



Universiteit
Leiden
The Netherlands

'Wetgeverssoevereiniteit' in Engeland, de Verenigde Staten en Nederland

Cliteur, P.B.

Citation

Cliteur, P. B. (1991). 'Wetgeverssoevereiniteit' in Engeland, de Verenigde Staten en Nederland. *Theoretische Geschiedenis*, 18(4), 435-444. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/20717>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/20717>


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

Jaargang 18, nummer 3, 1991

Soevereiniteit:
Lotgevallen van een Begrip

Theoretische
Tg geschiedenis

Driemaandelijke uitgave van de Stichting Theoretische geschiedenis

Nijgh & Van Ditmar  Universitair

Colofon

Historiography and theory

Theoretische geschiedenis

Reviews and Bibliography

Spuistraat 134
1012 VB Amsterdam
The Netherlands

Redactie:

A. Blom, E.O.G. Haitzma Mulier, P.H.D. Leupen, F.J.A.M. Meijer en
W.H. Roobol

Bijdragen:

Artikelen, boeken ter recensie, besprekingen en andere mededelingen voor de
redactie zende men aan de secretaris:
mw. A. Blom, Historisch Seminarium,
Spuistraat 134,
1012 VB Amsterdam

Theoretische geschiedenis verschijnt 4 keer per jaar;
Spuistraat 134, 1012 VB Amsterdam.
Advertentietarieven op aanvraag.

ISSN 0167-8310

Uitgegeven door:

Nijgh & Van Ditmar Universitair
in opdracht van de Stichting Theoretische geschiedenis

'Wetgeverssoevereiniteit' in Engeland, de Verenigde Staten en Nederland

in: *Theoretische geschiedenis*, Jg. 12, nr. 3, 11

Een interessant opstel over soevereiniteit van de Engelse politicus, rechtsgeleerde en historicus James Bryce (1838-1922) begint met ons te waarschuwen voor het concept zelf. Er zijn weinig begrippen die aanleiding hebben gegeven tot zoveel verwarring en controverse als soevereiniteit, aldus Bryce. We zijn echter al een eind verder wanneer we soevereiniteit *de iure* onderscheiden van soevereiniteit *de facto*. In het eerste geval gaat het om een begrip waarmee men voornamelijk in de rechtswetenschap en politieke filosofie gepreoccupeerd is. In het tweede geval gaat het om iets dat wordt bestudeerd in de politicologie. Voor de jurist, en daarom gaat het ons vooral in dit verband, komt soevereine autoriteit toe aan de persoon (of groep) aan wiens directieven de wet rechtskracht toekent: 'the person in whom resides as of right the ultimate power either of laying down general rules or of issuing isolated rules or commands, whose authority is that of the law itself'.¹ De wil van die soevereine macht kan niet worden overstemd door de wil van een hogere macht, want anders zou die eerste niet soeverein zijn.

Nu is in een moderne maatschappij een *persoon* bijna nooit meer soeverein. Meestal gaat het om een *groep* van mensen, een lichaam, zoals Bryce zegt, in de moderne democratieën om de democratisch gecontroleerde wetgever. In dit artikel zou ik de behandeling van het thema soevereiniteit willen beperken tot de soevereiniteit van de wetgever (*wetgeverssoevereiniteit*) en dan met name in relatie tot die andere poot van de trias: de rechter.

Twee modellen kunnen we onderscheiden: het Engelse en het Amerikaanse. In het Engelse model geldt een ongebreidelde 'wetgeverssoevereiniteit': de wetgever wordt niet gebonden geacht aan hogere constitutionele regels of beginselen en aan de rechter wordt nadrukkelijk de bevoegdheid ontzegd een dergelijke binding te construeren. In het Amerikaanse model daarentegen gaat men wel uit van een binding van de wetgever aan hogere principes, een gebondenheid die door de rechter, in laatste instantie het Supreme Court, wordt bewaakt.

