het constitutioneel recht*, II, p. 18.

159. Kranenburg, "Thorbecke en onze staatsrechtsvorming", p. 69.

160. Kranenburg, "Thorbecke en onze staatsrechtsvorming", p. 69.

Krabbe is een retorisch auteur die zich bij tijd en wijle geheel laat meeslepen door zijn eigen gevoel voor dramatiek¹⁶¹. Hij werpt zich graag met een groots gebaar op als de enige kampioen van het democratisch denken, de overige zondige mensheid verwijtend dat zij zich laat ringeloren door de macht van het verleden. "Gij hebt geen *recht* de doorwerking van het rechtsbewustzijn eener meerderheid te belemmeren", roept hij ons toe¹⁶². "Hemel en aarde kunt gij doorzoeken, maar dat recht vindt gij nooit"¹⁶³. Of: "Dat alles nu heeft eindelijk, eindelijk en eindelijk, naar voren gebracht die eene bron van levend recht, welke van alle tijden her den vooruitgang van het gemeenschapsleven gevoed heeft nl. het met den mensch gegeven *rechtsbewustzijn*"¹⁶⁴.

Een adequate typering van de argumenten van de tegenstanders van Krabbe zal men bij hem vergeefs zoeken. De fouten die hij maakt bij het interpreteren van zijn tegenstanders springen duidelijk in het oog. De meest storende is daarvan wel dat de waarde van het grondwettelijk recht voor de evolutionistisch-traditionalistische traditie niet gegrond is in het feit dat dit recht met twee derde van de stemmen is aangenomen, zoals Krabbe ten onrechte meent. Nee, men eist

161. Kranenburg schrijft in "Hugo Krabbe", p. 155: "Krabbe had evenveel in zich van den profeet als van den professor". Zijn vader was een predikant die in de kring van de toenmalige moderne theologen een "eervolle plaats innam" schrijft Langemeijer. Vgl. Langemeijer, *De wijsbegeerte des rechts en de encyclopaedie der rechtswetenschap sedert 1880*, p. 25. Interessant is overigens hoe voorzichtig Langemeijer is in zijn interpretatie van Krabbe: "Waar-schijnlijk is zijn gedachtengang nu verder geweest (..)" (*O.c.*, p. 27); "Zijn overtuiging was, zo zou men vermoeden (..)" etc. Dat is niet alleen voorzich-tigheid van de inderdaad vaak zo irenische Langemeijer, maar getuigt ook van de onduidelijkheid van Krabbe's standpunt.

162. Krabbe, *Ongezonde lectuur*, p. 22. Een antwoord overigens bij: Friedrich, *Limited government*, p. 47: "To say that a qualified majority prevents changes is largely untrue; if it did, the United States would have neither an income tax nor woman suffrage, nor the extension of the suffrage to eighteen-year-olds".

163. Krabbe, *Ongezonde lectuur*, p. 22.

164. Krabbe, *Ongezonde lectuur*, p. 25.

dat het alleen met twee derde kan worden veranderd omdat men denkt dat het waarde heeft¹⁶⁵. De waarde van de grondwet vindt haar oorsprong niet in twee derde van een dode generatie, maar in het feit dat zij de goedkeuring heeft gekregen van generatie op generatie binnen een bepaalde cultuurgemeenschap en *daarom* verzwaaert men de wijzigingsprocedure. Dit soort traditionalisme is echter voor Krabbe een volkomen gesloten boek gebleven, iets dat overigens wel deels te verontschuldigen valt omdat *zelfs de aanhangers* van het Nederlands traditionalisme daarvan een zeer rommelige presentatie geven. Illustratief is in dit verband wat Struycken schrijft over de gekwalificeerde meerderheid die nodig is voor een grondwetsherziening. We hebben gezien dat Struycken meent dat de grondwet een regel is van een hogere orde dan de gewone wetgeving¹⁶⁶. Hij maakt dan de op zichzelf juiste opmerking: "de wijze van rechtsvorming schept een recht van hogere orde"¹⁶⁷. Leest men echter wat hij met die wijze van rechtsvorming bedoelt dan blijkt dat het hem niet gaat om het feit dat constitutioneel recht in een proces van geleidelijke organische groei tot stand is gekomen¹⁶⁸, maar dat hij de verzwaarde procedure

