

Mensenrechten en het primaat van de democratische politiek

P.B. Cliteur

Cliteur, Paul, "Mensenrechten en het primaat van de democratische politiek", in: P.B. Cliteur en A.P.M.J. Vonken, red., *Doorwerking van mensenrechten*, Wolters-Noordhoff, Groningen 1993, pp. 81-125.

I. Inleiding

In dit boek staat de vraag centraal hoe mensenrechten hebben doorgewerkt in de verschillende rechtsgebieden van het positieve recht. Voor een rechtsfilosoof, die zich, zoals bekend, niet in eerste instantie bezighoudt met de bestudering van het positieve recht, is dit echter een probleemstelling die weinig aanknopingspunten biedt. Ik zal dus naar een andere thematisering van het onderwerp moeten zoeken. Moeilijk kan dat overigens niet zijn, want mensenrechten vormen ook in de rechtsfilosofie een voorwerp van intensief onderzoek. Zo is bijvoorbeeld veel geschreven over de vraag of mensenrechten een individualistisch, westers mensbeeld veronderstellen.¹ Ook is veel geschreven over de fundering² en de geschiedenis³ van mensenrechten. Tegenwoordig staat verder het vraagstuk van de universaliteit van mensenrechten ter discussie⁴ en met deze thema's lijkt de rechtsfilosofische belangstelling voor mensen-

* Deze bijdrage is een nadere uitwerking van gedachten die ik voor het eerst heb ontwikkeld in: 'Traditionalism, Democracy, and Judicial Review', B. van Roermund, red., *Constitutional Review*, Kluwer, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1993, pp. 55-77. Vgl. over dit onderwerp verder de verhelderende inleiding van Van Roermund tot deze bundel.

1. Vgl. Waldron, Jeremy, *Nonsense upon stilts*, Bentham, Burke en Marx on the Rights of Man, Methuen, London en New York 1987. Vgl. verder van dezelfde schrijver: 'A Right-Based Critique of Constitutional Rights', in: *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 13 (1993), blz. 18-51.
2. Vgl. Scheltens, D.F., *Mens en mensenrechten*, Samsom Uitgeverij, Alphen aan den Rijn/Brussel 1981; Nino, Carlos Santiago, *The Ethics of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford 1991, blz. 38 e.v.
3. Vgl. Maris, C.W., 'Een natuurlijke historie van de mensenrechten', in: P.B. Cliteur, A. Deelder en M.R. Rutgers (red.), *Mensenrechten*, Gouda Quint, Arnhem 1992, blz. 27-77.
4. Vgl. de oratie van Baehr, P.R., *De Rechten van de Mens: Een Universeel Aandachtsgebied*, Boom Meppel, Amsterdam 1991 en de literatuur genoemd op, blz. 16, noot 46; List, G.A. van der, *Mensenrechten en Buitenlands Beleid: Een Liberale Visie*, Prof. mr. B.M. Teldersstichting, Den Haag 1988, blz. 75; Alston, Philip, 'The Universal Declaration at 35: Western and Passé or Alive and Universal', in: *The Review of the International Commission of Jurists*, 31 (1983), blz. 60-71; McNery, Ralph, 'Natural Law and Human Rights', in: *American Journal of Jurisprudence*, 1991, blz. 1-14; Outka, Gene, and Reeder, John P., jr.,

rechten nog lang niet uitgeput.

Wat ik in deze bijdrage zou willen bespreken is de vraag wat de toenemende invloed van mensenrechten betekent voor wat men wel noemt het primaat van de politiek of het ideaal van democratische besluitvorming. Dat zich op dit punt een probleem voordoet, wordt op een indringende manier verwoord door de Amerikaanse opperrechter Robert Jackson in een uitspraak van het Hooggerechtshof uit 1943. Wat is nu eigenlijk het doel van een Bill of Rights, vraagt Jackson? Dat is om bepaalde zaken te onttrekken aan de wederwaardigheden van het politieke proces. Bepaalde zaken worden niet alleen buiten het bereik van de willekeur van ambtenaren geplaatst, maar ook buiten een democratische meerderheid. Iemands recht op leven, vrijheid, eigendom, vrijheid van meningsuiting, vrijheid van godsdienst en vrijheid van vergadering is een fundamenteel recht dat niet afhangt van de uitkomst van een verkiezing, aldus Jackson.⁵

Wanneer dat juist is - en het valt niet gemakkelijk in te zien hoe men het kan ontkennen - dan zou dat betekenen dat het ideaal van de doorwerking van mensenrechten in het positieve recht op gespannen voet staat met een van de belangrijkste rechtspolitieke waarden van de westerse rechtscultuur: het ideaal van democratie. Het verdient echter aanbeveling duidelijker te stipuleren *waarom* mensenrechten en democratie zich op het eerste gezicht antithetisch verhouden dan in het citaat van Jackson gebeurt. De doorwerking van mensenrechten zou ondemocratisch zijn (1) omdat het uitgaat van de gedachte dat er waarden zijn die aan het normale politieke proces worden onttrokken,⁶ maar ook (2) omdat in de loop van de historische ontwikkeling⁷ aan een niet-democratisch gelegitimeerd orgaan, te weten de rechter, de bevoegdheid is toebe-

eds., *Prospects for a Common Morality*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1993; het themanummer over universaliteit van mensenrechten van *Civis Mundi*, nr. 2, 1993, met bijdragen van Alkema, Baehr, Couwenberg, Cliteur, Scheltens, Zoethout en anderen.

5. *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, at 638, 'one of the most inspiring and courageous opinions of the Supreme Court's ruling', volgens Savage, aangezien terwijl de VS in staat van oorlog verkeerden met drie totalitaire regimes het Hooggerechtshof bepaalde dat schoolkinderen niet konden worden gedwongen tot het uitbrengen van een groet aan de Amerikaanse vlag. Vgl. Savage, David, *Turning Right*, The Making of the Rehnquist Supreme Court, John Wiley & Sons, Inc., New York etc. 1992, blz. 212. Vgl. tevens: Boon, P.J., *Amerikaans staatsrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1992, blz. 137.
6. Vgl. McIlwain, C.H., *Constitutionalism and the changing world*, Cambridge University Press, London etc. 1939, blz. 244 e.v.; Andrews, William G., ed., *Constitutions and constitutionalism*, D. van Nostrand Company, Princeton etc. 1963, blz. 13; Sunstein, Cass R., 'Constitutionalism and democracies', in: J. Elster and R. Slagstad, *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, Port Chester, Melbourne, Sydney 1988, blz. 327; Brennan, William, 'Why have a Bill of Rights?', in: *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 9, No. 4, 1989, blz. 434.
7. Voor het Amerikaans constitutionalisme sinds 1803 (*Marbury v. Madison*), voor Nederland sinds het begin van de jaren vijftig van deze eeuw.

deeld op de naleving van mensenrechten, zelfs door de wetgever, toezicht te houden. De Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens is alleen nog maar ondemocratisch op grond van de eerste reden, maar het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en Fundamentele Vrijheden is ondemocratisch op zowel de eerste alsook de tweede grond. Men zou het ook als volgt kunnen stellen. Het tweede 'ondemocratische' element, de mogelijkheid van constitutionele en verdragsrechtelijke toetsing, heeft het eerste element scherp in het licht gesteld. De Universele Verklaring mag dan wel ondemocratisch zijn voorzover men bepaalde waarden een meer verheven status toeschrijft dan de wetgeving van alledag, maar zolang nog een implementatie-mechanisme ontbreekt kan het ondemocratisch karakter latent blijven. Op het moment dat de gedachte van hoger recht echter wordt gekoppeld aan een vorm van rechterlijke toetsing komt het 'countermajoritarian dilemma', zoals het in de Verenigde Staten genoemd wordt,⁸ zeer saillant naar voren.

Nu zijn er verschillende manieren om op een dergelijke situatie te reageren. Men zou bijvoorbeeld kunnen stellen dat het dilemma terecht aan de orde wordt gesteld, maar dat het als een onoplosbaar gegeven moet worden geaccepteerd. Niet alle waarden zijn nu eenmaal verenigbaar in het leven⁹ en ook de constitutionele ontwikkeling wordt beheerst door polaire tendenzen, die men bijvoorbeeld zou kunnen typeren als de tegenstelling tussen rechtsstaat (of constitutionalisme) en democratie.

Voor velen zal een dergelijke vorm van resignatie echter niet bevredigend zijn en het is ook niet verbazingwekkend dat men in de literatuur verschillende pogingen heeft ondernomen om het bestaan van die Bill of Rights annex judicial review enerzijds en het ideaal van democratie anderzijds met elkaar te verzoenen.

8. Vgl. Tribe, Lawrence, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, Mineola 1978, blz. 9; Bickel, Alexander M., *The Least Dangerous Branch*, The Supreme Court at the Bar of Politics, The Bobbs-Merill, Indianapolis, New York 1962, blz. 16-17; 'The root difficulty is that judicial review is a countermajoritarian force in our system'. Een serie artikelen over dit onderwerp: Melone, Albert P., and Mace, George, *Judicial Review and American Democracy*, Iowa State University Press/Ames 1988. Een scherp kriticus van 'judicial review' als ondemocratisch vinden we in: Commager, Henry Steele, 'Judicial Review and Democracy', in: *Virginia Quarterly Review*, 19 (Summer 1943), blz. 417-428; een, mijns inziens, mislukte verzoeningspoging bij: Rostow, Eugene V., 'The democratic character of judicial review', 66, No: 2 (1952), *Harvard Law Review*, blz. 193-224. Het standpunt van Commager werd in Nederland verdedigd door: Bergh, G. van den, 'Beschouwingen over het toetsingsrecht', in *Nederlands Juristenblad*, 26 mei 1951, blz. 417-425. Belangwekkende beschouwingen vindt men ook in: Lacey, Michael, & Haakonssen, Knud, (ed.), *A Culture of Rights*, The Bill of Rights in philosophy, politics, and law 1791 and 1991, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1991.
9. Vgl. Berlin, Isaiah, *Four essays on liberty*, Oxford University Press, Oxford etc. 1975 (1969), blz. 167 en Fuller, Lon L., 'Reason and Fiat in Case Law', in: *Harvard Law Review*, Vol. 59 (1946), blz. 377.

Daarmee zijn we dan gekomen bij het thema van deze verhandeling: de vraag die ik aan de orde zou willen stellen, is of een steeds voortvarender gebruik dat de rechter maakt van het toetsingsrecht¹⁰ een ondemocratisch element in het constitutioneel systeem introduceert dan wel vergroot. Zal het primaat van de politiek steeds verder in het gedrang komen? Zal een soort van democratisch deficit ontstaan, respectievelijk groter worden?

Laat ik ook al meteen aangeven tot welk resultaat ik denk te komen. In dit artikel zal worden betoogd dat rechterlijke toetsing aan mensenrechten in verdragen en/of aan grondrechten uit de grondwet enerzijds en democratie anderzijds verzoend kunnen worden. Ik zal dat doen door te analyseren welke argumenten door verschillende schrijvers die ook zo'n verzoeningspoging hebben ondernomen zijn aangedragen. In de constitutionele theorie heeft men een drietal antwoorden geformuleerd op de aantijging dat rechterlijke toetsing aan 'hoger recht' (grondrechten en mensenrechten) het democratisch deficit vergroot: (1) het antwoord dat alleen een door hoger recht beperkte wetgever beantwoordt aan het democratisch ideaal; (2) het antwoord dat niet de wet, maar de grondwet - en mutatis mutandis zouden we moeten zeggen het *verdrag* - moet worden gezien als de hoogste expressie van de volkswil; (3) het antwoord van diegenen die zich aangetrokken voelen tot wat hier wordt genoemd een 'traditionalistische opvatting van democratie'.

Men zou kunnen spreken van respectievelijk het semantisch antwoord, het constitutionalistisch antwoord en het traditionalistisch antwoord. We kunnen spreken van een *semantisch* antwoord, omdat de verzoening tussen mensenrechten en democratie tot stand wordt gebracht door een andere betekenis te geven aan de inhoud van het begrip democratie dan van oudsher gebruikelijk was. We kunnen spreken van een *constitutionalistisch* antwoord, omdat de rol die men toeschrijft aan de constitutie van centrale betekenis is voor de ondernomen verzoeningspoging. We kunnen tenslotte spreken van een *traditionalistisch* antwoord, omdat in dit perspectief het begrip traditie een bemiddelende rol vervult tussen democratie en mensenrechten.

Wanneer we deze opvattingen willen ophangen aan een aantal belangrijke personen die als vertolkers van deze ideeën zijn opgetreden zouden dat zijn voor respectievelijk de eerste opvatting Hayek en Dworkin, de tweede Hamilton en Ackerman, de derde Chesterton.

10. Vgl. Alkema, E.A., *Een meerkeuzetoets*, De rechter en de internationale rechtsorde (rede), W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1985, blz. 1. Alkema stelt dat de toetsingsmogelijkheid van parlementaire wetten aan verdragen na dertig jaar een studeerkamerprobleem te zijn geweest de laatste tijd relatief frequent wordt gebruikt. Verder: Scheltema, M., 'Wie stelt de wet: de wetgever of de rechter?', in: Dijk, P. van, red., *De relatie tussen wetgever en rechter in een tijd van rechterlijk activisme*, Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Noord-Hollandsche, Amsterdam 1989, blz. 85-94.

Alvorens de drie visies op het 'countermajoritarian dilemma' te behandelen, eerst nog een preliminaire opmerking over de relevantie van het hier aangesneden vraagstuk. Deze verhandeling is zowel relevant voor *constitutionele toetsing* (toetsing van een wet in formele zin aan de grondwet) als ook toetsing van wetten aan verdragsrecht. Men kan ook zeggen: voor onze probleemstelling zijn verdrag en grondwet identiek. De reden daarvoor ligt voor de hand: wie het in strijd met het ideaal van democratie acht dat de rechter wetten toetst aan fundamenteel recht in de grondwet zou om dezelfde reden ook bezwaren moeten maken tegen toetsing van wetten aan fundamenteel recht uit verdragen. Het feit dat dit laatste punt zelden meer voorwerp van discussie is, heeft pragmatische redenen, geen principiële. Iedereen, ook de tegenstanders van constitutionele toetsing, zien kennelijk de verdragstoetsing als een historisch gegeven waaraan niets meer te veranderen valt.¹¹ Wanneer men echter werkelijk serieus van mening is dat toetsing van wetten aan hoger recht een democratisch déficit creëert (dan wel vergroot) zou men niet alleen vóór het *behoud* van art. 120 Gw (het toetsingsverbod) moeten pleiten maar ook voor *afschaffing* van de verdragstoetsing.

Tenslotte nog twee terminologische afspraken. Aangezien het voor ons thema niet uitmaakt of we te maken hebben met hoger recht in verdragen dan wel in een grondwet, zal ik de woorden 'mensenrechten' en 'grondrechten' en 'hoger recht' door elkaar gebruiken, ondanks het feit dat we bij mensenrechten doorgaans denken aan fundamenteel recht in verdragen en bij grondrechten aan fundamenteel recht uit grondwetten, zoals door Alkema al werd gesteld in zijn bijdrage aan dit boek. De term 'hoger recht' - en dat is dan een tweede terminologische afspraak - wordt hier verder in een betrekkelijk neutrale, in ieder geval niet-metafysische, zin gebruikt. Weliswaar zullen vele Europese juristen (de Amerikanen zijn wat minder gevoelig op dit punt) wat ongemakkelijk op hun stoel gaan schuiven, omdat 'hoger recht' hen doet denken aan middeleeuwse metafysische opvattingen over natuurrecht, aan de 'brooding omnipresence in the sky'¹² en de 'demand for the superlative',¹³ waarvan Holmes spreekt, maar hier wordt met de term niets anders bedoeld dan het geheel van meer fundamentele principes die we aantreffen in mensenrechten,

11. Een uitzondering hierop vormt de interessante bijdrage van: Degenkamp, J.Th., 'Verbod op toetsing van wetten door rechter is het behouden waard', in: *NRC-Handelsblad*, 17 april 1993, opiniepagina.

12. *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205, 222 (1917) (Holmes, J., dissenting). Ook in: *The Essential Holmes*, Selections from Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of O.W. Holmes, Jr., Edited and with an Introduction by Richard A. Posner, The University of Chicago Press, Chicago and London 1992, blz. 230.

13. Holmes, Oliver Wendell, 'Natural Law', in: *Collected Legal Papers*, Peter Smith, New York 1952 (1920), blz. 310.

een begrip van 'hoger recht' dus, zoals we dat vinden bij Lon Fuller,¹⁴ Ronald Dworkin¹⁵ en Gustav Radbruch.¹⁶ Het gaat om wat Roscoe Pound genoemd heeft 'positive, not a natural, natural law'. Het hogere recht is, zo heeft Pound gezegd, een soort geïdealiseerde versie van het positieve recht van een bepaalde tijd en plaats dat aan dat positieve recht als ideaal en toetsingsnorm wordt voorgehouden.¹⁷ Cleiren hanteert in dit boek het gelukkige beeld van het 'geweten' van het (straf)recht.