Het ligt in mijn bedoeling te onderzoeken hoe het Nederlandse systeem zich verhoudt tot het Amerikaanse en het Engelse, waarbij tevens een waardering wordt gegeven van de Nederlandse constructie. Deze vraag is niet van praktische betekenis ontbloot, gezien het feit dat de laatste tijd veel wordt gesproken over de wenselijkheid van een grondwetwijziging waarbij het verbod van rechterlijke toetsing van formele wetten zou worden opgeheven en Nederland meer zou opschuiven in de richting van het Amerikaanse model. De slotsom van dit artikel is dat het Nederlandse model niet kan worden gezien als een consequente middenweg tussen het Engelse en het Amerikaanse systeem, zoals men wel heeft

doen voorkomen, en dat de Nederlandse (grondwet)wetgever voor de volgende keuze staat: of men handhaaft het idee van een rigide constitutie met daarin een aantal grondrechtelijke waarborgen voor de burger (maar dan dient men ook constitutionele toetsing als het logisch gevolg daarvan te aanvaarden) of men wijst een rigide constitutie met daarin hoger recht af (en dan zou het consequent zijn om constitutionele toetsing af te wijzen). De schrijver van dit artikel sympathiseert met de roep om verandering, zoals we die tegenwoordig veel kunnen horen; dat wil zeggen we zouden ons meer moeten oriënteren op het Amerikaanse model.

De traditie van absolute wetgeverssoevereiniteit. Alvorens een paar opmerkingen te maken over het Britse systeem van absolute wetgeverssoevereiniteit is het raadzaam iets te zeggen over de historische achtergrond hiervan. Het is Jean Bodin geweest die voor het eerst het soevereiniteitsconcept in de politieke theorie centraal stelde. Hij sprak van 'de hoogste macht over burgers en onderdanen, die niet aan de wetten gebonden is', en die hij aan de vorst toeschreef.² De vorst was de 'belichaming van de wet'; hij kan aan geen enkele hogere macht gebonden zijn, niet aan die van de paus of de keizer, maar ook niet aan die van de standen. De soevereiniteit komt het meest saillant tot uitdrukking (en dat is in het kader van dit opstel van groot belang) in de *wetgevende macht*: de bevoegdheid tot rechtsvorming binnen het grondgebied van de staat.³ Beperking van die soevereiniteit is onmogelijk, een reden ook waarom Bodin de zogenaamde 'beperkte' monarchieën verwerpt.

Ongeveer een eeuw later ontwikkelt Thomas Hobbes (onder geheel andere omstandigheden overigens) een zo mogelijk nog radicaler leer van de soevereiniteit en via Hobbes komt de gedachte van de onbeperkte wetgeverssoevereiniteit terecht bij Bentham en John Austin, die op hun beurt weer een grote invloed uitoefenen op het Engelse constitutionele recht.⁴ Het Engelse constitutionele recht, schreef A.V. Dicey in zijn gezaghebbende overzicht van het Britse constitutionele recht, valt te typeren aan de hand van een tweetal belangrijke principes: de *rule of law* en *sovereignty of parliament*.⁵ Voornamelijk het laatste leerstuk is voor ons in dit kader van belang. Onder 'Parliament' wordt dan verstaan: de Koningin (the Queen), het Hogerhuis (the House of Lords) en het Lagerhuis (the House of Commons). Te zamen vormen zij de *Queen in Parliament*, de wetgevende macht.

Onder het beginsel van de 'sovereignty of parliament' (absolute wetgeverssoevereiniteit, zouden we kunnen zeggen) wordt verstaan dat de wetgever het recht heeft om elke wet te maken of af te schaffen die hem goeddunkt. En verder: dat geen enkel persoon of orgaan het recht heeft de producten van de wetgever buiten toepassing te laten of ongeldig te verklaren. Anders gezegd: de wetgever heeft *unlimited legislative authority*. De wetgever kan zelfs een nieuwe religie van het land decreteren (zoals gebeurde tijdens de regering van Hendrik VIII) en ook een nieuwe constitutie maken. We kunnen spreken van de 'omnipotence of Parliament'.