165. "Die Verfassung ist nach Inhalt und Tragweite immers etwas Höheres und Umfassenderes als irgendein einzelnen Gesetz. Der Inhalt der Verfassung war nicht wegen seiner erschwerten Abänderbarkeit etwas Besonderes und Ausgezeichnetes, sondern umgekehrt: wegen seiner fundamentalen Bedeutung sollte der die Garantie der Dauer erhalten". Schmitt, *Verfassungslehre*, p. 18.

166. Struycken, *Het staatsrecht*, p. 93.

167. Struycken, *Het staatsrecht*, p. 93.

168. Vgl. Dicey die over de superioriteit van de Engelse constitutie schrijft: "it was the fruit not of abstract theory but of that instinct which (it is supposed) has enabled Englishmen, and especially uncivilised Englishmen, to build up sound and lasting institutions, much as the bees construct a honeycomb, without undergoing the degradation of understanding the principles on which they raise a fabric more subtly wrought than any work of conscious art". In: Dicey, *An introduction*, p. 3. Hetzelfde geldt overigens voor de Amerikaanse constitutie. William Gladstone, die de Amerikaanse grondwet omschreef als "the most wonderful work ever struck off at a given time by the brain and purpose of man", wordt door Van der Tang terecht bekritiseerd met de woorden dat deze Engelse staatsman er aan voorbijging dat de grondwet in

ziet als de oorzaak van de hogere status, iets dat natuurlijk, zoals Krabbe terecht heeft aangevoerd, volkomen onzinnig is, want waarom zouden wij nu gebonden zijn aan de wil van twee derde van een dode generatie?¹⁶⁹

5. De erosie van het ideologisch debat: De Savornin Lohman, Oud en Kranenburg

Voor geïnteresseerden in de politiek-filosofische onderbouwing van het constitutionele denken lijken op het eerste gezicht de bovengenoemde figuren interessante beloften in te houden. In de anti-revolutionaire traditie bijvoorbeeld zijn toch alle bouwstenen voorhanden voor een zekere scepsis ten aanzien van de door de Franse Revolutie bewerkstelligde, en op verlichtingsbeginselen gebaseerde, centraalstelling van de nationale wetgever. Dit zou een goede basis zijn voor een toetsingsvriendelijk standpunt. Toch blijkt dat een auteur als *A.F. de Savornin Lohman* geen uitgesproken ideeën heeft in deze richting¹⁷⁰.

In de vierde druk van *Onze constitutie* (1926, eerste druk 1901) schrijft De Savornin Lohman dat de bepaling "De wetten zijn onschendbaar" voor wie onbevooroordeeld leest weliswaar duidelijk is, maar niet fraai¹⁷¹. Getwist over de betekenis wordt er niet meer.

de eerste plaats een product is van de Britse en Amerikaanse constitutionele ontwikkeling en van 17e en 18e eeuws politiek denken, en slechts ten dele een oorspronkelijke creatie van de Conventie van Philadelphia. Vgl. Van der Tang, "De Verenigde Staten en de Grondwet", p. 140. In dezelfde zin: M.V. Polak, *Schets van het Amerikaanse Uniestaatsrecht*, p. 1.

169. Vgl. hierover ook: Postema, *Bentham and the common law tradition*, p. 48.

170. In die zin gaf hij dus ook geen "eenzijdig-anti-revolutionaire voorstelling van ons staatsrecht", zoals Donner terecht schrijft. Vgl. Donner, "Grondwetsstudie in Nederland", p. 30. Vgl. over Donner en De Savornin Lohman ook: Couwenberg, "Staatsrecht en ideologie", p. 59.

171. De Savornin Lohman, *Onze constitutie*, p. 286.