Maar dit terzijde; laten we het eerste antwoord behandelen van degenen die hebben geprobeerd toetsing en democratie te verzoenen. Onder 2. wordt het semantisch antwoord behandeld. Onder 3. het constitutionalistisch antwoord. Onder 4. het traditionalistisch antwoord. Ten aanzien van het traditionalistisch antwoord, een modificatie van het constitutionalistisch antwoord, worden dan ook nog drie mogelijke bezwaren besproken (4.1, 4.2, 4.3). Ik besluit met het uitspreken van een voorkeur voor het traditionalistisch antwoord, dat naar zijn idee de beste verzoening tot stand brengt tussen hoger recht en democratie.

II. Hayek en Dworkin: beperkte democratie als de ware democratie

Het eerste dat men kan doen wanneer iemand een bepaalde gedachte of handelswijze van ons kritiseert is semantische reflectie. In de Amerikaanse en Engelse constitutionele theorie heeft zich een ontwikkeling voorgedaan ten aanzien van de semantiek van het begrip 'democratie', een ontwikkeling die ertoe geleid heeft dat men een zekere beperking van democratische besluitvorming niet is gaan kwalificeren als een ondemocratische aangelegenheid, maar juist als een uitvloeisel van het democratisch ideaal bij uitstek.

14. Vgl. Fuller, Lon L., *The Law in Quest of Itself*, The Foundation Press, Inc., Chicago 1940 (AMS edition 1978); Fuller, Lon L., 'Positivism and Fidelity to Law - A Reply to Professor Hart', in: *Harvard Law Review*, Vol. 71 (1958), blz. 630-672. Vgl. over Fullers natuurrechtsopvattingen: Summers, Robert S., *Lon L. Fuller*, Edward Arnold, London 1984, blz. 5 e.v. en Summers, Robert S., 'Professor Fuller's Jurisprudence and America's dominant Philosophy of Law', in: *Harvard Law Review*, Vol. 92, 1978, blz. 433-352. Fuller hanteert zelf overigens de term 'higher law' niet, maar spreekt van een 'inner morality of law'.
15. Vgl. Dworkin, Ronald, '"Natural" Law Revisited', in: *University of Florida Law Review*, Winter 1982, Volume XXXIV, Number 2, blz. 165-188.
16. Na zijn ommekeer ziet Radbruch het 'natuurrecht' niet meer als onveranderlijk, maar erkent hij, in aansluiting bij Stammler, een natuurrecht met veranderlijke inhoud. Vgl. Radbruch, Gustav, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1959 (1947), blz. 20.
17. '(...) so that in practice the law was made to provide the critique of itself'. Vgl. Pound, Roscoe, *Social control through law*, Archon Books 1986, blz. 4. Verder: Pound, Roscoe, 'Natural natural law and positive natural law', in: *Natural Law Forum*, Volume 5 (1960), blz. 70-82; Pound, Roscoe, 'Fifty Years of Jurisprudence', III, in *Harvard Law Review*, Vol 51, 1938, blz. 463.

Ter illustratie is het interessant een klein uitstapje te maken naar het ons allen uit de alledaagse ervaring bekende verschijnsel dat de wet soms dingen van ons vraagt die wij verwerpelijk achten. Van Antigone tot Socrates en Robin Hood¹⁸ zijn in de cultuurgeschiedenis van dit verschijnsel voorbeelden te geven; in het geval van de Amerikaanse onafhankelijkheidsverklaring en de na-oorlogse processen tegen nazi-misdadigers zelfs zeer nauw verbonden met juridische en rechtsfilosofische problematiek.¹⁹ Met name in de Amerikaanse constitutionele theorie en politieke filosofie is in een directe reflectie op het 'onrecht' dat zelfs democratisch gecontroleerde wetgevers kunnen begaan, het concept van 'limited government' of beperking van meerderheidsstandpunten tot ontwikkeling gekomen.²⁰

Voor ons onderwerp, namelijk de semantische ontwikkelingen ten aanzien van het begrip democratie, is van belang dat men in de vorige eeuw niet aarzelde die beperking van meerderheidsbeslissingen te kwalificeren als een *beperking*, respectievelijk *inbreuk* op het ideaal van democratie. Het was niet zo moeilijk een dergelijke semantische conventie te verdedigen, want de houding tegenover democratie was bepaald ambivalent.²¹ Henry Sumner Maine,²² Tocqueville²³ en Bryce lieten nog kritische geluiden horen over democratie (Bryce overigens het minste), al waren zij overtuigd van de onvermijdelijke opmars die dit politiek instituut zou maken. Luister maar eens hoe afstandelijk Lord Bryce in 1888 de opmars van de democratie in America beschrijft. 'De Amerikaanse instituties', aldus Bryce, 'beheizen een experiment in de heerschappij van de meerderheid, voor het eerst gepraktiseerd op een enorme schaal'. We

18. Vgl. Simpson, A.W.B., *Invitation to Law*, Blackwell, Oxford UK & Cambridge USA 1988, blz. 1.
19. Regelmatig heeft men gewezen op de 'naturrechtelijke inspiratie' van de Amerikaanse onafhankelijkheidsverklaring en het Amerikaanse constitutionele denken in het algemeen. Vgl. daarover: Jackson, Robert H., *The Supreme Court in the American System of Government*, Harvard University Press, Cambridge 1967, blz. 3; Berman, Harold J., 'Philosophical aspects of American Law', in: *Talks on American Law*, revised edition, Voice of America, Forum Lectures 1972, blz. 321; Berns, Walter, 'Judicial Review and the Rights and Laws of Nature', in: *The Supreme Court Review*, Edited by Philip B. Kurland, Gerhard Casper and Dennis J. Hutchinson, The University of Chicago Press, Chicago and London 1983, blz. 49-83; Hart, H.L.A., '1776-1976: Law in the Perspective of Philosophy', in: Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1983, blz. 148.
20. Vgl. over de achtergrond daarvan: White, Morton, *Philosophy, The Federalist, and the Constitution*, Oxford University Press, New York/Oxford 1987, blz. 18 e.v. en Friedrich, C.J., *Limited government, a comparison*, Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, New Jersey 1974.
21. Vgl. Lippincott, Benjamin Evans, *Victorian Critics of Democracy*, The University of Minnesota Press, Minneapolis 1938.
22. Maine, Henry Sumner, *Popular Government*, Liberty Classics, Indianapolis 1976 (1885), blz. 75 e.v.
23. Tocqueville, Alexis de, *De la démocratie en Amérique*, Gallimard, Paris 1986, I, blz. 33.

zijn allemaal benieuwd wat het resultaat zal zijn, vervolgt Bryce. Het gaat om instituties 'towards which, as by a law of fate, the rest of civilized mankind are forced to move'.²⁴ In die woorden ligt een wereld besloten: democratie als een experiment, nieuwsgierigheid naar het resultaat van dat experiment, en het vermoeden dat het hier zal gaan om een onomkeerbaar proces dat met noodzakelijkheid over ons heen komt.²⁵ Een vrolijke stemming is hier afwezig, al kan men ook niet van een radicaal pessimisme spreken. De negentiende eeuwse liberalen waren *gematigd* pessimistisch. Geen overwegend optimisme ten aanzien van de toekomstige ontwikkeling, zoals bij Hegel en Marx, maar ook geen radicaal pessimisme, zoals bij Joseph de Maistre. Voor echte anti-democraten als Maistre geldt immers dat zij de mens zien als gecorrumpeerd en daarom noodzakelijk onderworpen aan een streng overheidsgezag.²⁶ Voor de achttiende en negentiende eeuwse verlichte liberalen, zoals de Amerikaanse founding fathers en James Bryce, gold dat een goed ontwikkeld politiek systeem de tekortkomingen van de mens zou kunnen compenseren, zodat er toch nog goed te leven viel. Bij de founding fathers werd het dilemma vaak als volgt gesteld: 'Give all power to the few they will oppress the many, give all power to the many they will oppress the few'.²⁷ Dat klinkt heel onheilspellend, maar dat is het toch minder dan het lijkt wanneer men bedenkt dat de mens een cultuur-wezen is dat door goede politieke instituties toch nog kan voorkomen dat de ene mens een wolf wordt voor de andere (en de staat een wolf voor ons allen).

Democratie was dus onvermijdelijk, maar men stipuleerde wel dat democratie diende te worden beperkt. Maar met de opmars van het democratisch ideaal was een dergelijke toch wat prozaïsche houding al spoedig niet langer verenigbaar.

We komen aan bij een *tweede fase* in de semantische ontwikkeling van het begrip democratie. In die tweede fase ontkent men weliswaar niet de noodzaak van een beperking van meerderheidsbeslissingen, maar tevens wordt gesteld

24. Aangehaald bij Denenberg, R.V., *Understanding American Politics*, Third Edition, Fontana Press, Harper Collins, London 1992, blz. 11. Vgl. voor een overzicht van het negentiende eeuws verzet tegen democratie: Hirschman, Albert O., *The Rhetoric of Reaction*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge etc. 1991, blz. 81 e.v.
25. Enkele decennia daarna was dat overigens al weer heel anders, merkt Huntington terecht op. Duitsland, Italië, Oostenrijk, Polen, de Baltische staten, Spanje, Portugal, Griekenland Argentinië, Brazilië en Japan werden al snel ondemocratische staten. Vgl. hierover: Huntington, Samuel P., 'Will More Countries Become Democratic?', in: *Political Science Quarterly*, Vol. 99, No.2, Summer 1984, blz. 193-218.
26. Maistre, Joseph de, *Du Pape*, Seconde Édition, J. Casterman, Tournai 1820, blz. 170: 'L'homme, en sa qualité d'être à la fois morale et corrompu, juste dans son intelligence, et pervers dans sa volonté, doit nécessairement être gouverné'.
27. Hofstadter, Richard, *The American Political Tradition*, And the men who made it, with a foreword by Christopher Lasch, Vintage Books, New York 1976 (1948), blz. 6.

dat men die beperking kan zien als een eis van democratie zelf. Typerend voor deze houding is een boek uit 1952 van de historicus J.L. Talmon, *The Origins of Totalitarian Democracy*. Talmon maakt een onderscheid tussen een tweetal tradities in het democratisch denken, waarvan hij de ene liberale democratie, de andere totalitaire democratie noemt.²⁸ Totalitair is een democratie die geen enkele beperking op de uiting van de wil van de meerderheid erkent.²⁹ Zijn voorkeur gaat uit naar de liberale democratie, een democratie die wel bepaalde beperkingen op de wil van de meerderheid erkent, en wel in de vorm van hoger recht.

Vandaar is het slechts een kleine stap naar de *derde fase* in de semantische ontwikkeling van het begrip democratie. Dan zegt men: de liberale of beperkte democratie is de enig ware democratie. Dit wordt verdedigd door onder anderen F.A. Hayek in zijn boek *The Constitution of Liberty* (1960). Het is niet 'anti-democratisch', zo schrijft Hayek, om te beargumenteren dat er beperkingen zijn voor meerderheden.³⁰

Daarmee zijn we aan het (voorlopig) eind van de semantische ontwikkeling van het begrip democratie. Wordt aanvankelijk een beperking van meerderheidsbeslissingen nog getypeerd als een noodzakelijke correctie op de democratie³¹ (founding fathers), later ziet men het democratisch denken als gespleten, immers men meent twee modellen te moeten onderscheiden (Talmon). Weer later erkent men alleen het systeem waarin een zekere beperking wordt aangebracht op meerderheidsbeslissingen als bij uitstek democratisch (Hayek). Voor lange tijd gold deze opvatting over democratie als specifiek Amerikaans. 'When the American pledges his allegiance to democracy (...)', zo schrijft de Amerikaanse politieke filosoof Clinton Rossiter, 'he means constitutional democracy, a system of government in which political power is diffused by a written constitution and the wielders of power are held in check by the rule of law'.³² In een dergelijke opvatting, aldus nog steeds Rossiter, 'there is no inherent conflict between democracy and constitutionalism'. Ik noem dit het

28. Talmon, J.L., *The origins of totalitarian democracy*, Penguin Books, Harmondsworth 1986 (1952), blz. 2.

29. Zoals die van Rousseau, Jean-Jacques, *Du contrat social*, in: *Oeuvres complètes*, Pléiade, Gallimard, Paris 1964, blz. 368-69 die schrijft: 'Il est absurde que la volonté se donne des chaînes pour l'avenir'.

30. Hayek, F.A., *The Constitution of Liberty*, Routledge and Kegan Paul, London and Henley 1976 (1960), blz. 116.

31. Bijvoorbeeld in het licht van andere constitutionele idealen, zoals de rule of law. Vgl. over dit begrip: Anderson, Norman, *Freedom under Law*, Kingsway Publications, Eastbourne 1988, blz. 27 e.v. en *The Rule of Law*, Edited with an introduction by Arthur L. Harding, Southern Methodist University Press, Dallas 1961.

32. Clinton Rossiter aangehaald in zijn voorwoord tot: Corwin, Edward S., *The 'Higher Law' background of American constitutional law*, Great Seal Books, Cornell University Press, Ithaca, New York 1955, blz. v.

semantisch antwoord op de door Bickel, Tribe, Jackson en vele anderen aan de orde gestelde 'countermajoritarian dilemma'.

Maar laten we nu eens de aandacht verschuiven naar een land waar van oudsher weinig sympathie bestaat voor deze opvattingen. In Engeland stond het dogma van de 'sovereignty of parliament' lange tijd in de weg aan een 'Amerikaanse' opvatting van democratie. Albert Venn Dicey, vriend van de hiervoor genoemde Bryce, proclameerde in zijn bekende handboek *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885) de soevereiniteit van de wetgever als *het* dominante kenmerk van het Engelse politieke systeem.³³ Maar dat leerstuk is nu duidelijk aan erosie onderhevig.³⁴ Ook in Engeland zien we de Amerikaanse democratieopvatting steeds meer veld winnen. Zo hield Lord Scarman³⁵ in 1974 een pleidooi voor een beperking van de macht van de wetgever, terwijl Lord Hailsham³⁶ vier jaar later hetzelfde verdedigde, maar dan, net als Talmon, door twee modellen van democratie te onderscheiden. Ronald Dworkin tenslotte heeft voor een Engels gehoor niet zo lang geleden een pleidooi voor een 'Bill of Rights for Britain' gehouden met de argumentatie dat alleen een wetgever die binnen de perken wordt gehouden door een lijst met mensenrechten geacht kan worden democratisch te opereren. Alleen een beperkte democratie is 'true democracy', zoals Dworkin³⁷ het wat essentialistisch formuleerde, maar overigens wel geheel identiek aan Hayek, als het eindpunt van de Amerikaanse traditie.³⁸ Ook in Engeland presenteert men dus het semantisch antwoord op de aanklacht dat erkenning van mensenrechten een ondemocratische aangelegenheid zou zijn.

Nu is het natuurlijk altijd een heikele aangelegenheid om op basis van de bestudering van enkele auteurs veranderende trends in constitutioneel denken te onderkennen, maar ook na bestudering van andere hedendaagse commentaren op het Britse stelsel lijkt mij het niet onverantwoord te stellen dat sprake is van een convergentie tussen Britse en Amerikaanse opvattingen over democratie.³⁹

33. Dicey, A.V., *An Introduction to the law of the constitution*, tenth edition, with introduction by E.C.S. Wade, Macmillan Education, London 1987 (1885), blz. 39. Vgl. over soevereiniteit het themanummer van *Theoretische Geschiedenis*, Soevereiniteit: lotgevallen van een begrip, jg. 18, nr. 4, december 1991.

34. Vgl. Craig, P.P., *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*, Clarendon Press, Oxford 1990, blz. 12 e.v.

35. Vgl. Scarman, Leslie, *English Law - The New Dimension*, Stevens & Sons, London 1974.

36. Hailsham, Lord, *The Dilemma of Democracy*, Diagnosis and Prescription, Collins, London 1978.

37. Dworkin, Ronald, *A Bill of Rights for Britain*, Chatto & Windus, London 1990, blz. 14.

38. Vgl. over de hedendaagse Britse situatie: Mount, Ferdinand, *The British Constitution Now, Recovery or Decline?*, Heinemann, London 1992, blz. 156 e.v.

39. Vgl. tevens: Zander, Michael, *A Bill of Rights?*, London 1985 (1975).

De betekenis van deze ontwikkeling voor het probleem van de democratische legitimatie van het toetsingsrecht is evident. Wanneer alleen een door mensen-rechten en grondrechten beperkte wetgever (een beperking die door rechterlijke controle wordt afgedwongen) waarlijk democratisch kan worden genoemd, staat het instituut van rechterlijke toetsing niet antithetisch tegenover democratie, maar is het juist daaraan voorondersteld.

Tot zover het eerste antwoord op de kritiek dat toetsing ondemocratisch moet worden genoemd. Kan het ons overtuigen? Duidelijk is dat we heel wat behartigenswaardige dingen horen. De twintigste eeuw met haar politieke ontsporingen in Nazi-Duitsland en Soviet-Rusland heeft ons argwanend gemaakt tegenover een onbeperkte democratieopvatting. Hoe groot de verschillen zijn met het optimisme dat heerste aan het eind van de vorige eeuw blijkt duidelijk wanneer we Dicey over democratie lezen. Aan het eind van de vorige eeuw kon Dicey nog het vertrouwen uitspreken dat er weliswaar abjecte dingen waren die de wetgever zou *kunnen* doen, maar gelukkig nooit daadwerkelijk zou doen. Dicey citeert een tijdgenoot die had gezegd dat wanneer de wetgever zou bepalen dat alle blauw-ogige babies moeten worden vermoord, het behouden van blauw-ogige babies illegaal zou zijn. Maar wetgevers moeten wel gek worden om tot zulk soort wetgeving over te gaan, zegt Dicey.⁴⁰ Wij weten nu, na Hitler en Stalin,⁴¹ dat wetgevers wel degelijk gek kunnen worden en het Victoriaans optimisme⁴² van Dicey en zijn tijdgenoten komt ons ongegrond optimistisch voor.