Dicey onderscheidt een drietal consequenties van de absolute wetgeverssoevereiniteit. Als *eerste* dat er geen wet is die de wetgever niet kan veranderen. Anders gezegd: constitutionele wetgeving kan door hetzelfde orgaan veranderd worden als de gewone wetten. Een *tweede* gevolg is dat er in het Engelse recht geen duidelijk onderscheid valt te maken tussen wetten die fundamenteel worden geacht en wetten die dat niet zijn. En als *derde* gevolg wijst Dicey op het feit dat er geen persoon is die of orgaan is dat een daad van wetgeving onverbindend kan verklaren behalve de wetgever zelf. Engeland heeft daarom geen 'rigide constitutie', maar een 'flexibele constitutie'.⁶ Dat wil zeggen een constitutie waarbij de constitutionele regels met hetzelfde gemak kunnen worden gewijzigd als de niet-constitutionele. Wetten worden dus in Engeland alleen maar constitutioneel genoemd omdat zij zich richten op een bepaalde problematiek en niet omdat ze sacrosanct zijn of moeilijker te wijzigen dan andere wetten.

Nu beoogde Dicey niet meer dan een beschrijving te geven van het Britse constitutionele recht, maar zijn typering kreeg geleidelijk ook een normatief karakter.⁷ Een en ander heeft natuurlijk grote betekenis voor de wijze waarop de rechter geacht wordt zich tot de wet te verhouden. Is het in het Amerikaanse stelsel zo dat de rechter de bevoegdheid heeft om wetten te controleren op eventuele strijdigheid met hogere beginselen (neergelegd in een geschreven constitutie of in ongeschreven rechtsbeginselen), in het Engelse recht is dit niet het geval. Weliswaar werd in de zeventiende eeuw nog in de bekende zaak Dr. Bonham door de rechter gesteld dat 'if an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such Act to be void'. Maar in de verdere ontwikkeling van het constitutionele recht werd het toetsingsrecht aan de Engelse rechter nadrukkelijk ontzegd op grond van het bovenuiteengezette leerstuk van de wetgeverssoevereiniteit. In het Britse staatsrecht bestaat er dan ook geen hoger recht dan de Act of Parliament. Er bestaat geen lijst van grondrechten die de burger tegenover de wetgever kan inroepen. De *Magna Charta* bijvoorbeeld, een van de eerste verklaringen van grondrechten, is voor de Britse wetgever niet sacrosanct.⁸

De traditie van 'limited government'. Toen James Otis, Sam Adams en Patrick Henry in 1767 hoorden dat het Britse parlement de 'parliamentary sovereignty' aanvaardde als onbeperkt en niet te beperken, beschouwden zij dit als een schending van de beginselen van de *Magna Charta* en van alle constitutionele principes waarvoor hun voorouders hadden gevochten.⁹ De Amerikaanse revolutionairen waren geïnspireerd door de traditionele opvattingen over de vrijheden van de Engelsen en Burke had dan ook volkomen gelijk toen hij schreef dat de kolonisten niet alleen voor *vrijheid* waren, maar voor *vrijheid volgens de Engelse ideeën en beginselen*. In *An Appeal from the New to the Old Whigs* (1791) schreef Burke dat de Amerikanen ten tijde van de revolutie in dezelfde relatie tot Engeland stonden als Engeland stond tegenover King James II in 1688. Zij kon-

den zich in feite beroepen op de principes van de Whig-revolutie van 1688, principes die na de overwinning van Parlement op de conceptie dat alle macht moet worden beperkt door hoger recht, verloren was gegaan. Dit dreigt men te vergeten wanneer men alleen maar benadrukt dat de Amerikanen ontevreden waren over het feit dat zij niet vertegenwoordigd waren in het Britse parlement.

Essentieel voor elk vrijheidslievend systeem zou volgens de Amerikanen zijn: (1) een rigide constitutie en (2) 'limited government', twee punten kortom, waarop het Amerikaanse systeem zich scherp zou onderscheiden van het Britse. Een document waarin is aangegeven dat de wetgevende macht onbeperkte bevoegdheden heeft zouden de Amerikanen nooit als een constitutie hebben kunnen aanvaarden, schrijft F. Hayek, een van de meest welsprekende protagonisten van het beginsel van *limited government*.¹⁰ Voor de kolonisten hield vrijheid in dat de regering alleen maar macht zou kunnen hebben op grond van het recht en dat niemand arbitraire macht zou kunnen uitoefenen.