Tot zover het behartigenswaardige dat we van de moderne opvatting over democratie als inherent beperkt, van oudsher 'Amerikaans', maar nu ook in Engeland verdedigd, kunnen leren. Niettemin blijven we met het eerste antwoord van de protagonisten van de rechterlijke bevoegdheid om de producten van de wetgever op verbindendheid aan hoger recht te toetsen met een zekere onvrede achter. We houden het gevoel over dat het allemaal een spel van woorden is geworden. Alleen door iets aan de *definitie* van democratie te veranderen vermijden we dat het instituut van toetsing als ondemocratisch wordt gebrandmerkt.⁴³ Maar het simpele feit ligt er toch dat we aan de demo-

40. Dicey, *Introduction*, blz. 81.

41. Vgl. over het totalitarisme: Poliakov, Léon, *Les totalitarismes du XXe siècle*, Un phénomène historique dépassé?, Librairie Arthème Fayard 1987.

42. Vgl. daarover Himmelfarb, Gertrud, *Marriage and Morals among the Victorians*, Vintage Books, New York 1987; Briggs, Asa, *Victorian People*, Penguin Books Harmondsworth 1990 (1955); Himmelfarb, Gertrude, *Poverty and Compassion*, The Moral Imagination of the late Victorians, Alfred A. Knopf, New York 1991.

43. Vgl. over woorden en hun 'ware betekenis': Popper, Karl, *Unended Quest*, An Intellectual Autobiography, Fontana, Glasgow 1976, blz. 17; Emmet, E.R., *Learning to Philosophize*, Penguin Books, Harmondsworth 1975 (1964), blz. 21 e.v.

cratisch gelegitimeerde wetgever bepaalde dingen verbieden.

Het is dan ook niet verbazingwekkend dat in de literatuur andere pogingen zijn ondernomen om rechterlijke toetsing en democratie met elkaar te verzoenen. Dat brengt ons bij een tweede verzoeningspoging van mensenrechten en democratie.

III. Hamilton en Ackerman: niet de wet maar de grondwet als hoogste expressie van de volkswil

Het tweede antwoord dat de voorstanders van mensenrechten en rechterlijke toetsing konden geven op de aantijging dat het hierbij om een ondemocratische aangelegenheid zou gaan, is eveneens met name tot ontwikkeling gekomen in het Amerikaanse constitutionele en politiek filosofische denken. Dat is ook niet zo verwonderlijk, want de ontwikkelingsvoorwaarden hiervoor waren alleen in het Amerikaanse en niet in het Britse bestel aanwezig, te weten het bestaan van een geschreven constitutie. Ik herhaal op dit moment overigens hetgeen eerder naar voren is gebracht, namelijk dat wat hier ten aanzien van de geschreven constitutie wordt opgemerkt ook van toepassing is op hoger recht dat is neergelegd in verdragen.

In essentie komt dat tweede antwoord hierop neer. Rechterlijke toetsing betekent in de Verenigde Staten toetsing van een wet aan de grondwet. De critici van rechterlijke toetsing wijzen er telkens op dat de wet als een democratisch gelegitimeerde wilsuiting kan worden gezien. Maar stel nu eens dat we het perspectief een beetje verschuiven en proberen aannemelijk te maken dat niet zozeer de *wet*, maar de *grondwet* de hoogste expressie is van de volkswil? Dan ziet de zaak er heel wat minder belastend uit voor de voorstanders van rechterlijke toetsing. Immers een *minder* democratisch gelegitimeerde wet moet dan wijken voor een *meer* of *beter* democratisch gelegitimeerde wet. Het is de grote verdienste geweest van Alexander Hamilton in een bekende bijdrage in *The Federalist* deze gedachte op een indrukwekkende manier te hebben uitgewerkt.⁴⁴ Hamilton verdedigt, volgens de lijnen die ons nu vertrouwd zijn, dat het noodzakelijk is om de macht van de wetgever te beperken door een geschreven constitutie. De constitutie dient bijvoorbeeld te verhoeden dat *ex post facto*-wetgeving wordt aangenomen. Mocht de wetgever toch zulk

44. Vgl. Cliteur, P.B., 'The Federalist Papers en de Amerikaanse constitutie', in: Cliteur, P.B., Kinneging, A.A.M., en List, G.A. van der, 'Filosofen van het klassiek liberalisme', Kok/Agora, Kampen 1993; Kahn, Paul W., *Legitimacy and History*, Yale University Press, New Haven & London 1992, blz. 35 e.v.; Herwijnen, H.F., 'John Marshall en de eenwording van de Verenigde Staten', in: *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, Oktober/November 1992, blz. 760-771.

soort wetgeving aannemen, dan dient de rechter, door dit soort wetgeving te toetsen aan de constitutie, deze dus niet toe te passen. Alles goed en wel, maar is dat niet ondemocratisch? Hamilton meent van niet. Een dergelijk verbod kwalificeren als een ondemocratische aangelegenheid kan men alleen maar wanneer men een essentieel onderscheid uit het oog verliest, namelijk dat tussen het volk (*the people*) en de vertegenwoordigers van het volk (*the representatives of the people*). De gewone wetgever heeft dan volgens Hamilton geen hogere status dan die een verzameling vertegenwoordigers van het volk, terwijl de grondwetgever aanspraak kan maken op de verheven status van 'volk zelf'.⁴⁵

De centrale vooronderstelling van de gehele argumentatie is natuurlijk dat de constitutie inderdaad kan worden gezien als de hoogste uitdrukking van de volkswil. Daar kan men echter vraagtekens bij plaatsen. Het meest besproken vraagteken in de Amerikaanse constitutionele theorie is ongetwijfeld de theorie van Charles Beard, zoals ontwikkeld in zijn bekende boek *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* (1913). Beard verdedigt de opvatting dat degenen die de constitutie aannamen bepaald niet optraden namens het volk. Zij traden op namens hun eigen klasse, en grote delen van de samenleving waren dan ook niet vertegenwoordigd tijdens de constitutionele vergadering in Philadelphia: slaven, bedienden en talloze anderen die niet voldeden aan de zware vereisten van bezit waaraan men in die tijd moest voldoen om als burger mee te tellen.⁴⁶

Een uitvoerige bespreking van de Beard-these is hier niet mogelijk en bovendien niet op zijn plaats, omdat het veeleer gaat om een historische dan een rechtsfilosofische discussie. We moeten volstaan met de constatering dat de meeste hedendaagse historici en politiek-filosofen in de ideologie van de founding fathers een zekere politieke consensus hebben onderkend die klasbelangen transcendeerde.⁴⁷

45. *Federalist papers*, James Madison, Alexander Hamilton en John Jay, edited by Isaac Kramnick, Penguin Books, Harmondsworth 1987, No. 78.

46. Beard, Charles A., *An Economic Interpretation of the Constitution of The United States*, With a New Introduction, The Macmillan Company, New York 1952 (1913), blz. xii.

47. De stelling van Beard dat de framers een strak georganiseerd centraal gezag in het leven wilden roepen om hun eigendomsrechten te beschermen 'has become a field of study into itself', heeft men wel opgemerkt (Kelly, Alfred, e.a., *The American Constitution, Its Origins and Development*, Vol. II, Seventh Edition, W.W. Norton & Company, New York/London 1991, bibliografie, A50. Hier vindt men ook een uitvoerige bibliografie met artikelen en boeken pro en contra Beard. Vgl. voor een interessant Frans commentaar: Lacorne, Denis, *L'invention de la république, Le modèle américain*, Hachette 1991, blz. 206. Een opvallende herleving van Beardiaans gedachtengoed treffen we op het ogenblik weer aan in de Amerikaanse Critical Legal Studies-beweging. Vgl. hierover: *The Politics of Law, A progressive critique*, Edited by David Kairys, Pantheon Books, New York 1990 (1982), in het bijzonder het artikel van Mark Tushnet. Een overzicht van een voorstander vindt men bij: Kelman,

Men behoeft echter nog niet onder de indruk te zijn van de marxistisch aan-
doende benadering van Beard om toch te betwisten of in ieder geval te betwij-
felen dat de grondwet de hoogste expressie van de volkswil is. Het enkele
argument dat dit per definitie zo is omdat de Amerikaanse grondwet eenvou-
digweg met de woorden 'We the People' aanvangt, doet natuurlijk wat for-
malistisch en weinig overtuigend aan.

Telkens hebben daarom Amerikaanse politieke filosofen geprobeerd de ar-
gumentatie van een van hun belangrijkste founding fathers te versterken. Een
behartigenswaardige poging om de these van Hamilton met nieuwe argumenten
te verdedigen is recentelijk ondernomen door de jurist en politiek filosoof
Bruce Ackerman in zijn boek *We the People* (1991).

We zullen in dit verband niet uitvoerig ingaan op alle argumenten die Acker-
man aandraagt voor de stelling dat de grondwetgever beter democratisch gele-
gitimeerd is dan de gewone wetgever, maar als we het kort zouden willen
weergeven komt het hierop neer. We moeten scherp onderscheiden tussen
normale politiek, de politiek van alledag, en constitutionele politiek, de politiek
die plaatsvindt voordat een grondwet wordt aangenomen. Bij de *normale*
politiek zijn we als burgers maar marginaal, of misschien beter, op afstand,
betrokken. Voor *constitutionele politiek* letten we echter beter op; we zijn er
meer bij betrokken. In hedendaagse termen geformuleerd: aan constitution
politiek gaat een brede maatschappelijke discussie vooraf.⁴⁸

De poging van Ackerman om Hamilton's argumentatie te vernieuwen heeft een
aantal interessante kanten. Een grote verdienste is bijvoorbeeld dat men niet
bij het louter formele gegeven blijft staan dat de wetgever wordt geacht de wil
van het volk tot uitdrukking te brengen. Ackerman nodigt ons uit te gaan
differentiëren tussen verschillende soorten zaken waarover die wetgever een
oordeel heeft geveld. Hoe nodig dat is, beseffen we onmiddellijk wanneer we
de enorme variëteit aan zaken die de wetgever passeert nader onder de loep
nemen. Kan men zeggen dat een wetgever die een of ander technisch leerstuk
op het terrein van het privaatrecht regelt op dezelfde manier democratisch is
gelegitimeerd als wanneer het gaat om een onderwerp waaraan een lange
maatschappelijke discussie is vooraf gegaan? De vraag stellen is haar beant-

Mark, *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. etc. 1987. Voor een kritiek: Schwartz, Louis B., 'With Gun and Camera Through Darkest CLS-Land', in: *Stanford Law Review*, Vol. 36, January 1984, blz. 423-464. Veel van het Beardiaans/CLS-gedachtengoed kan men overigens ook al onderkennen bij de anti-federalisten, zoals blijkt uit: Ketcham, Ralph, (ed.) *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Debates*, New American Library, New York etc. 1986.

48. Vgl. Ackerman, Bruce A., 'Discovering the Constitution', in: *The Yale Law Journal*, Vol. 93 (1984), blz. 1023 en Ackerman, Bruce, *We the People*, 1, Foundations, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England 1991, blz. 6.

woorden. Bij dit soort 'technische' aangelegenheden is het volk natuurlijk in het geheel niet betrokken; het is juristenrecht. Von Savigny sprak in dit verband van het 'technische' element van het recht, dat hij onderscheidde van het 'politieke'.⁴⁹ Het aan de orde stellen van het verschil tussen een formele en een materiële legitimatie van de wetgever lijkt dan ook van groot belang.

Niettemin kunnen we ook een paar kritische vragen stellen ten aanzien van het perspectief van Ackerman, waarvan ik er drie in het bijzonder naar voren zou willen halen. De klacht dat Ackerman's reconstructie de bedoelingen van de founding fathers niet goed weergeeft zal ik hier laten liggen.⁵⁰ We zijn in dit verband niet geïnteresseerd in de historische vraag naar de bedoelingen van de founding fathers. Het gaat mij om meer systematische bezwaren die men tegen het model van Ackerman zou kunnen aanvoeren.

Een eerste punt van kritiek betreft de betekenis van Ackerman's these voor andere grondwetten dan de Amerikaanse. Het is een punt van kritiek dat zeker niet Ackerman's gehele benadering ondergraaft, maar dat wel wijst op de beperkte relevantie daarvan: op de beperkte draagwijdte van zijn legitimatiepoging. Ackerman zegt kortweg dit. In de Amerikaanse constitutie treffen we grondrechten aan waarover een brede discussie is gevoerd. Daarom is het recht dat hier verankerd is van een meer fundamenteel karakter dan het recht van alledag. Wie zich verdiept heeft in de totstandkomingsgeschiedenis van de Amerikaanse constitutie, zo meeslepend beschreven in het grote boek van Bernard Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution* (uitgebreide druk in 1992), moet inderdaad onder de indruk komen van de enorme intensiteit van de discussie die vanaf 1770 tot 1789 en later plaatsvond. Politiek was niet een kwestie van een paar parlementariërs, maar een voortdurende gedachtenwisseling over de inrichting van de samenleving door een maximaal aantal betrokkenen.⁵¹ Maar wat voor de Amerikaanse constitutie geldt, geldt niet noodzakelijkerwijs voor elke andere constitutie. Het is heel goed mogelijk dat bijvoorbeeld de ontwerp-constitutie van Ghana die in 1992 is uitgevaardigd niet het product is van een lange discussie door een groot aantal betrokkenen. Het eerste bezwaar tegen het model van Ackerman zou dus kunnen zijn dat we niet kunnen generaliseren over constituties. Eerlijkheidshalve moeten we

49. Savigny, Friedrich Carl von, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Dritte Auflage, Verlag von J.C.B. Mohr, Heidelberg 1840, blz. 12.

50. Vgl. Sunstein, 'Constitutions and democracies: an epilogue', blz. 330 e.v.

51. Bailyn, Bernard, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Enlarged Edition, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England 1992 (eerste druk uit 1976), blz. 160-230 en 321 e.v. Vgl. tevens: Wood, Gordon S., *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, W.W. Norton & Company, New York/London 1969, blz. 469 e.v.; Kammen, Michael, *A Machine that would go of itself*, The Constitution in American Culture, Vintage Books, New York 1987, blz. 219 e.v.; Cox, Archibald, *The Court and the Constitution*, Houghton Mifflin Company, Boston 1987, blz. 31 e.v.

overigens wel opmerken dat dit ook niet de bedoeling is geweest van Ackerman,⁵² maar voor ons doel, te weten het ontwikkelen van een argumentatie voor de verzoening van mensenrechten en democratie, maakt dat het model van Ackerman wel minder geschikt.

Een *tweede* bezwaar tegen het model van Ackerman is dat de argumentatie die hij gegeven heeft niet alleen beperkt is tot hoger recht in *sommige* grondwetten, maar ook dat deze beperkt is tot *grondwetten* en zo op het eerste gezicht niet van toepassing is op hoger recht in verdragen. Aan de totstandkoming van de Amerikaanse grondwet mag een brede discussie over de inhoud van het daarin te verankeren hogere recht zijn vastgelegd, dat geldt niet voor de mensenrechten, zoals neergelegd in het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden. Aan de directe totstandkoming van het EVRM ligt nauwelijks een principiële gedachtenwisseling over de daarin opgenomen grondrechten ten grondslag, althans niet op de manier waarop Ackerman zich dat voorstelt. Een tweetal onderzoekers heeft zelfs gesproken van 'ratificatie à contre coeur'.⁵³ Het is enigszins ontluiserend om te lezen hoe men in Nederlandse regeringskringen dacht over het verdrag dat nu een van onze belangrijkste codificaties van hoger recht is. Pragmatisme, angst voor querulanten, een grote skepsis ten aanzien van de noodzaak de nationale wetgever te onderwerpen aan de rechtsstatelijke vereisten geven de toon aan. Een sterke zelfgenoegzaamheid ook met de verworvenheden van de Nederlandse democratie, ja eigenlijk het soort geluiden dat we ook bij Dicey kunnen beluisteren wanneer hij het heeft over de Engelse democratie van zijn tijd. Hoe het ook zij, van een meer fundamentele discussie over deze mensenrechten is geen sprake en dat is toch wat Ackerman ziet als de voorwaarde om te kunnen spreken van 'higher law making'.

Nu kan men natuurlijk van uit deze vaststelling twee wegen inslaan. De ene weg is dat men aan het EVRM het karakter van hoger recht ontzegt. Dat zou in harmonie zijn met het model dat Ackerman ons voorhoudt. Dit is echter zo'n evident onaanvaardbare optie dat ik deze hier verder niet zal bespreken. Ik zal verder gaan op het spoor dat wellicht iets ontbreekt aan de typering

52. Ackerman probeert een manier van denken over politiek te articuleren en expliciteren die ten grondslag ligt aan het Amerikaanse politieke denken. Hij probeert geen tijdloze waarheden op het spoor te komen. Dit alles in aansluiting bij een moderne tendens in de politieke filosofie om te articuleren wat aan vanzelfsprekendheden, consensus en impliciete waarden aan een bepaalde cultuur ten grondslag ligt. Vgl. daarover: Ackerman, *O.c.*, blz. 10 en verder: Rorty, Richard, 'The priority of democracy to philosophy', in: *Objectivism, Relativism, and Truth*, Philosophical Papers 1, blz. 179 en Rawls, John, 'Justice as Fairness: Political not Metaphysical', in: *Philosophy and Public Affairs*, 14 (1985), blz. 225.

53. Klerk, Y.S., en Poelgeest, L. van, 'Ratificatie à contre coeur: de reserves van de Nederlandse regering jegens het Europees verdrag voor de Rechten van de Mens en het individueel klacht-recht', in: *RM Themis*, 5(1991) mei, blz. 220-246.

van het proces van 'higher law making', zoals beschreven door Ackerman. Dat brengt mij bij een derde punt van kritiek.

Een *derde* vraag die we ten aanzien van het perspectief van Ackerman moeten stellen is de volgende. Voor Ackerman is hoger recht gewaarborgd wanneer door een groot aantal betrokkenen intensief wordt gediscussieerd over hoger recht. Men kan echter de vraag stellen of we ook niet een element van tijdsduur moeten introduceren. Is niet tevens van belang *hoe lang* men met elkaar gediscussieerd heeft? Drie dagen verhit debatteren garandeert nog niet zoveel, zelfs niet van een groot aantal mensen. En drie jaar? Het is moeilijk hier vaste grenzen te trekken en elke grens zal waarschijnlijk wel een element van willekeur in zich bergen. In ieder geval is het zo, dat in een derde door mij te onderscheiden traditie van denken over democratie men de nadruk legt op 'long-term democracy'. Volgens dit derde antwoord op de aantijging dat rechterlijke toetsing aan hoger recht een ondemocratische aangelegenheid zou zijn, gaat men met Ackerman mee dat hoger recht (als een product van constitutionele politiek) van gewoon recht (als een resultaat van normale politiek) dient te worden onderscheiden, maar men stelt tevens dat constitutionele politiek een proces is dat plaatsvindt over een lange tijdspanne. Kort en goed: de materiële legitimatie van bepaalde grondrechten en mensenrechten dient men te zoeken in een *lange* discussie binnen een bepaalde cultuurgemeenschap. Het proces van 'higher law making' is iets dat zijn beslag krijgt door de eeuwen heen. Het huwelijk tussen democratie en traditie is bepaald niet zo ongelukkig als wel eens wordt voorgesteld. Dat brengt ons op het derde en laatste perspectief van waaruit welke men heeft geprobeerd democratie en toetsing van de wet aan hoger recht te verzoenen: het traditionalistisch antwoord.

IV. Chesterton: de brede discussie door de eeuwen heen

De verhouding tussen traditie en democratie is volgens velen een gespannen verhouding. Bentham, Paine, Jefferson,⁵⁴ Kant en vele andere internationaal bekende verlichtingsfilosofen en hun Nederlandse volgelingen (onder anderen Hugo Krabbe) hebben een oorlogsverklaring uitgebracht aan het adres van traditie. Bentham sprak van de dode hand van het verleden die de levenden niet zou mogen beheersen. Dezelfde Bentham wordt met instemming door

54. Vgl. over Jefferson's anti-traditionalisme: McDonald, Forrest, *Novus Ordo Seclorum*, The Intellectual Origins of the Constitution, University Press of Kansas, Kansas 1985, blz. 159. En verder: Matthews, K., *The Radical Politics of Thomas Jefferson: A Revisionist View*, Lawrence, Kans. 1984 en Appleby, 'What Is Still American in the Political Philosophy of Thomas Jefferson?', in: *William and Mary Quarterly*, 39 (1982), blz. 287-309.

Krabbe geciteerd wanneer hij het heeft over 'the old conceit of being wiser than all posterity'.⁵⁵

Er zijn echter ook schrijvers geweest die hebben geprobeerd democratie en traditie met elkaar te verzoenen. De bekendste van hen is waarschijnlijk de Engelse journalist G.K. Chesterton (1874-1936). Volgens Chesterton is traditie alleen maar 'democracy extended through time'.⁵⁶ Wat is, alles welbeschouwd, de normatieve kern van traditie? Dat is dat men vertrouwen heeft in een consensus die verder gaat dan de overeenstemming tussen de leden van een tijdelijke generatie. Traditie impliceert dat men ook rekening houdt met de 'doden'. Het is 'democracy of the dead'.⁵⁷

Men heeft er wel eens op gewezen dat de manier van denken die door Chesterton wordt vertolkt indruist tegen de kern van de moderniteit.⁵⁸ Sinds Kant geldt dat het 'durf te denken'⁵⁹ vooral moet worden doorgezet in het *breken* met de traditie, het ons *losmaken* van die veel geroemde wijsheid van de voorvaderen. Maar het traditionalisme is misschien ten onrechte in zo'n kwade reuk komen te staan. Hedendaagse rechtsgeleerden wijzen erop dat voor de *recht* traditie een belangrijke rol speelt.⁶⁰

En laten we eens nuchter en onbevangen kijken naar die these van Chesterton over traditie als een uitbreiding van het kiesrecht door de tijd heen. Is daar niet iets voor te zeggen? Zou men bijvoorbeeld niet kunnen verdedigen dat voor

55. Vgl. Krabbe, H., 'De heerschappij der grondwet', in: *De Gids*, 1906, 4e deel, blz. 381.

56. Chesterton, G.K., *Orthodoxy*, Third edition, John Lane, London New York z.j., blz. 82. Vgl. verder: 'Tradition may be defined as an extension of the franchise' (blz. 83).

57. Vgl. voor verdere uitingen van Chesterton's traditionalisme: Chesterton, G.K., *Autobiography*, Fischer Press, Sevenoakes, Kent 1992 (1937), blz. 5.

58. Kronman, Anthony T., 'Precedent and Tradition', in: *The Yale Law Journal*, Vol. 99, 1990, blz. 1029-1068.

59. Vgl. Kant, Immanuel, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, in: *Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik*, 1, Hrsg. W. Weischedel, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1981, blz. 53. Vgl. over traditionalisme tevens: Coleman, Samuel, 'Is there reason in tradition?', in: *Politics and Experience*, Essays presented to Professor Michael Oakeshott on the occasion of his retirement, Edited by Preston King and B.C. Parekh, Cambridge University Press, Cambridge 1968, blz. 239 e.v. en Shils, Edward, *Tradition*, Faber and Faber, London and Boston 1981.

60. Aldus Kronman in het hiervoor aangehaalde artikel. Kronman is de meest geprononceerde hedendaagse traditionalist. Vgl. over het traditionalisme het overzicht bij Posner, Richard A., *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England 1990, het laatste hoofdstuk. Vgl. hierover tevens Ackerman's typering van het 'American Burkianism' in *We the People*, blz. 17 e.v. Vertegenwoordigers van het traditionalisme in het hedendaagse Amerikaanse constitutionele denken zijn: Fried, Charles, *Order and Law*, Arguing the Reagan Revolution - A Firsthand Account, Simon & Schuster, New York etc. 1991 en Fried, Charles, 'The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know', in: 60 *Texas Law Review*, 1981, blz. 35-58 en de latere Bickel. Vgl. over deze laatste: Kronman, Anthony, 'Alexander Bickel's Philosophy of Prudence', 94 *Yale Law Journal*, 1567 (1985).

een beginsel als het legaliteitsbeginsel (dat door Beccaria voor het eerst is geformuleerd, door Montesquieu geperfectioneerd, door Anselm von Feuerbach voor het recht toepasselijk gemaakt, door generaties wetgevers en rechters verder uitgewerkt) geldt dat het breder democratisch gelegitimeerd is dan de producten van wat Ackerman normale politiek noemt?⁶¹ Zo vreemd en vergezocht lijkt dat nu ook weer niet. En zou men daaraan dan niet de consequentie kunnen verbinden dat wat door velen na een lang proces van cultivering is tot stand gebracht niet van het ene op het andere moment mag worden afgebroken?

De traditionalistische rechtvaardiging van toetsing aan hoger recht verloopt dus ten dele overeenkomstig de argumentatie van Hamilton en Ackerman. Inderdaad vindt men in de constitutie hoger recht dat steunt op een bredere democratische consensus dan het geval is bij de wetgeving van alledag. Verschil is alleen dat dit fundamentele recht zijn legitimatie niet ontleent aan de intensiteit van de discussie die door de *huidige* generatie gevoerd is, maar aan de accumulatie van bijval en redelijkheid die ook door voorgaande generaties ('historical reason')⁶² in het hoger recht is geïnvesteerd.

Deze traditionalistische modificatie van het perspectief van Ackerman is daarom zo interessant, omdat de twee eerste bezwaren die tegen Ackerman werden aangevoerd op deze manier worden ondervangen. Het traditionalistisch antwoord is immers zowel van toepassing op andere grondwetten dan de Amerikaanse (eerste punt van kritiek op Ackerman) alsook op verdragen (tweede punt van kritiek op Ackerman). Men kan het traditionalistisch antwoord dan ook zien als een verbeterde versie van het constitutionalistisch antwoord.

Om met de grondwetten te beginnen: het hogere recht zoals we dat in grondwetten aantreffen is bijna altijd het product van een geleidelijke ontwikkeling van de materiële constitutie, die op een bepaald moment op schrift wordt gesteld. De bekende uitspraak van William Gladstone dat het bij de Amerikaanse constitutie zou gaan om 'the most wonderful work ever struck off at a given time by the brain and purpose of man'⁶³ getuigt van weinig begrip van het

61. Over de geschiedenis van het nulla poena-principe: Krey, Volker, *Keine Strafe ohne Gesetz*, Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes 'nullum crimen, nulla poena sine lege', Walter de Gruyter, Berlin New York 1983 en 't Hart, A.C., *Strafrecht en beleid*, Essays, Uitgeverij Acco, Leuven 1983, blz. 189 e.v. en Groenhuijsen, *Straf en wet*, rede Tilburg, Gouda Quint, Arnhem 1987. Over de ondermijning van het beginsel in Nazi-Duitsland: Müller, Ingo, *Hitler's Justice*, The Courts in the Third Reich, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1991, blz. 74 e.v.

62. Vgl. over deze traditie: Postema, Gerald J., *Bentham and the common law tradition*, Clarendon Press, Oxford 1989 (1986).

63. Gladstone in *The Declaration of Independence and the Constitution*, ed. E. Latham, Lexington, Mass. 1976, blz. 99, hier aangehaald bij: Kramnick, Isaac, 'Editor's introduction'

ontstaan van constituties.

Het is een van verdiensten van traditionalistische auteurs dat zij ons de ogen hebben geopend voor het geleidelijk ontstaan van constituties. Een van de meest recente beschouwingen over de Amerikaanse constitutie in deze zin stamt van Russell Kirk, die in 1990 een boek onder de titel *The Conservative Constitution* publiceerde. Volgens Kirk geldt dat constituties groeien; zij worden niet uitgevonden: 'a constitution lacking deep roots is no true constitution at all', schrijft hij zelfs.⁶⁴ De constitutie van de Verenigde Staten bestaat al tweehonderd jaar dank zij het feit dat deze een gezonde verworteling heeft in vijftig jaar koloniale geschiedenis en vele eeuwen Brits constitutioneel denken die daaraan vooraf gingen. In de Amerikaanse constitutie werd alleen maar *vastgelegd* wat reeds de waarden en normen waren van de bevolking van de nieuwe republiek.⁶⁵

Voor ons onderwerp is dit relevant omdat het duidelijk maakt dat de democratische legitimatie van het hogere recht niet gezocht kan worden in het feit dat direct voorafgaand aan het aannemen van de constitutie een intensieve discussie heeft plaatsgevonden, maar dat in een grondwet de impliciete aanhankelijkheidsbetuiging van velen gezocht moet worden.

Ook het tweede bezwaar dat we tegen het perspectief van Ackerman hebben aangevoerd kan binnen het traditionalistisch perspectief worden ondervangen. Immers ook voor de mensenrechten die in verdragen worden opgenomen geldt dat het hierbij gaat om principes die reeds eeuwen binnen de westerse cultuur zijn gecultiveerd. Weliswaar is aan de directe ratificatie van verschillende verdragen geen brede discussie over de merites van het daarin opgenomen hogere recht voorafgegaan, maar de rechten als zodanig zijn het product van een eeuwenlange cultivering en modificatie binnen een bepaalde rechtscultuur. Voorlopig zullen we daarom vaststellen dat de traditionalistische modificatie van de theorie van Ackerman er het beste in slaagt aannemelijk te maken dat het hogere recht in grondwetten en verdragen een diepere democratische legitimatie heeft dan de wetgeving van alledag. Er zullen zich echter tevens een paar bezwaren opdringen ten aanzien van die traditionalistisch-democratische rechtvaardiging van het toetsingsrecht die ik eveneens wil bespreken. Het zijn er (op z'n minst) drie. Het eerste probleem is specifiek voor het traditionalisme. Het tweede en derde punt zouden ook tegen Ackerman gericht kunnen

tot *The Federalist Papers*, Penguin, Harmondsworth 1987, blz. 15. Vgl. tevens: Polak, M.V., *Schets van het Amerikaanse Uniestaatsrecht*, tweede gewijzigde druk, Universitaire Pers Leiden, Leiden 1951, blz. 1.

64. Kirk, Russell, *The Conservative Constitution*, Regnery Gateway, Washington, D.C. 1990, blz. 80.

65. Dezelfde gedachte vindt men bij Maistre, Joseph de, *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques*, M.P. Rusand, imprimeur-libraire, Lyon 1833, blz. 65.

zijn:

- (1) De doden hebben geen stemrecht;
- (2) Het is ondemocratisch de levenden te beperken door de besluiten van de doden;
- (3) Het probleem van het 'countermajoritarian dilemma' blijft, want de *rechter* verricht de toetsing.

1. Doden hebben geen stemrecht

Nu zou ik mij kunnen voorstellen dat zich bij de lezer een zekere onvrede doet gevoelen. De gedachten van Chesterton zijn wel mooi en romantisch, zal men tegenwerpen, maar het 'meerekenen van de doden' bij de democratische optelsom is ongegrond. Wanneer we het over democratie hebben, dat wil zeggen over de wenselijkheid om rekening te houden met de wil van de meerderheid, dan gaan we er eenvoudig stilzwijgend van uit dat we bedoelen de *levende* meerderheid. Het is wel heel dichterlijk om met Vogué⁶⁶ te spreken van de doden die nog voortleven, maar staatsrechtelijk is het onzin, omdat alleen een *levend* mens drager is van rechten en plichten, ook constitutionele rechten.

Zijn Chesterton en de zijnen hiermee monddood gemaakt? Dat zou een wat voorbarige conclusie zijn. Maar om dat aannemelijk te maken moeten we eerst helder voor de geest hebben om welk soort vraag het hier gaat. Het gaat om de vraag naar de legitimatie van democratie.⁶⁷ Dat is een vraag die we niet dagelijks stellen. We eisen dat bepaalde *beslissingen* of *regels* democratisch kunnen worden gelegitimeerd. Nu vragen we echter naar iets dat daar weer aan vooraf gaat: wat is eigenlijk de *legitimatie van democratie zelf*? Waarom is democratie een goed, althans een aanvaardbaar proces van besluitvorming? In de kritiek die op het traditionalisme van Chesterton en de zijnen wordt uitgeoefend is impliciet een bepaald antwoord op deze vraag vervat. De vooronderstelling in de tegenwerping van Chesterton's criticus is namelijk dat we rekening houden met de wil van de meerderheid, *omdat elk mens een soort individueel recht heeft om te worden gehoord*. Voor deze theorie van democratie (democratie als 'recht') valt zeker iets te zeggen.

66. Aangehaald bij: Nisbet, Robert, *Conservatism*, Open University Press, Milton Keynes 1986, blz. 26. Andere uitingen van deze mentaliteit vindt men bij: Gilson, Étienne, *L'Esprit de la philosophie médiévale*, J. Vrin, Paris 1978, blz. 402 die commentaar levert op de bekende uitspraak van Bernard van Chartres dat we als dwergen op de schouders van reuzen zitten.

67. Vgl. hierover ook: Gunsteren, Herman van, 'Vier concepties van burgerschap', in: Simonis, J.B.D., Hemerijck, Anton C., Lehning, Percy B., *De staat van de burger*, Beschouwingen voer hedendaags burgerschap, Boom Meppel, Amsterdam 1992, blz. 44-61.