We moeten overigens met het tegenover elkaar stellen van de Amerikaanse en de Britse traditie de zaken niet al te sterk schematiseren. Natuurlijk is er ook binnen de Britse traditie steeds verzet aangetekend tegen de onbeperkte wetgeverssoevereiniteit die door Austin, Bentham en Dicey zo succesvol verdedigd was. Er is altijd een tegenbeweging geweest, van de 'common law' auteurs, zoals Coke, Hale en Blackstone,¹¹ maar ook van negentiende-eeuwse liberalen als Bryce, Maine¹² en Lord Acton. Die tegenbeweging, waartoe we in Frankrijk Tocqueville zouden moeten rekenen, legt de nadruk op de schaduwkanten van het toenemend democratiseringsproces. Men beseft wel dat men zich niet tegen democratie als zodanig kan verzetten en wil dat ook niet, maar men beklemtoont toch de noodzaak van bepaalde beperkingen aan de macht van zelfs de democratisch gecontroleerde wetgever.¹³

In de Amerikaanse cultuur heeft men, zoals bekend, gekozen voor constitutionele beperkingen die door de rechter worden gehandhaafd: de rechter heeft het toetsingsrecht, het recht om te beoordelen of wetten in strijd zijn met de grondwet. De legitimatie van het toetsingsrecht vinden we, hoewel het pas in 1803, bij de beroemde uitspraak *Marbury versus Madison* expliciet werd erkend, in het denken van de Founding Fathers. Hamilton schreef dat wie werkelijk ernst wil maken met het idee van de 'limited Constitution', dat wil zeggen een constitutie die bepaalde beperkingen aan de wetgevende macht oplegt, rechterlijke toetsing zal moeten erkennen.¹⁴ Het moet uitgesloten worden geacht dat een wetgevende macht bijvoorbeeld *ex post facto* wetten aanneemt en dat kan alleen maar worden voorkomen wanneer men de rechter als hoeder van de constitutie accepteert. De constitutie moet worden gezien als 'fundamental law' en geen enkele daad van wetgeving die met die constitutie in strijd is kan geldig zijn, of, zoals rechter Marshall in *Marbury versus Madison* zei:

'The powers of the legislature are defined, and limited; and that those limits may not be mistaken, or forgotten, the constitution is written. 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? The distinction, between government with limited and unlimited powers, is abolished, if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed, are of equal obligation. It is a proposition too plain to be contested, that the constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by any ordinary act.¹⁵

Een tussenoplossing is er niet, aldus Marshall. De constitutie is òf hoger recht dat men niet langs de gewone weg kan wijzigen, òf zij staat op gelijke voet met gewone wetgeving, die de wetgever op elk willekeurig moment en wanneer zij maar wil kan wijzigen. In het eerste geval kan men niet anders dan zeggen dat een daad van wetgeving die in strijd is met de constitutie geen recht is (*not a law*). In het laatste geval zijn geschreven constituties absurde pogingen van het volk om macht te breidelen die krachtens haar eigen wezen nu eenmaal onbeperkt is.

De enorme kracht van de redenering is duidelijk. Dit erkennen wil overigens niet zeggen dat men voor toetsing zou moeten zijn. Ook een heel ander constitutioneel systeem is verdedigbaar, maar wanneer men uitgaat van de hogere status van het grondwettelijk recht is toetsing toch wel het meest voor de hand liggende middel om aan die hogere status gevolgen te verbinden. Het is bij uitstek de rechter die geschikt is om strijdigheid tussen verschillende soorten wetgeving, ook die tussen gewone wetgeving en hogere constitutionele beginselen, vast te stellen: 'It is emphatically the province and the duty of the judicial department to say what the law is', aldus nog steeds Marshall in de genoemde uitspraak.