Verhelderend ten aanzien van dit punt is een beschouwing van Bryce over de legitimatie van democratie. In het moderne denken over de fundering van dit recht kunnen we twee belangrijke verklaringen onderscheiden: de Amerikaanse onafhankelijkheidsverklaring en de Franse Declaration des droits de l'homme et du citoyen. In beide verklaringen wordt democratie gezien als het centrale uitgangspunt van het moderne staatsbegrip. 'We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain inalienable Rights, that among these are Life, Liberty, and the pursuit of Happiness, that to secure these rights, Governments are instituted, deriving their just powers from the consent of the governed', aldus de Amerikanen.⁶⁸ Met name in dat laatste gedeelte komt het democratisch element naar voren: regeringen zijn gebaseerd op de 'goedkeuring van de geregeerden'. Dit komt ook terug in verschillende delen van Franse Declaration, zoals de passage waarin bepaald wordt dat 'the principle of all Sovereignty resides essentially in the nation. No body, no individual, can exert any authority which is not expressly derived from it'. En verder: 'All citizens have a right to concur personally, or through their representatives, in making law. Being equal in its eyes, then they are all equally admissible to all dignities, posts, and public employments'.

Men heeft wel gewezen op de verschillen tussen het Amerikaanse en het Franse denken over fundamentele rechten,⁶⁹ maar één ding hebben deze verklaringen nadrukkelijk gemeen: zij gaan beide uit van een niet-utilistische legitimatie van democratie. Uiteindelijk wordt het feit dat men democratische rechten heeft, teruggevoerd op het feit dat we in de ogen van God of van nature gelijk zijn en we dus ook gelijke participatie-rechten hebben. Men zou kunnen spreken van de rechten-variant ten aanzien van de legitimatie van democratie. De axioma's worden gepresenteerd als zelf-evidente waarheden, 'antecedent to and independent of experience', aldus Bryce. Zij worden naar voren geschoven als universele natuurwetten, geschreven in het hart van de mens en 'therefore true always and everywhere'.

Maar men kan zich een andere fundering van democratie voorstellen, aldus Bryce. Voor de geboortestonde van dit soort denken moeten we teruggaan naar de Griekse oudheid. Sommige Griekse filosofen 'were drawing from the actual experience of mankind arguments which furnished another set of foundations on which democracy might rest'.⁷⁰ Voor deze laatste benadering is het vol-

68. Bryce, James, *Modern Democracies*, I, MacMillan, London 1921, blz. 48.

69. Vgl. bijvoorbeeld Arendt, Hannah, *On Revolution*, Penguin Books, Harmondsworth 1973 (1963); Kristol, Irving, 'The American Revolution as a successful revolution', in: *Reflections of a neoconservative*, Basic Books, New York 1983.

70. Bryce, *Modern Democracies*, I, blz. 49.

gende kenmerkend: 'Testing the value of a principle by its practical results, they propounded a number of propositions, some of which may be given as familiar examples'.

Zo ziet men vrijheid als een groot goed omdat het karakter van het individu tot ontwikkeling brengt en bijdraagt tot het welzijn van de gemeenschap. Wanneer de ene mens over de andere heerst kan men zeker zijn dat sommigen zich daartegen zullen gaan verzetten en dat vormt een ondermijning voor de stabiliteit en de orde en rust. Zo kan men dus democratie verdedigen op basis van de noodzaak van orde en rust. Niet de rechten van het individu staan hier centraal, maar afwegingen van utilitaire aard.⁷¹ 'The principles of liberty and equality are justified by the results they yield'.⁷² Deze utilitaire afweging van de consequenties kan natuurlijk verschillende vormen aannemen. Zo vindt men ook wel de overtuiging uitgesproken dat elk mens de beste rechter is van zijn eigen belangen en dat men ook aan ieder individueel mens de beslissing moet overlaten welke vorm van regering hij het meest geschikt acht ter bescherming van die belangen.

Waarschijnlijk zullen deze twee perspectieven altijd wel een rol blijven spelen in de ethiek en politieke theorie. Geconfronteerd met de vraag welk perspectief de voorkeur van Bryce heeft, neemt hij weer, zoals zo vaak, een genuanceerde tussenpositie in. Hij stelt dat 'reflective minds in our day' zich waarschijnlijk meer aangetrokken zullen voeren tot het utilistische denken. Als bezwaren tegen de 'rechten-variant' ten aanzien van de legitimatie van democratie voert hij aan dat het een theorie is die nogal wat metafysische overtuiging van de aanhanger vraagt. Anderzijds erkent Bryce dat de rechten-variant waarschijnlijk meer tot de verbeelding spreekt. Het gaat hierbij om een 'appeal to emotion at least as much as to reason'. De rechten-variant is echter aantrekkelijk omdat zij de mens naar een hoger plan lijkt te verheffen; de mens, drager van rechten, krijgt een magische kracht toebedeeld. Bryce zegt: 'Rousseau fired a thousand for one whom Benthamism convinced'.

Welke van deze twee theorieën over de legitimatie van democratie de juiste is wil ik hier, net als Bryce, laten rusten. Ik wil mij beperken tot de constatering dat de tegenwerping die hiervoor werd gepresenteerd tegen het traditionalistisch perspectief, namelijk dat de doden geen stemrecht hebben, valide is wanneer men zich op het standpunt van de rechten-variant stelt. Laat men zich echter inspireren door de utilitaire verdediging van democratie dan is de

71. Zo zou men respect voor mensenrechten ook kunnen verdedigen omdat dit een garantie vormt voor vrede. Vgl. daarover: Doyle, Michael, 'Liberalism and World Politics', in: *American Political Science Review*, Vol. 80, No. 4, december 1986 en Fukuyama, Francis, *The End of History and the Last Man*, The Free Press/Macmillan, New York 1992, blz. 39 e.v.

72. Bryce, *Modern Democracies*, I, blz. 50.

tegenwerping weinig relevant; het is dan slechts een *petitio principii*, er wordt immers voorondersteld dat de legitimatie van democratie alleen kan worden gegeven in termen van apriorische rechten op participatie.

Ik wil mij daarom beperken tot een verdediging van de bescheiden these dat voor het traditionalistisch perspectief meer te zeggen valt dan men doorgaans meent. Daarvoor is het voldoende aannemelijk te hebben gemaakt, dat het toekennen van stemrecht aan de doden met althans een bepaalde visie op democratie goed verenigbaar is, namelijk met de pragmatisch-utilistische.

2. Het is ondemocratisch de levenden te beperken door de besluiten van de doden

Een tweede bezwaar dat men wel heeft ingebracht tegen de traditionalistisch-democratische legitimatie van het toetsingsrecht is het volgende. Wat stellen de traditionalisten voor, zo zou een criticus kunnen vragen? Zij stellen dat we in grondrechten en mensenrechten een diepere democratische wilsuiting aantreffen dan in de wetgeving van alledag en dat het dienovereenkomstig van uit democratisch oogpunt gerechtvaardigd moet kunnen worden de wetten van alledag ondergeschikt te maken aan de meer fundamentele wetten. Maar wat betekent dat? Het betekent dat de wilsuitingen van de huidige generatie kunnen worden beperkt door de wilsuitingen van de vorige generaties. Of, om het wat provocerder te formuleren: het betekent dat we de levenden laten knechten door de doden. Is het niet een democratisch recht bij uitstek dat elke generatie haar eigen beslissingen kan nemen zonder geregeerd te worden door de dode hand van het verleden?

Deze vorm van kritiek ligt in het verlengde van het eerste punt van kritiek, maar legt toch andere accenten. In het eerste punt van kritiek betwist men het 'stemrecht' van de doden. In het tweede punt van kritiek valt men niet zozeer het stemrecht van de doden in abstracto aan, maar wel voorzover dit een beperking aanbrengt op de rechten van de levenden. Dit lijkt zeker zo sterk als, zo niet sterker dan, het eerste punt van kritiek.

Dit tweede punt is een verwijt geweest aan het adres van het traditionalisme dat keer op keer naar voren is gekomen in de geschiedenis van het politieke en constitutionele denken. Thomas Jefferson, met Bentham een van de grootste tegenstanders van het recht van de ene generatie om de andere te binden, stelde voor om alle constituties en wetten elke negentien jaar geheel opnieuw te laten opstellen.⁷³

In Nederland werd de afkeer om het verleden over het heden te laten heersen

73. McDonald, *Novus Ordo Seclorum*, blz. 159.

op een militante manier verwoord door Hugo Krabbe.⁷⁴ Krabbe verzette zich onder andere tegen het idee van een rigide constitutie. Immers wat is een grondwet die alleen met een verzwaarde meerderheid van twee derden kan worden gewijzigd anders dan een heerschappij van een dode generatie over de levenden? 'De versterkte meerderheid verhindert de normale doorwerking eener op het stuk van de grondwettelijke recht zich openbarende veranderde rechtsovertuiging', aldus Krabbe.⁷⁵ De fout die men dan maakt is dat men het gezag van een 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 ook later het geval is? Bepaald niet. Of een wet 'veel of weinig rechtswaarde heeft' kan uitsluitend worden beslist naar de rechtsovertuigingen die op het moment dat men de vraag stelt heersen. De misvatting van het door Krabbe gewraakte stelsel ligt 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'.⁷⁶

Wanneer men dan ook zou willen zeggen dat de meerwaarde van het grondwettelijke recht berust op de versterkte meerderheid waarmee het is vastgesteld, dan is dat een fictie, immers die meerwaardigheid steunt op de rechtsovertuiging van vroegere generaties, terwijl dat bij het huidige geslacht wel heel anders kan liggen. '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'.⁷⁷

Traditionalistische auteurs hebben natuurlijk geprobeerd om voor de binding aan het verleden een bepaalde verantwoording te geven. De meest overtuigende argumentaties knopen aan bij (a) het verschijnsel van de identiteit en (b) dat van prudent gedrag. Laten we deze fenomenen kort belichten.

a. Identiteit bij individuen en gemeenschappen

74. Vgl. over diens opvattingen: Zoethout, C.M., 'Hugo Krabbe over recht, staat en staatsrecht', in: *Recht en kritiek*, 1991, blz. 468-481.

75. Krabbe, 'De heerschappij der grondwet', blz. 372.

76. Krabbe, 'De heerschappij der grondwet', blz. 376.

77. Krabbe, H., *Ongezonde lectuur*, J.B. Wolters, Groningen 1913, blz. 32.

Anti-traditionalisten als Jefferson en in Nederland Hugo Krabbe willen eigenlijk niets weten van de *identiteit van een rechtsgemeenschap*. Zij neigen ertoe scherpe scheidingen te maken tussen wetgever *a* en wetgever *b* of tussen generatie *a* en generatie *b*. De ene generatie staat geheel los van de andere generatie, zo doen zij voorkomen. Ogenscheinlijk is dat een vanzelfsprekende constatering. Nadere beschouwing leert echter dat het zelfs empirisch onhoudbaar is. Net als de draden in het touw van Wittgenstein⁷⁸ overlappen generaties met elkaar.⁷⁹

Men kan natuurlijk conceptueel-definitoerisch zo'n scherpe scheiding tussen generaties aanbrengen, maar veel dingen in het recht, ook, of misschien wel met name, het constitutionele recht, worden dan wel moeilijk begrijpelijk. Wellicht is het ter onderbouwing van die stelling verhelderend eerst een vergelijking te maken met een natuurlijk persoon en vervolgens te bezien of dit enige betekenis heeft voor collectiviteiten als staten, wetgevers en maatschappijen. Stel een vriend van ons is geïnteresseerd geraakt in filosofie, met name Oosterse filosofie en Griekse filosofie uit de pre-socratische periode. Verder gaan we er voor deze casus van uit dat hij ons iets heeft beloofd, maar dat hij zijn belofte niet nakomt. We spreken de persoon daarop aan en hij antwoordt ons het volgende. 'Wat ik heb beloofd heb ik *gisteren* beloofd en de persoon van vandaag is niet meer de persoon van gisteren. Alles is in een voortdurend veranderingsproces begrepen, alles stroomt, alles vloeit, men kan niet twee keer in dezelfde rivier stappen. Dat geldt niet alleen voor de natuur, maar ook voor de mens. Men kan mij niet houden aan iets dat door mijn vroeger zelf is beloofd'.

Hij zou ons ongetwijfeld filosofisch verward achterlaten, zoals Alice in Wonderland regelmatig 'puzzled' achterblijft wanneer haar zaken overkomen die voor ons tot de natuurlijke onmogelijkheden behoren.⁸⁰

We kunnen de intrigerende problemen waarmee we hier te maken hebben niet allemaal aan de orde stellen, laat staan oplossen, maar het ligt toch wel in de rede om te veronderstellen dat onze waarschijnlijk wat oneigenlijk gemotiveerde filosoof hier niet zo gemakkelijk van af komt. Behoudens zeer ernstige metamorfoses (geestesziekten, zoals schizofrenie) gaan we namelijk uit van een zekere identiteit door de tijd heen.

78. Vgl. Wittgenstein, L., *Philosophical investigations*, Basil Blackwell, Oxford 1976 (1953), blz. 31.

79. Vgl. voor een ontkenning: Paine, Thomas, *Rights of Man*, Penguin Books, Harmondsworth 1984, blz. 42: 'Those who have quitted the world, and those who are not yet arrived at it, are as remote from each other, as the utmost stretch of mortal imagination can conceive'.

80. Vgl. bijvoorbeeld de discussie met de rups, die van identiteitsproblemen geen last heeft wanneer hij in een vlinder verandert. In: Carroll, Lewis, *Alice in Wonderland*, tweede druk, Iacob, Amsterdam 1984, blz. 57 e.v.

Kenmerkend voor de manier van denken van diegenen die zich tot het traditionalistisch antwoord aangetrokken voelen is dat zij ook gemakkelijker spreken van een identiteit van organisaties, instituties, staten en maatschappijen. Ongetwijfeld maken zij zich daarmee tot mikpunt van de scherpe kritiek, zo niet hoon, van Bentham⁸¹ en Krabbe, die de traditionalisten een soort irrationele en collectivistische mystiek toedichten. Naties zijn toch geen 'individuals writ large!' En hoeveel mystificerende theorieën hebben niet heel wat verwarring gesticht door aan culturen eigenschappen toe te schrijven die alleen maar aan individuen toekomen; denk aan Spenglers 'culturen'.

Dat mag zo zijn, maar het feit dat sommige eigenschappen van individuen een geforceerde indruk zouden maken wanneer deze van toepassing zouden worden verklaard op collectiviteiten, mag ons niet de ogen doen sluiten voor het feit dat heel wat parallellen te trekken zijn die niet geforceerd overkomen. We houden staten in het volkenrechtelijk verkeer op dezelfde manier aansprakelijk als individuen. De Groots bekende 'pacta sunt servanda' als leidend beginsel voor het internationaal publiekrecht gaat in feite ervan uit dat we staten net als individuen aan hun woord kunnen houden. In dat licht bezien is het op z'n minst verantwoord de vraag te stellen of het voor het rechtssysteem niet aannemelijk is in ieder geval *tot op zekere hoogte* van zo'n identiteit uit te gaan, net als we dit in het alledaagse leven doen ten aanzien van natuurlijke personen. In het internationaal recht lijken we daar zeker van uit te gaan wanneer we het redelijk vinden dat de naoorlogse regeringen van Duitsland en Italië compensatie betalen voor het onheil dat is aangericht door het nationaal-socialistische en fascistische regime.

(Van een identiteit van staten door de tijd heen is men ook uitgegaan in de zogenaamde *Tinoco*-casus. Tinoco, een dictator van Costa Rica, had, optredend als regeerder van Costa Rica, bepaalde concessies gedaan aan Britse firma's. Nadat hij het veld had geruimd verklaarde Costa Rica dat deze concessies niet geldig waren geweest, een zienswijze waartegen Groot-Brittannië krachtig protesteerde. De zaak werd voor arbitrage voorgelegd, waarbij de arbiter vaststelde dat Tinoco de machthebber was in Costa Rica en dat daarom zijn handelingen ook zouden moeten worden gezien als bindend voor toekomstige

81. Bentham ergerde zich mateloos aan traditionalistisch gedachtengoed. In *The Book of Fallacies* schrijft hij: 'It is from the folly, not from the wisdom of our ancestors, that we have so much to learn' (Aangehaald bij: Dinwiddy, John, *Bentham*, Oxford University Press, Oxford New York 1989, blz. 71). Ten Have spreekt van een dominant *anti-historisme* als kenmerkend voor Bentham's werk. Vgl. Have, Henk ten, *Jeremy Bentham*, Een quantumtheorie van de ethiek, Kok/Agora, Kampen 1986, blz. 31. Vgl. voor een discussie over dit onderwerp: Twining, William, 'The Contemporary Significance of Bentham's Anarchical Fallacies', in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, bd. LXI/3 (1975), blz. 325-356 en Dalgarno, Melvin, 'The Contemporary Significance of Bentham's Anarchical Fallacies: A Reply to William Twining', in: idem, blz. 357-386.

regeringen en regeerders).⁸²

Conform een dergelijke erkenning van traditie en identiteit door de tijd heen zou men erop kunnen wijzen dat wanneer een volk een constitutie maakt of een verdrag sluit, het niet aangaat voor een latere generatie om te doen voorkomen alsof men daar in het geheel niets mee te maken heeft, zoals onze filosoof in het genoemde voorbeeld deed, toen hij werd aangesproken op zijn vroeger zelf dat hij meent te hebben afgestroopt als een vlinder zijn cocon. Het specifiek menselijke, namelijk dat de mens zich kan engageren aan projecten die zijn persoonlijk leven overstijgen,⁸³ verloochent men wanneer men zich op het strakke standpunt van Bentham of Krabbe stelt. Mensen zouden in zo'n geval, om met Burke te spreken, niet veel meer zijn dan de 'flies of a summer'. Iets dergelijks heeft ook A.A.H. Struycken willen overbrengen in zijn discussie met Krabbe, maar het ontbrak Struycken aan het filosofisch-analytisch vermogen om dat op een scherpe en overtuigende manier te doen.⁸⁴

b. Traditionalisme en prudent gedrag

Een tweede argument dat men voor een binding van deze generatie aan bepaalde besluiten van de vorige zou kunnen aanvoeren knoopt eveneens nauw aan bij een bepaalde anthropologische visie. Hierbij zoekt men inspiratie bij beschouwingen over prudent gedrag. Laten we weer beginnen bij voorbeelden van prudent gedrag voor het individu en bezien in hoeverre deze relevant zijn voor een collectiviteit.