De Nederlandse situatie. Hoe zouden we de Nederlandse situatie ten aanzien van de wetgeverssoevereiniteit moeten typeren? Twee factoren zijn kenmerkend voor de Nederlandse situatie: (1) een ontwikkeling in de constitutionele theorie; (2) het innemen van een tussenpositie.

Laten we eerst kijken naar een van onze eigen 'founding fathers', J.R. Thorbecke. In 1848 werd in onze grondwet een bepaling opgenomen waarmee de onbeperkte wetgeverssoevereiniteit werd geïntroduceerd: 'De wetten zijn onschendbaar'.¹⁶ Daarmee werd eigenlijk het standpunt van Dicey, Bentham en Austin geaccepteerd, maar dat was niet met instemming van Thorbecke. Over het grondwetsartikel waarin het aan de rechter verboden wordt om wetten aan de grondwet te toetsen schrijft hij; wanneer het de bedoeling zou zijn geweest van de 'phrase een schild te maken voor eene wet tegen de Grondwet' dan zou de grondwet ophouden grondwet te zijn en zou de gewone wetgever (die zijn bestaan en zijn recht enkel aan de grondwet ontleent) boven de grondwet komen te staan.¹⁷

In de eerste decennia na de grondwetsherziening van 1848 werd het stand-

punt van Thorbecke nog geregeld gehoord, bijvoorbeeld bij C.W. Opzoomer. Van iemand die een boekje schrijft met als titel *De grenzen der staatsmacht* (Amsterdam 1873) mag men natuurlijk al verwachten dat hij meer in de traditie van de Amerikaanse 'founding fathers' staat dan in die van de onbeperkte wetgeverssoevereiniteit en dat blijkt in het geval van Opzoomer te kloppen. Men zou kunnen stellen dat de geest van de meerderheid alleen op die terreinen de doorslag mag geven 'waarin het der wetgeving en der regeering in het geheel past te handelen, m.a.w. die inderdaad binnen den kring harer bemoeiing liggen', schrijft hij.¹⁸ Net als de Amerikanen acht Opzoomer het gewenst, dat een domein wordt gereserveerd waarin de burger zich vrij kan bewegen en dat voor de wetgever heilig is. Uit het primaat van de grondwet trekt Opzoomer de naar zijn idee logische conclusie dat aan de rechter een toetsingsrecht moet toekomen. Immers wanneer de grondwet de wetgever niet meer bindt, is het een gewone wet geworden die men net zo goed kan afschaffen. De wetgever is dan de almachtige onbeperkte heerser geworden. Hij heeft dan een almacht, zoals die in het Britse stelsel aan 'Parliament' wordt toegekend.¹⁹

Na Opzoomer en Thorbecke is het bergafwaarts gegaan met de Nederlandse constitutionele theorievorming over ons onderwerp. Niet omdat men een standpunt heeft verdedigd dat de schrijver van dit artikel voor onjuist houdt (namelijk de onbeperkte wetgeverssoevereiniteit), maar omdat men het vraagstuk van de wetgeverssoevereiniteit en de daarmee corresponderende vraag van constitutionele toetsing niet meer vanuit een principieel en coherent gezichtspunt wist te benaderen. H. Krabbe verdedigde een nogal excentricke combinatie van (een) afwijzing van een rigide constitutie met daaraan gekoppeld een pleidooi voor constitutionele toetsing, iets dat terecht geen navolging heeft gevonden.²⁰ A.A.H. Struycken begint met een consequent traditionalisme, maar lijkt voor het logisch gevolg van constitutionele toetsing terug te schrikken om de pragmatische reden dat we in het Nederlandse bestel nu eenmaal sinds 1848 een toetsingsverbod hanteren, een verbod dat toch min of meer redelijk functioneert.²¹

Ook bij andere Nederlandse staatsrechtsgeleerden werd niet veel fundamenteeler over de wetgeverssoevereiniteit en toetsing gedacht. De anti-revolutionaire staatsrechtsgeleerde A.F. de Savornin Lohman (van wie men toch enige oppositie zou verwachten tegen het centralisme van de wetgever) schrijft dat de bepaling 'De wetten zijn onschendbaar' weliswaar 'niet fraai'²² is, maar getwist over de betekenis wordt er niet meer en hij lijkt ook niet van zins de discussie weer aan te zwengelen. Hij ziet weliswaar het gevaar van wat hiervoor onbeperkte wetgeverssoevereiniteit is genoemd, maar vindt dat de Eerste Kamer het 'lichtvaardig omspringen met grondwettige bepalingen' moet beletten en niet de rechter.²³

Ook de liberale voorman P.J. Oud en de staatsrechtsgeleerde R. Kranenburg²⁴ maken zich niet echt bezorgd om de onbeperkte macht van de wetgever. Oud acht de keuze die men in het Nederlandse stelsel voor het toetsingsverbod gemaakt heeft de juiste, omdat politieke vraagstukken – en daarom

gaat het bij het toetsen van de wet aan de grondwet – niet thuis horen bij de rechter.²⁵ Verder beroept Oud zich, in aansluiting bij Buys, die ook al op een louter pragmatische manier over het toetsingsrecht geschreven had²⁶, op de rechtszekerheid die in het geding zou zijn in een systeem met rechterlijk toetsingsrecht.²⁷

De opmerkingen die Oud over het toetsingsverbod maakte zijn weinig origineel.²⁸ Toch heeft hij wel een bepaalde verdienste in de toetsingsdiscussie, namelijk wanneer hij aan de orde stelt dat het Nederlandse systeem een positie inneemt *tussen* het Engelse en het Amerikaanse. In het tegenover elkaar stellen van het systeem van de onbegrensde wetgeverssoevereiniteit en de afwijzing daarvan lijkt hij op Marshall, zij het dan met dát verschil dat de tussenpositie die Marshall als een *tertium* afwijst, door Oud als een levensvatbare optie wordt gezien. Men kan de vraag stellen of het verbod op constitutionele toetsing niet betekent dat de grondwetgever als soeverein geabdiceerd heeft ten gunste van de gewone wetgever, schrijft Oud,²⁹ en dat is inderdaad de juiste vraag. We hebben gezien, door Opzoomer en Thorbecke werd deze vraag bevestigend beantwoord. Oud meent echter dat zij het niet bij het juiste eind hebben; de grondwet blijft immers, ondanks het voorschrift over de onschendbaarheid van de wet, de wetgever binden. Het toetsingsverbod mag niet worden opgevat als een vrijbrief voor de wetgever om de grondwet te schenden of met haar bepalingen naar willekeur om te springen.³⁰

Afwijzing van de Nederlandse tussenpositie. Het geheel overziend zou men kunnen stellen dat het Nederlandse systeem wel een uiterst merkwaardige combinatie van standpunten probeert te verzoenen. Laten we nog eens kijken naar de gedachte van het constitutionele recht als hoger recht.

In het Amerikaanse constitutionele recht gaat men uit van een hiërarchie van wetgeving. Grondwettelijk recht is fundamenteel recht, hoger recht ten opzichte van de gewone wetgeving. In de grondwet treffen we een aantal basiswaarden aan van de Amerikaanse samenleving.³¹ Een dergelijke manier van denken zit de Amerikanen in het bloed. In hun Onafhankelijkheidsverklaring beriepen zij zich al op waarheden in de vorm van rechten die zij vanzelfsprekend (*self-evident*) achtten en die de grens vormden voor het overheidsoptreden. De constitutie zet deze gedachte van de Onafhankelijkheidsverklaring consequent voort, ongeveer zoals het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en het Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens voortzetten: bij de Universele Verklaring en de Onafhankelijkheidsverklaring gaat het slechts om intentieverklaringen, de constitutie en de twee Internationale verdragen geven ook een implementatiestructuur.