Kenmerkend voor de mens is dat hij vooruit kan zien. Hij is niet aan het hier en nu gebonden maar kan voorzieningen treffen voor de toekomst.⁸⁵ Dit gaat echter verder dan het aanleggen van een wintervoorraad, hetgeen ook de dieren doen. De mens kan tevens *anticiperen op zijn eigen onredelijke momenten*. We plaatsen de wekker een eind van het bed, zodat we de volgende morgen gedwongen zijn op te staan alvorens deze te kunnen uitzetten. We kopen geen chocolade of sigaretten om niet in de verleiding te komen deze 's avonds op

82. Vgl. (1923), *UN Reports of International Arbitral Awards*, I 375. Akehurst, Michael, *A Modern Introduction to International Law*, Sixth Edition, Harper Collins Publishers, London 1991, blz. 57. Vgl. voor voorbeelden hoe na de onafhankelijkheid door Amerika, bepaalde banden aangegaan vóór dit historisch feit, werden erkend: Cox, Archibald, *The Court and the Constitution*, Houghton Mifflin Company, Boston 1987, blz. 31 e.v.

83. Vgl. daarover: Arendt, Hannah, *The human condition*, The University of Chicago Press, Chicago & London 1958, blz. 136-175.

84. Vgl. Struycken, A.A.H., *De Grondwet, haar karakter en waarde*, Gouda Quint, Arnhem 1914; Struycken, A.A.H., *Recht en gezag*, Eene critische beschouwing van Krabbe's moderne staatsidee, S. Gouda Quint, Arnhem 1916.

85. Vgl. bijvoorbeeld: Landmann, Michael, *Philosophische Anthropologie*, Walter de Gruyter, Berlin/New York 1976, blz. 161.

te eten, respectievelijk op te roken. De romeinse keizer die heeft ontdekt dat zijn geliefde hem bedrogen heeft, verbant haar naar een onbewoond eiland, maar geeft aan de uitvoerende instantie het bevel hem niet te vertellen naar *welk* eiland. Odysseus laat zich aan de mast vastbinden, smeert zijn bemanning de oren met was dicht en laat zich zo langs de Sirenen varen om het gezang te kunnen beluisteren zonder dat zijn schip op de klippen loopt. De excessieve eter laat operatief een zakje in zijn maag plaatsen dat hem telkens een opgeblazen gevoel geeft bij een voldoende hoeveelheid voedsel.

Nu gaat het hierbij om individuele beslissingen waaraan nog geen politieke dimensie te onderkennen is. Maar kunnen we niet hetzelfde doen als collectiviteit? Kan niet de wetgever ook in verstandige momenten voorzieningen treffen voor onredelijke ogenblikken? Waarschijnlijk wel. Dat is in feite wat we doen wanneer we besluiten veiligheidsgordels bij de wet verplicht te stellen. Het meest duidelijk ligt het echter bij het maken van een constitutie. Vroeger had een constitutie als doel het breidelen van de macht van een ander, de vorst. Tegenwoordig heeft deze als doel het breidelen van onze *eigen* macht,⁸⁶ het verhoeden, of in ieder geval moeilijker maken,⁸⁷ om collectief onredelijke dingen te doen, zoals het schenden van grondrechten. We stellen dat bepaalde verworvenheden alleen met een verzwaarde meerderheid mogen worden gewijzigd.⁸⁸

86. Vgl. Schmitt, Carl, *Der Hüter der Verfassung*, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1931, blz. 25: Terwijl men in de 19e eeuw het toetsingsrecht voorstond omdat men bescherming verlangde tegenover de regering, wil men tegenwoordig een bescherming tegenover een meerderheid in het parlement.

87. In hoeverre het recht, met name hoger recht, eventueel neergelegd in een rigide constitutie, ons kan helpen in tijden van crisis is natuurlijk een punt waarover men een intrigerende discussie kan voeren. Radbruch meende dat een zekere oriëntatie op natuurrechtelijke principes de juristen uit het Derde Rijk weerbaarder had kunnen maken tegen het afglijden naar het nationaal-socialisme. Vgl. Radbruch, Gustav, 'Fünf Minuten Rechtsphilosophie' en 'Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht', in: Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie*, Achte Auflage, Hrsg. E. Wolf en H.P. Schneider, K.F. Koehler Verlag, Stuttgart 1973, blz. 327-329 en 339-351. H.L.A. Hart vindt dat een wat naïeve veronderstelling. Vgl. Hart, H.L.A., 'Positivism and the Separation of Law and Morals', *Harvard Law Review*, Vol. 71 (1958), ook in: H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1983, blz. 75. Voor constituties komt deze discussie terug bij: Haersolte, R.A.V. van, 'Toetsing naar de wijze van de Hoofdige Boer', in: Cliteur, P.B., *Constitutionele Toetsing*, met commentaren van R.A.V. van Haersolte, J.M. Polak en T. Zwart, Prof. mr. B.M. Teldersstichting, Den Haag 1991, blz. 189.

88. Holmes, 'Precommitment and the paradox of democracy', in: J. Elster and R. Slagstad, *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, New York, Port Chester, Melbourne, Sydney 1988, blz. 236. Vgl. verder: Thomas Schelling, *The Strategy of Conflict*, Cambridge, Mass. Harvard University Press, blz. 139 e.v.; *Choice and Consequence*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 1984, blz. 58; Jacobs, Frans, 'Das Paradigma der praktischen Unvernunft', in: ARSP-Beiheft, Franz Steiner Verlag, Stuttgart 1993, blz. 151-153.

Nu zijn er verschillende manieren om de houdbaarheid van een bepaalde theorie aan te tonen. Wat we hier hebben gedaan, is laten zien dat voor het traditionalistisch perspectief iets te zeggen valt. We kunnen de zaak ook van de andere kant benaderen en proberen te laten zien dat het tegengestelde van het traditionalistisch perspectief, de theorie van Krabbe en Bentham, die in feite neerkomt op een glorificatie van de actueel geuite wil van de huidige wetgever, onhoudbaar is. Want laten we proberen ons de ongebreidelde heerschappij van de huidige generatie van Bentham en Krabbe voor te stellen voor het hedendaags constitutioneel recht. Zou dat niet betekenen dat de huidige wetgever zich niets gelegen hoeft te laten liggen aan de vorige, laten we zeggen van vijf of tien jaar geleden? De wetgever van voor de verkiezingen zou zich kunnen aansluiten bij het EVRM, de wetgever van na de verkiezingen zou het lidmaatschap weer kunnen opzeggen. Dat is precies wat Roy Hattersley, de Engelse Labour politicus, heeft voorgesteld. Zelfs wanneer het huidige Engelse parlement de Europese Conventie in het Engelse recht zou incorporeren, zou op basis van de 'soevereiniteit van het parlement' de volgende wetgever deze incorporatie weer ongedaan kunnen maken.⁸⁹ En wanneer we uitgaan van de ongebreidelde heerschappij van de 'levenden' dan zou de huidige wetgever zich ook niets gelegen behoeven te laten liggen aan het vereiste dat constitutionele veranderingen slechts met twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen kunnen worden doorgevoerd, want dat is ook maar een afspraak van een dode generatie, de 'dwaasheid' en niet die veelgeroemde 'wisdom of our ancestors'. Ja, eigenlijk moeten we zeggen dat wanneer we de heerschappij van de levenden serieus nemen, elke vorm van binding door constitutioneel recht een hersenschim lijkt.

Men heeft wel eens opgemerkt dat door middel van een constitutie generatie *a* generatie *c* kan helpen om te voorkomen dat zij in slavernij wordt verkocht door generatie *b*.⁹⁰ Dat is nogal dramatisch gesteld, maar wanneer we denken aan het natuurlijk milieu is het zo langzamerhand niet zo'n vreemde gedachte dat we beperkingen stellen aan wat de huidige generatie mag doen. McIlwain stelt: 'We must leave open the possibility of an appeal from the people drunk to the people sober, if individual and minority rights are to be protected in the periods of excitement and hysteria from which we unfortunately are not immune'.⁹¹

Het lijkt op z'n minst gerechtvaardigd dat we enige twijfel ventileren ten

89. Zie Dworkin, *A Bill of Rights for Britain*, blz. 38.

90. Holmes, 'Precommitment and the paradox of democracy', blz. 226.

91. McIlwain, Charles Howard, *Constitutionalism, ancient and modern*, Cornell University Press, Ithaca, New York 1947 (1940), blz. 149; Cf. tevens: McIlwain, 'The fundamental law behind the constitution of the United States', *Constitutionalism & the changing world*, Cambridge University Press, London etc. 1939, blz. 245.

aanzien van de theorie over de vermeend ongebreidelde rechten van de huidige generatie. Twijfel, meer niet. Laten we het relatief gelijk van het traditionalisme ook niet overdrijven en ons beperken tot de bescheiden conclusie dat kenmerkend voor recht misschien geen knieval, dan toch een lichte buiging voor traditie is.

3. Het probleem blijft: de (Amerikaans realistische) kinderen van Hoadly

Op dit punt aangekomen is er nog één kwestie waarover enige opmerkingen moeten worden gemaakt. Dat heeft daarmee te maken dat het mogelijk is dat zich aan het eind van onze reis door traditionalistisch gedachtengoed een criticus zal melden die ons terugvoert naar het begin. En dat begin was de formulering van het 'countermajoritarian dilemma', zoals aan de orde gesteld door Robert Jackson. In een nadere explicitering van de gedachten van Jackson hebben we toen gezegd dat toetsing aan hoger recht ondemocratisch zou zijn (1) omdat het uitgaat van de gedachte dat er waarden dienen te worden gerespecteerd, die aan het normale politieke proces worden onttrokken, maar ook (2) omdat in de loop van de historische ontwikkeling aan een niet-democratisch gelegitimeerd orgaan, te weten de rechter, de bevoegdheid is toebedeeld op de naleving van mensenrechten toezicht te houden. Waar echter tot nu toe voortdurend onze aandacht op geconcentreerd is geweest, zou deze criticus kunnen opmerken, is op het aandragen van een argumentatie waarom hoger recht beter democratisch gelegitimeerd is dan gewoon recht. Maar dat dit hogere recht moet worden toegepast door een niet-democratisch gelegitimeerd orgaan als de rechter is een onderwerp dat nog niet aan de orde is geweest. Men kan zich daarom voorstellen dat onze criticus de stelling zou verdedigen dat *zelfs* wanneer al het voorgaande overtuigend is, dit toch nog geen democratische legitimatie aan het toetsingsrecht geeft. Diegenen die rechterlijke toetsing en democratie met elkaar willen verzoenen zullen aannemelijk moeten maken waarom de producten van een democratisch gelegitimeerd orgaan als de wetgever plaats moeten maken voor de producten van een niet democratisch gelegitimeerd orgaan als de rechter⁹² (in de Verenigde Staten spreekt men over het Supreme Court wel enigszins denigrerend als de negen oude mannen; een heerschappij van de 'bijna doden', zou men kunnen zeggen). Dit punt is al vroeg onder de aandacht gebracht in de constitutionele geschiedenis en de Amerikanen zijn zich van het probleem terdege bewust geweest. Bishop Hoadly zei bijna driehonderd jaar geleden, dat wie het absolute gezag heeft om wetten te interpreteren eigenlijk de wetgever is, niet degene

92. Vgl. Prakke, *Bedenkingen tegen het toetsingsrecht*, Handelingen van de Nederlandse Juristen-Vereniging, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1992, blz. 10.

die de wetten gemaakt heeft:

'Nay, whoever hath an *absolute authority to interpret* any written or spoken laws, it is *he* who is truly the *Law-giver* to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them'.⁹³

In de Amerikaanse rechtsliteratuur vindt men deze uitspraak keer op keer herhaald, in het bijzonder bij de aanhangers van die typisch Amerikaanse theorie over het recht die bekend staat onder de naam rechtsrealisme. Ja, wat is het werk van John Chipman Gray, Oliver Wendell Holmes en Jerome Frank anders dan 'Hoadly writ large'? Gray schreef dat we uit het feit dat niet de wetgever, maar de rechter het laatste woord heeft de conclusie dienen te trekken dat recht niet kan worden omschreven als het geheel van regels dat de *wetgever* maakt, maar als het geheel van regels dat de *rechter* maakt.⁹⁴ Holmes verwoordde een analoog standpunt met zijn bekende definitie van recht in termen van rechterlijk gedrag: 'The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law'.⁹⁵ Jerome Frank, een volgeling van Holmes, die de meest radicale elementen in het denken van zijn leermeester accentueerde, meende dat men deze zin van Holmes als volgt moest verstaan. Het recht zou niet bestaan uit regels (een opvatting waaraan ook nog Gray had vastgehouden), maar uit *beslissingen*. 'There is no mysterious entity apart from these decisions', aldus Frank over het rechterlijk oordeel. Het recht is niets anders dan de beslissingen van een handvol oude mannen. Wat zij beslissen is recht en wat zij niet beslissen is geen recht.⁹⁶

Hoe hard wordt het traditionalisme door deze aanval van de realisten getroffen?

93. Benjamin Hoadly, Bishop of Bangor. Sermon preached before the King, 1717, blz. 12. Aangehaald bij: Gray, John Chipman, *The Nature and the Sources of the Law*, Second Edition from the Author's Notes, by Roland Gray, LL.B., The MacMillan Company, New York 1948 (1909), blz. 125. Vgl. ook al Montaigne die in zijn Essai 'over de ervaring' schrijft dat diegenen die menen door middel van wetten de vrijheid van de rechters te kunnen beknotten over het hoofd zien dat wetten met een zelfde vrijheid en speelruimte worden geïnterpreteerd als gemaakt: 'il y a autant de liberté et d'étendue à l'interprétation des lois qu'à leur façon' (*Essais* III/13).

94. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, blz. 172.

95. Holmes, *The path of the law*, in: *Collected Legal Papers*, blz. 173. Holmes' typering kan wat bekendheid betreft alleen concurreren met die andere realistisch geïnspireerde uitspraak van Hughes: 'the Constitution is what the judges say it is'. Vgl. Hughes, C., *The Supreme Court of the United States*, 1928, blz. 120, aangehaald bij: Linde, Hans A., 'Judges, Critics, and the Realist Tradition', in: *The Yale Law Journal*, Vol. 82 (1972), blz. 227.

96. Frank, Jerome, *Law and the modern mind*, Gloucester, Mass., Peter Smith 1970, blz. 19. Vgl. voor een meer gematigde kritiek op het Amerikaanse bestel: Hart, H.L.A., 'American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream', in: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1983, blz. 124.

Moet niet inderdaad het traditionalistisch streven om toetsing en democratie te verzoenen nog in deze laatste fase vastlopen?

Dat lijkt inderdaad het geval te zijn wanneer het niet mogelijk blijkt argumenten aan te dragen waarom speciaal de *rechter* (en dus niet de wetgever) die toetsing zou moeten verrichten. De voorstanders van toetsing zullen duidelijk moeten maken wat de rechter als 'Hüter der Verfassung' voorheeft op de wetgever. Laten we drie antwoorden op deze vraag kort belichten die in de constitutionele theorie zijn gepresenteerd. Hamilton en Marshall hebben ons daarvoor al twee visies aangedragen, een derde kunnen we vinden bij Robert Kranenburg.

Het *eerste* argument voor *rechterlijke* toetsing (in tegenstelling tot die van de wetgever; voorzover men daarvan kan spreken, waarover hieronder meer) heeft als aanknopingspunt de leer van de trias politica en dan dat deel van deze leer dat niet doelt op de noodzaak van *machtenscheiding*, maar op *machtsevenwicht*. Kijk eens naar de verschillende onderdelen van de trias, vraagt Hamilton. De uitvoerende macht heeft de beheersing over het zwaard. De wetgevende macht heeft de beheersing over het geld. En de rechterlijke macht? De rechterlijke macht heeft alleen maar 'oordeel'. Het is daarom volkomen verantwoord de rechterlijke macht iets extra te geven, te weten de bevoegdheid om de grondwettigheid der wetten te bewaken.⁹⁷

We zouden dit als de 'statische variant' van het trias-argument kunnen beschouwen. Statisch, omdat geen beroep wordt gedaan op bepaalde ontwikkelingen in het constitutioneel bestel, maar omdat men louter modelmatig, bijna aprioristisch, de essentiële geaardheid van de drie machten becommentarieert. Deze statische benadering van het trias-argument, zo karakteristiek voor de Amerikaanse politieke filosofie, hoort men in Europese context veel minder. Hier wordt de laatste tijd vaak een beroep gedaan op wat men zou kunnen noemen een 'dynamische variant' van het trias-argument. Dat wil zeggen dat men weliswaar ook een beroep doet op het evenwicht van de verschillende machten (en niet de scheiding), maar dan als reactie op onverkwikkelijke ontwikkelingen in het staatsbestel. Men kan denken aan het nog altijd toenevend monisme, de steeds sterker wordende macht van de executieve, het veelvuldig gebruik dat van delegatie wordt gemaakt en een steeds intensiever modifierend optredende wetgever. Hierop zou een tegenreactie moeten volgen.

Een *tweede* argument voor rechterlijke toetsing stamt van Marshall. Het knoopt aan bij de gedachte van een geschreven constitutie. Marshall ging in zekere zin in de lijn van Hamilton verder toen hij probeerde te beargumenteren hoe het idee van rechterlijke toetsing logisch samenhangt met dat van een geschre-

97. *The Federalist Papers*, blz. 437.

ven constitutie. In het Amerikaanse systeem wordt de macht van de wetgever gebreideld door een geschreven constitutie, aldus Marshall. Wat heeft het voor zin om die macht te beperken en dat zelfs op schrift te stellen, wanneer diegenen wier macht beperkt moet worden zich op elk moment aan die binding kunnen onttrekken?⁹⁸ Moet men niet stellen dat het idee van een geschreven constitutie en dat van toetsing eigenlijk in elkaars verlengde liggen? 'To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained?', vraagt Marshall rhetorisch.

Een *derde* argument om het toetsingsrecht aan de rechter toe te delen en niet aan de wetgever heeft te maken met het feit dat het niet anders *kan*. Men hoort nogal eens zeggen dat ook de Eerste Kamer of de Raad van State of de wetgever zelf tot taak heeft te waken over de constitutionaliteit van wetten. Dat mag juist zijn, maar wat men met dit soort opmerkingen licht vergeet, is dat een toetsing vooraf sterk verschilt van een toetsing achteraf. De eerste is een toetsing in abstracto, de laatste een toetsing naar aanleiding van het concrete geval dat voorligt. Aangezien het menselijk verstand beperkt is, blijkt telkens weer dat we van te voren niet kunnen vaststellen welke eventuele strijdigheden nog in de toekomst zullen blijken. Die toetsing vooraf verschilt zo sterk van de toetsing achteraf dat het aanbeveling verdient het 'toetsen' vooraf geen toetsen te noemen.⁹⁹

Laten we nu weer terugkeren tot de 'realistische' aanval op de traditionele opvattingen over interpretatie die de noodzaak van conformiteit met de wet benadrukken. Kunnen deze drie argumenten om het toetsingsrecht aan de rechter (en niet de wetgever) toe te delen de vraag *Quis custodiat custodes?* adequaat beantwoorden? Het antwoord ligt voor de hand: maar zeer ten dele! Immers zelfs wanneer Hamilton, Marshall en Kranenburg¹⁰⁰ gelijk zouden hebben met hun opmerkingen, blijven we zitten met het probleem dat de rechters volgens Frank een invulling aan hun taak kunnen geven die niet de geaccumuleerde constitutionele wijsheid van eeuwen weerspiegelt, maar hun eigen hoogst particuliere ideeën over wat politiek wenselijk is. We blijven

98. 1 *Marbury v. Madison*, Cranch 137 (1803), blz. 8. Over de opvattingen van Marshall zijn talloze artikelen en boeken verschenen. Ik verwijs hier slechts naar één recente Nederlandstalige bijdrage en de aldaar genoemde literatuur: Herwijnen, H.F., 'John Marshall en de eenwording van de Verenigde Staten', in: *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, okt./nov. 1992, blz. 760-771.

99. In deze zin: Kranenburg, R., *Het Nederlandsch Staatsrecht*, zevende druk, H.D. Tjeenk Willink, Haarlem 1951, blz. 382.

100. Volledigheidshalve moet hier worden opgemerkt dat Kranenburg op grond van een argumentatie die in dit verband niet ter zake doet toch *niet* tot een pleidooi voor het toetsingsrecht komt.

achter met het probleem dat wanneer de realisten gelijk hebben met hun stelling dat de constitutie is wat de rechters zeggen, de ene tyrannie voor de andere wordt ingewisseld. Van een 'elective despotism' waarvoor de founding fathers vreesden geraken we dan bij een 'government by judiciary'.¹⁰¹

Ik denk dat dit punt terecht onder de aandacht wordt gebracht en kan dan ook niet anders dan stellen dat, wanneer de Amerikaans realistische visie op rechterlijke interpretatie in haar radicale variant juist is,¹⁰² het traditionalistisch streven om democratie met rechterlijke toetsing te verzoenen 'would amount to nothing'.¹⁰³ Maar is die realistische visie inderdaad zo overtuigend als het op het eerste gezicht lijkt? We zullen hier niet proberen om het Amerikaans realisme (of 'skeptical realism', zoals het ook wel genoemd wordt)¹⁰⁴ te weerleggen (gesteld dat zoiets überhaupt mogelijk is), maar ons, geheel in de lijn van de wijze waarop ook de twee andere argumenten tegen het traditionalistisch perspectief zijn behandeld, beperken tot de stelling dat *als* de kinderen van Hoadly gelijk hebben *dan* het toetsingsrecht een problematische zaak is. De enige geruststelling die we misschien kunnen verschaffen is dat in de moderne rechtvindingstheorie de overtuiging veld lijkt te winnen dat interpreteren toch iets anders is dan wetgeven. Van Blackstone loopt via Pound en Fuller een lijn naar Dworkin. Laatstgenoemde heeft men niet ten onrechte wel

101. Vgl. Berger, Raoul, *Government by Judiciary*, The Transformation of the Fourteenth Amendment, Harvard University Press, Cambridge, Mass., London, England 1977 die zelf probeert grenzen te stellen aan de macht van de rechter. In deze zin ook: Monaghan, Henry P. 'Our Perfect Constitution', in: *New York University Law Review*, 56 (May) 1981, blz. 353 ff.; Bork, Robert H., *The Tempting of America*, Sinclair-Stevenson, London 1990, blz. 143 e.v. Interessante beschouwingen over de taak van de rechter in een rechtsstaat vindt men ook bij: Schmitt, Carl, *Verfassungslehre*, Sechste, unveränderte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1983 (1928), blz. 41, 130 en Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, blz. 7 die net als deze Amerikaanse auteurs wijst op de noodzaak van een 'inhaltliche Bindung an das Gesetz' als voorwaarde voor rechtsstatelijke onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. Kritiek op 'original understanding' bij: Tushnet, Mark V., 'Following the rules laid down', in: *Harvard Law Review*, 96 (1983), blz. 781-827.

102. Dat wil zeggen de variant van Frank en niet die van meer gematigde vertegenwoordigers, zoals Llewellyn in zijn latere periode. Vgl. Twining, William, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Weidenfeld and Nicolson, London 1973, blz. 71 die het betreurt dat juist de extremistische uitspraken van Frank en de jonge Llewellyn zoveel indruk hebben gemaakt. Een laatste vertegenwoordiger van het realisme stelt zich overigens nog op het extreme standpunt van Frank, zij het met een correctie in de zin van de bevelstheorie van Austin: Taylor, Richard, 'Law and Morality', in: *New York University Law Review*, Volume 43, Number 4, October 1968, blz. 611-650.

103. Vgl. Wolfe, Christopher, *The Rise of Modern Judicial Review*, From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law, Basic Books, Inc., Publishers, New York 1986, blz. 13: 'Legal realism necessarily strikes at the heart of the early American notion of judicial power as "judgment" rather than "will"'.
104. Pound, Roscoe, 'Fifty Years of Jurisprudence', IV, in: *Harvard Law Review*, Vol. 51, 1938, blz. 800.

eens afgeschilderd als een 'Blackstone Redivivus'.¹⁰⁵

De realisten doen het eigenlijk voorkomen of de rechter maar alles kan doen.¹⁰⁶ Dit is niet alleen een karakteristiek kenmerk van de meer radicale representanten van de beweging, maar loopt als een rode draad door bijna al hun geschriften heen. Zelfs realisten die hun beschouwingen over de rechter gematigd beginnen, blijken, eenmaal goed meegesleept door de vaart van het betoog, hem toch weer groter te maken dan aanvankelijk in de bedoeling lag. Laten we bijvoorbeeld eens kijken naar het werk van John Gray, een van de meer gematigde vertegenwoordigers van de richting (gematigd, omdat hij nog wel vasthoudt aan het regelkarakter van het recht). Nadat Gray heeft aangegeven hoe hij het recht definieert, werpt hij de vraag op of een en ander niet betekent dat de macht van de rechter absoluut zou zijn. Dat is niet het geval, meent Gray. De rechters kunnen immers niet willekeurig hun eigen luimen volgen ('lay down rules (...) at their bare pleasure or whim').¹⁰⁷ Zij zijn organen van de staat en zij hebben niet meer macht dan de staat hun toebedeelt. De staat geeft aan wat de bronnen van het recht zijn.¹⁰⁸ De staat geeft ook aan dat de producten van de wetgevende macht de rechters binden. Dat klinkt zeer gematigd, maar even verder blijkt dan weer dat die binding meer nominaal dan reëel is, want de rechters blijken met de producten van de wetgever, naar Gray's oordeel, alle kanten uit te kunnen. De wetgever produceert slechts woorden, zegt Gray. En de rechters moeten dan zeggen wat die woorden betekenen. Weliswaar zijn er grenzen aan de interpretatievrijheid, merkt hij geruststellend op, maar 'these limits are almost as undefined as those which

105. Cf. Grey, Thomas, 'Advice for "Judge and Company"', in: *The New York Review of Books*, 12 maart 1987 (bespreking van *Law's Empire* van Dworkin), blz. 32.

106. Dat geldt overigens niet voor Holmes, die in bepaalde uitspraken (Holmes is de Nietzsche van de rechtstheorie; voor elk standpunt kan men wel een gevleugeld woord van Holmes ter ondersteuning vinden) de nadruk legt op 'restraint' en ook niet voor Llewellyn, die soms gematigde geluiden laat horen. Vgl. voor Holmes wat zijn vriend en correspondent Harold Laski over hem schrijft: Holmes deed niet wat zijn collega's en voorgangers zo gemakkelijk geneigd waren te doen, namelijk 'erecting private prejudice into legal principle'. Wat hij predikte tegenover zijn collega's was 'intellectual humility, the obligation not to identify constitutionalism with social theories which happen to coincide with their own scheme of preferences' (Laski, Harold J., *Studies in Law and Politics*, Books for libraries Press, Inc., Freeport, New York 1968 (1932), blz. 158). Llewellyn liet, als antwoord op Pound's 'The Call for a Realist Jurisprudence' gematigde geluiden horen in 'Some Realism About Realism'. Verhelderend over zijn standpunt is ook: Clark, Charles E., en David, Trubek, 'The Creative Role of The Judge: Restraint and Freedom in the Common Law Tradition', in: *The Yale Law Journal*, 71 (1961), blz. 255 e.v. Nog steeds interessant als kritiek op het Amerikaans realisme is: Fuller, Lon L., 'American Legal Realism', in: *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 82 (1934), blz. 429-462.

107. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, blz. 121.

108. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, blz. 123.

govern them in their dealing with the other sources'. De rechters blazen de 'dode woorden' van de wetgeving leven in, schrijft Gray, en met instemming haalt hij de woorden aan van Bisschop Hoadly, die we hiervoor al voor het voetlicht hebben gebracht. Niet de wetgever, maar de rechter spreekt 'het laatste woord', aldus Gray in een ander verband.¹⁰⁹

Het feit dat de rechter de wet interpreteert, betekent echter volgens meer traditionele opvattingen over interpretatie, zoals die van William Blackstone, natuurlijk nog niet dat de rechter grenzeloze vrijheid heeft, zoals men in theorieën over interpretatie meermalen naar voren heeft gebracht. Dit wordt reeds helder uitgesproken door Blackstone die op een bepaald moment in zijn betoog stelt dat de rechters de 'depositories of the law' zijn, de levende orakels, die alle zaken moeten beslissen. Dat is voor een Amerikaans realist het moment waarop hij overstapt naar de stelling dat de rechters het recht maken en niet de wetgever. Maar dat is niet de benadering van Blackstone en evenmin die van de common law traditie.¹¹⁰

De rechter heeft gezworen om niet naar zijn eigen privé-oordeel zaken te beslissen ('not according to his own private judgment'), maar volgens de wetten en gewoontes van het land, schrijft Blackstone. Hij is niet aangesteld om een nieuwe wet vast te stellen, maar om de oude te onderhouden en uit te leggen. Natuurlijk zijn er wel uitzonderingen op deze werkwijze mogelijk, bijvoorbeeld wanneer een beslissing die letterlijk de wet volgt strijdig zou zijn met de redelijkheid ('contrary to reason') en nog sterker geldt dat wanneer deze in strijd zou zijn met het goddelijke recht, maar zelfs in dat soort zaken pretenderen rechters geen nieuwe wetten te maken maar 'to vindicate the old one from misrepresentation'.¹¹¹

De theorie van Blackstone over interpretatie is voor de realisten een voorwerp van veel superieure kritiek. Maar wat dan wel een juiste opvatting van interpretatie zou zijn komt in ieder geval bij Gray niet goed uit de verf. Zo is Gray over de centrale vraag in hoeverre de rechter absoluut heerser is niet duidelijk. Enerzijds doet hij voorkomen alsof de rechters ergens aan gebonden zijn, anderzijds vestigt hij toch wel sterk de indruk dat rechters willekeurig te werk kunnen gaan.¹¹² Dat laatste treedt nog het meest saillant naar voren in zijn

109. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, blz. 172.

110. Vgl. Bryce, James, 'The influence of national character and historical environment on the development of the common law', in: Bryce, James, *University and Historical Addresses*, Delivered during a residence in the United States as Ambassador of Great Britain, MacMillan and Co., London 1913, blz. 43-72.

111. Blackstone, William, *The Sovereignty of the Law*, Selections from Blackstone's *Commentaries on the Laws of England*, Edited with an Introduction by Gareth Jones, MacMillan, London and Basingstoke 1973, blz. 51.

112. Friedmann, W., *Legal Theory*, Fifth Edition, Stevens & Sons, London 1967, blz. 266 schrijft dat Gray een nieuw element in het analytisch positivisme introduceerde 'which has greatly

hoofdstuk over wetgeving.¹¹³ Een rechter, schrijft Gray, haalt de gedrukte bladzijde van het wetboek voor zich. Deze wordt dan gespiegeld op de retina van zijn oog en daaruit moet hij dan een indruk krijgen van de gedachten van het wetgevende lichaam. Dit proces is geen mechanische aangelegenheid, volgens Gray. Het is duidelijk - en nu komt ik bij mijn punt - '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'.¹¹⁴ Dat lijkt toch wel te wijzen op een sterk subjectieve aangelegenheid. Weliswaar zou men kunnen stellen dat het mogelijk is dat het 'karakter' en de 'cast of mind' in die zin geen strict individuele zaken zijn dat men zou kunnen spreken van een 'karakter' van een groep, maar dat het voor Gray toch wel een sterk individuele aangelegenheid is, blijkt uit het volgende voorbeeld waarmee hij zijn stelling illustreert. 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.¹¹⁵ Hoe anders zou het recht dan zijn geweest waaronder we nu leven!¹¹⁶

De teneur is duidelijk. Rechters zijn niet alleen actief, maar hun *karakter* en 'caste of mind' bepaalt het interpretatieproces. Wetten zijn 'at the mercy of the courts', schrijft Gray ook wel.¹¹⁷ De stelling van Blackstone dat de rechter niet 'according to his own private judgement, but according to the known laws and customs of the land'¹¹⁸ recht dient te spreken wordt door Gray als niet in overeenstemming met de feiten van de hand gewezen.

Toch zal op de een of andere manier een beperking van de rechterlijke discretie mogelijk moeten worden geacht om de legitimatie van het toetsingsrecht te realiseren.

Gelukkig zijn daarvoor in de rechtvindingstheorie verschillende aanknopings-

inspired American realists in their opposition to analytical positivism. Gray devotes much attention to the personal factor in legal development'.

113. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, blz. 152-197.

114. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, blz. 171.

115. Marshall en Jefferson konden elkaar niet goed uitstaan. Het argumentatief talent van Marshall was zo berucht dat Jefferson eens tegen Judge Story zei: 'When conversing with Marshall, I never admit anything, so sure as you admit any position to be good, no matter how remote the conclusion he seeks to establish, you are gone. So great is his sophistry you must never give him an affirmative answer or you will be forced to grant his conclusion. Why, if he were to ask me if it were daylight or not, I'd reply, 'Sir, I don't know, I can't tell'. Vgl. Melone en Mace, *Judicial review and American democracy*, blz. 38.

116. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, blz. 226. Vgl. tevens *O.c.*, blz. 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'.

117. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, blz. 181.

118. Blackstone 1 B. Comm 68-71. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, blz. 220.

punten te vinden. Reeds Pound draagt daarvoor de bouwstenen aan, een lijn die (over Fuller) wordt voortgezet door Dworkin. Zo wijst Pound op de betekenis van *traditie* die rechters binnen de perken houdt. Sommige radicale rechtsgeleerden leren ons dat in het geheel geen zekerheid bestaat, maar, zo zegt Pound, zij maken zich schuldig aan 'ignoring the effect of a bench of judges on individual judicial behavior, the checks upon judicial action and the constraint of professional opinion and criticism, the toughness, as Maitland calls it, of a taught tradition, and the effect of received ideals of the social and legal order and reaction each upon the other of received traditional ideals and subjective ideals'.¹¹⁹ Fuller zet deze lijn van zijn voorganger op de leerstoel Jurisprudence in Harvard voort wanneer hij in een van zijn laatste kritieken op het realisme in 1966 bezwaar aantekent tegen de term 'judicial votes'. Kenmerkend voor een goede rechterlijke beslissing is dat deze moet 'passen' (*fit*) in een 'existing body of precedent'.¹²⁰ Ook Dworkin zal deze dimensie van 'fit' als constitutief element van het rechterlijk oordeel weer naar voren halen.

Laten we op de visie op rechtsvinding van deze hedendaagse representant van de rechtstheorie iets verder ingaan.

De correctie op Hoadly: de rechterlijke beslissing moet 'passen'

De Amerikaans realistische opvattingen kan men begrijpen als een verzet tegen de idee dat in het recht één beslissing de juiste zou zijn voor het geval dat ter beoordeling voorligt. Met name Holmes heeft zich geprofileerd als criticus van deze, naar hij meent, naïeve visie op het rechtvindingsproces. Holmes brengt dit punt naar voren met de stelling dat *niet de logica het recht sterk beheerst*, zoals gedacht werd in zijn tijd, maar 'ervaring'. 'The fallacy to which I refer is the notion that the only force at work in the development of law is logic'.¹²¹

Los van de context is niet onmiddellijk duidelijk wat hiermee bedoeld wordt, maar blijkens de voorbeelden die hij geeft, bedoelt Holmes dat een rechter niet de pretentie kan hebben dat er maar één juiste oplossing voor het voorgelegde geval zou zijn. Hij haalt het voorbeeld aan van een rechter die zei dat hij nog nooit een beslissing had gegeven waarvan hij niet absoluut zeker was dat deze juist was. Dat is onzin, volgens Holmes. Achter de logische vorm van de redenering waarmee de rechter zijn oordeel rechtvaardigt, ligt altijd een niet

119. Pound, 'Fifty Years of Jurisprudence', IV, blz. 789.

120. Fuller, Lon L., 'An Afterword: Science and the Judicial Process', in: *Harvard Law Review*, 79 (1966), blz. 1618.

121. Holmes, *The path of the law*, blz. 180.

gearticuleerd en onbewust oordeel over de waarde van de claims die in het geding zijn. Elke conclusie kan men een logische vorm geven, maar dat wil niet zeggen dat er alleen maar logica in het geding is.¹²² Het is op dat punt dat het karakter van de rechter in het verhaal komt, zou Gray zeggen, en ook andere realisten hebben regelmatig gewezen op het irrationeel karakter van het rechterlijk oordeel.

De laatste tijd staat deze theorie van het 'no-right-answer' echter onder druk van de kant van de Amerikaanse rechtsfilosoof Ronald Dworkin die de positie verdedigt dat wel degelijk van een juist antwoord voor juridische problemen kan worden gesproken.¹²³ Dworkin wijst het al dan niet geëxpliciteerd skepticisme in de visie op rechtsvinding die hij als de heersende leer meent te kunnen typeren van de hand.

Dworkin begint met te stellen dat hij niet ontkent dat verschillende rechters verschillende politiek-morele opvattingen hebben gehad. Dat brengt ook met zich mee dat men van mening zal verschillen over wat de beste rechtvaardiging is voor een bepaalde beslissing. Zelfs stelt Dworkin dat beide partijen in een discussie wellicht niet kunnen bewijzen dat zij gelijk hebben en hun opponenten ongelijk; maar dat voert toch niet tot de stelling van het skepticisme dat geen juist antwoord in juridische aangelegenheden mogelijk is.

Dworkin redeneert als volgt. Tegenover het recht nemen wij een interpretatieve houding aan, zoals we die ook aannemen tegenover kunstwerken, waarvan we een interpretatie willen geven. En laten we eens nagaan hoe we ons ten aanzien van dat soort interpretatie opstellen. Gaan we er niet allen in de praktijk van uit dat men objectief betere en slechtere oplossingen kan vinden? Iemand die net heeft gevonden hoe men *Paradise Lost* kan lezen, meent dat zijn lezing juist is; dat deze beter is dan de manier van lezen die hij verlaten heeft en dat diegenen die nog niet van zijn interpretatie op de hoogte zijn iets belangrijks hebben gemist: 'they do not see the poem for what it really is'.¹²⁴ Iemand die zo'n nieuwe lezing gevonden heeft denkt dat de redenen voor zijn lezing juist zijn en dat de anderen, die vasthouden aan de oude lezing, het bij het

122. Volgens sommigen vecht Holmes (en na hem ook Pound) tegen windmolens. Het model van de mechanische rechtsvinding is nooit zo dominant geweest als de realisten doen voorkomen. Vgl. Hart, H.L.A., 'Positivism and the Separation of Law and Morals', in: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1983, blz. 62 e.v. en Schauer, Frederick, 'Formalism', in: *The Yale Law Journal*, Vol. 97 (1988), blz. 509-548.

123. Volgens sommigen vecht Holmes (en na hem ook Pound) tegen windmolens. Het model van de mechanische rechtsvinding is nooit zo dominant geweest als de realisten doen voorkomen. Vgl. Hart, H.L.A., 'Positivism and the Separation of Law and Morals', in: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1983, blz. 62 e.v. en Schauer, Frederick, 'Formalism', in: *The Yale Law Journal*, Vol. 97 (1988), blz. 509-548.

124. Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Mass.), London 1986, blz. 77.

verkeerde eind hebben. Dit druist natuurlijk in tegen een zeer wijdverbreide overtuiging, schrijft Dworkin, wijdverbreid zowel ten aanzien van de interpretatie van kunstwerken alsook ten aanzien van de interpretatie van juridische documenten, dat er in moeilijke gevallen geen juist antwoord kan zijn maar alleen verschillende antwoorden.

Dworkin constateert dus een discrepantie tussen hoe we te werk gaan en hoe we ons rekenschap geven van onze opvattingen. We gaan allemaal *praktisch* ervan uit dat er één juist antwoord gegeven kan worden, maar wanneer men ons vraagt ons *rekenschap* te geven van onze opvattingen over waarheid *belijden* we een soort relativisme dat verschillende posities even goed zijn. De kritiek die Dworkin dan ook op de relativisten heeft lijkt op de traditionele kritiek die men door de eeuwen heen op het scepticisme heeft uitgeoefend, namelijk dat het voor de scepticus niet mogelijk is om consequent, dat wil zeggen conform de eigen beleden overtuigingen, te handelen. Regelmatig zeggen de relativisten (Dworkin hanteert het woord 'relativisme' overigens niet, maar dat lijkt toch de meest voor de hand liggende term) wanneer iemand een bewering doet 'dat is jouw opinie', maar nadat zij dat gezegd hebben gaan ze weer gewoon door met het gebruikelijke argumenteren en daarbij erkennen zij dan kennelijk toch het bestaan van een objectieve standaard.¹²⁵ Het advies van Dworkin luidt: hou op met die zinloze 'preliminary dance of skepticism' als men daarna toch gewoon overgaat tot een poging om de ander te overtuigen.

De theorie van Dworkin, met name wat hij schrijft over het juiste antwoord, roept ongemeen heftige reacties op.¹²⁶ Voor ons is nu met name van belang wat Dworkin ziet als de consequenties van zijn theorie van interpretatie, omdat hij hierbij een zekere balans tussen traditionalistische en progressieve elementen tot stand probeert te brengen. De vergelijking met kunstwerken doortrekend komt hij tot de conclusie dat we bij interpretatie nooit geheel vrij zijn. We zijn gebonden aan het verleden, een stelling die hij illustreert door de vergelijking te maken tussen het recht en het schrijven van een roman door een collectief van schrijvers.

We kunnen ons voorstellen dat een groep van schrijvers zich aan een gemeen-

125. Dworkin, *Law's Empire*, blz. 86.

126. Vgl. bijvoorbeeld: Hutchinson, Allan C., 'Indiana Dworkin and Law's Empire', in: *The Yale Law Journal*, 96 (1987), blz. 637-665 en Alexander, Larry, 'Striking back at the Empire: A Brief Survey of the Problems in Dworkin's Theory of Law', in: *Law and Philosophy*, 6 (1987), blz. 419-438. Iets rustiger van toon zijn het alweer wat oudere artikel (over ouder werk van Dworkin) van Lyons, David, 'Principles, Positivism, and Legal Theory', in: *Yale Law Journal*, 87 (1977), blz. 415-435 en Postema, Gerald J., '"Protestant" Interpretation and Social Practices', in: *Law and Philosophy*, 6 (1987), blz. 283-319.

schappelijk project zet tot het schrijven van een roman. Eén van de schrijvers schrijft dan het openingshoofdstuk, daarna neemt een ander het over, enzovoort. Het ligt voor de hand dat elk van de schrijvers zijn best zal doen om zijn hoofdstuk zo 'goed' mogelijk te maken. Elk levert zijn bijdrage aan het ideaal van 'the best novel it can be'. Maar in het maken van zo'n goed boek (en daarom gaat het ons in dit verband) zijn alle schrijvers *na* degene die het openingshoofdstuk heeft geschreven niet geheel vrij; zij zijn gebonden aan wat in het verleden is 'gebeurd'.

Datzelfde geldt voor een rechter die met de uitleg van de wet belast is, aldus Dworkin, die het recht veelvuldig met literatuur vergelijkt.¹²⁷ Kenmerkend voor elke overtuigende interpretatie is dat de gegevens moeten passen (*fit*) in het geheel dat ter interpretatie voorligt.

Tot zover het traditionalistische element in Dworkin's interpretatieleer. Maar dat is niet het enige. Hij probeert ook te beargumenteren dat de schrijvers van de roman (en rechters die zich laten inspireren door de manier van werken die hij uiteenzet) het te interpreteren verschijnsel tevens *in het beste licht* proberen te zien.

Van uit deze tussenpositie wijst Dworkin twee andere opvattingen over interpretatie af, die elk één van de polen van een succesvolle interpretatie eenzijdig verabsoluteren. Zo kijken de *instrumentalisten* of *pragmatisten* (men herkent de 'realisten', al voert Dworkin ze niet met name op) alleen naar de toekomst. Consistentie met het verleden is voor hen van geen enkel belang; waar het om gaat, is wat het beste is voor de gemeenschap, een stand van zaken die men utilistisch dient af te wegen. De instrumentalist gaat ervan uit dat het niet nodig is te zoeken naar een oplossing die in overeenstemming is met de geest van het verleden.¹²⁸ Aan de andere kant is er dan het *conventionalisme* dat alleen maar naar 'fit' kijkt, naar het verleden dus. Dworkin's eigen opvatting, recht als integriteit, zoals het in *Law's Empire* genoemd wordt, of 'naturalisme', zoals hij het in vroegere publicaties aanduidt, wil aan beide dimensies recht

127. Vgl. tevens: Dworkin, Ronald, 'How Law Is Like Literature', in: *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Cambridge etc. 1985, blz. 146-166. Ook in de literatuurwetenschap is het debat over interpretatie zeer levendig. Een interessante discussie daarover vindt men in: Eco, Umberto, *Over interpretatie*, in debat met Richard Rorty, Jonathan Culler, Christine Boorke-Rose, onder redactie van Stephan Collini, Kok/Agora, Kampen 1992. Rorty verdedigt hier het 'Amerikaans realistisch-aandoende' standpunt dat ten aanzien van interpretatie 'anything goes'. Eco wil daar niet aan, evenmin als Dworkin. Vgl. voor Eco verder: Eco, Umberto, *The Limits of Interpretation*, Indiana University Press, Bloomington and Indianapolis 1990. Vgl. voor een discussie tussen Dworkin en Rorty: Dworkin, Ronald, 'Pragmatisme, Right Answers, and True Banality', in: *Pragmatism in Law & Society*, edited by Michael Brint & William Weaver, Westview Press, Boulder/San Francisco/Oxford 1991, blz. 359-389 en Rorty, Richard, 'The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice', in: idem, blz. 89-99.

128. Dworkin, '"Natural" Law Revisited', blz. 181.

doen. 'Law as Integrity supplements the stiffness of conventionalism by taming the wildness of pragmatism', zoals men het wel eens bondig, maar met een ondertoon van lichte spot, heeft uitgedrukt.¹²⁹

Het gaat er in dit geval niet om alle details van de theorie van Dworkin over rechtsvinding te analyseren. Hier is niet meer beoogd dan het aannemelijk maken van de stelling dat *als* de Amerikaanse realisten gelijk zouden hebben met hun visie op rechtsvinding, dat *dan* van een legitimatie van het toetsingsrecht geen sprake kan zijn. De theorie van Dworkin, maar ook die van Pound of van Fuller of Blackstone, laten echter zien dat alternatieve theorieën over rechtsvinding verdedigbaar lijken die niet in de weg staan aan een legitimatie van het toetsingsrecht, omdat zij in het rechterlijk oordeel de traditie laten spreken en niet het karakter van de individuele rechter.

V. Tot Slot

Laten we de hoofdlijn van deze verhandeling nog eens kort samenvatten. Het gaat om een verzoeningspoging van democratie en toetsing van gewone wetten aan hoger recht in verdragen en grondwetten.

Drie van die verzoeningspogingen hebben we hier belicht, waarbij een voorkeur werd uitgesproken voor de derde (het traditionalistisch antwoord) die neerkomt op een gemodificeerde variant van de tweede (het constitutionalistisch antwoord). Tevens hebben we drie vormen van kritiek op die laatste poging besproken, waarbij ten aanzien van de kritiek een hypothetische stellingname werd betrokken. Met 'hypothetisch' wordt bedoeld, dat van een rotsvaste verankering van het toetsingsrecht geen sprake kan zijn; het is gelegitimeerd *als* de doden inderdaad een zeker stemrecht hebben, *als* zij de levenden enigszins mogen beperken en *als* inderdaad Bisshop Hoadly en zijn Amerikaans realistische volgelingen niet het laatste woord in de rechtsvindingstheorie hebben. Toch hebben we tevens geprobeerd aannemelijk te maken dat deze hypothetische vooronderstellingen, wellicht de schijn van het tegendeel ten spijt, niet geheel onwerkelijk zijn. Niet alleen lijkt een anti-Hoadly's perspectief te rijmen met wat Dworkin de 'phenomenology of adjudication' ('wat doet de rechter?') noemt, maar men zou zelfs kunnen zeggen dat de twee andere bezwaren tegen het traditionalisme enigszins lijken voorbij te gaan aan de 'phenomenology of constitutional law making'. Of we daarmee het toetsingsrecht van een voldoende stevige basis hebben voorzien? Wie zal het zeggen. Maar dat toetsing aan hoger recht en democratie in een onverzoenbare

129. Hutchinson, 'Indiana Dworkin', blz. 643.

antithese tegenover elkaar staan, zoals G.A. van den Bergh en Henry Steele Commager ons willen doen geloven, lijkt op zijn minst twijfelachtig geworden. Aan de uitspraak die als motto boven deze bijdrage te vinden is, voegt Dworkin in een noot toe dat hij geen argumenten zal aandragen om deze 'flat claim' te onderbouwen. Dat zou een geheel nieuw boek vergen. Dat geldt ook voor een verzoeningspoging voor rechterlijke toetsing en democratie. Het lijkt een duidelijk af te bakenen thema, maar enige reflectie leert al spoedig dat het te maken heeft met een veelheid van centrale vragen op het terrein van interpretatieleer, democratietheorie, de functie van de grondwet enzovoorts. Het zou wel van een groot vertrouwen in de bewijskracht van onze argumenten getuigen om te denken dat men deze zaken beslissend zou kunnen beargumenteren. Maar misschien gaat het in de rechtswetenschap ook niet om mathematisch bewijzen. Het gaat om 'praktisch redeneren', zegt men wel. En 'practical reasoning', zoals Charles Taylor uiteenzet, 'is a reasoning in transitions. It aims to establish, not that some position is correct absolutely, but rather that some position is superior to some other'.¹³⁰ We hebben hier geprobeerd te laten zien dat het traditionalistisch antwoord overtuigender is dan de twee andere verzoeningspogingen van hoger recht en democratie. Wanneer ook die laatste verzoeningspoging tussen mensenrechten en democratie, alle inspanningen ten spijt, niet overtuigend is, dan ziet het er somber uit, want dan zou een van de belangrijkste ontwikkelingen in het constitutioneel recht van de twintigste eeuw (mensenrechten die worden geëffectueerd door de rechter) een grote vergissing zijn: *nonsense upon stilts*.

130. Taylor, Charles, *Sources of the Self, The Making of the Modern Identity*, Cambridge University Press, Oakleigh 1989, blz. 72.