In deze zin verder gaand is het voor de hand liggend dat men een rigide constitutie accepteert, dat wil zeggen een constitutie die moeilijker te wijzigen

is dan de gewone wetgeving van alledag.³² De idee van constitutioneel recht als hoger recht en de idee van moeilijker te wijzigen recht liggen geheel in elkaars verlengde, zoals ook C. Schmitt, overigens zelf een tegenstander van het toetsingsrecht, terecht heeft uitgesproken.³³ Ten aanzien van het dilemma zijn 'de Engelsen'³⁴ het geheel met de Amerikanen eens. Dicey³⁵ en Hamilton hebben een verschillende voorkeur wanneer zij uit de twee modellen moeten kiezen, maar wat de twee mogelijke modellen zijn, daarover zijn zij het geheel eens.

Maar hoe ziet nu het Nederlandse systeem eruit? Dat beoogt een soort tussenweg te bewandelen: men gaat enerzijds uit van hiërarchie in wetgeving, van een meer fundamenteel karakter van de grondwet³⁶ (hoewel Nederlandse staatsrechtsgeleerden ons heel weinig houvast geven wanneer het aankomt op de vraag hoe fundamenteel zij de grondwet achten)³⁷, maar men lijkt anderzijds afkerig van het trekken van de conclusie die voor Hamilton zo voor de hand ligt. Het oordeel dat de Amerikaanse rechter Marshall 'too plain to be contested' achtte, namelijk dat men moet kiezen tussen de twee hierboven getypeerde stelsels, is tot de Nederlandse constitutionele theorie niet echt doorgedrongen. De Nederlandse situatie is een tussensituatie, zegt Oud en dat klopt ook wel voorzover het Nederlandse systeem de Amerikaanse premissen aanvaardt zonder daaruit de conclusie te trekken, maar erg consequent is dat niet. Het Nederlandse systeem is het product van toevallige krachten en halfslachtige compromissen als men het onvriendelijk wil stellen. We zouden dan ook een keuze moeten maken: óf we laten het gehele kader van hiërarchie van wetgeving weg en rekenen de grondwet niet langer tot een soort van fundamenteel recht, óf we verbinden aan het bestaan van de hiërarchie van wetgeving de serieuze consequentie dat we aan de rechter toestaan 'to say what the law is', anders gezegd, de rechter mag constitutioneel toetsen. Dat is de keuze waarvoor de Nederlandse wetgever op het ogenblik staat en waarvoor we binnen afzienbare tijd een oplossing moeten vinden.

Rijksuniversiteit Leiden
Faculteit der Rechtsgeleerdheid

P.B. Cliteur

LITERATUUR

- Akkermans, P.W.C., *De kwetsbare grondwet*. Oratie, Rotterdam, Zwolle 1985.
Austin, J., *The Province of Jurisprudence Determined etc.*, with an introd. by H.L.A. Hart. Weidenfeld and Nicolson, London 1965 (1954/1832).
Beelaerts van Blokland, G.J.T., *De onschendbaarheid der wet*. S.C. van Doesburgh, Leiden 1868.
Berman, Harold J., 'Philosophical aspects of American Law', in: *Talks on American Law*, revised edition, Voice of America, Forum Lectures 1972.
Bryce, James, 'Flexible and Rigid Constitutions', in: *Studies in history and jurisprudence*, Volume I, Scientia Verlag Aalen, Aalen 1980 (Oxford 1901), pp. 145-252.
Bryce, J., 'The Nature of Sovereignty', in: *Studies in history and jurisprudence*, Volume II, (reprint of the edition Oxford 1901), Scientia Verlag Aalen, Aalen 1980, pp. 49-111.
Burg, F.H. van der, 'Heeft Nederland een grondwet?', in: *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, 90, 6 (1990), pp. 157-161.

- Burgh, J.Ph.Chr. van der, *Opmerkingen over des rechters toetsingsbevoegdheid*, diss. Leiden 1905.
- Buys, J.T., *De Grondwet, toelichting en kritiek*. P. Gouda Quint, Arnhem 1883.
- Cliteur, P.B., 'Is de Nederlandse wetgever ongebonden?', in: *Tijdschrift voor openbaar bestuur*, (1 juni 1990), pp. 244-246.
- Cliteur, P.B., 'An appeal from the people drunk to the people sober; over traditie, democratie en toetsing', in: *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, (Januari 1991), pp. 10-19.
- Commager, H.S., 'Judicial Review and Democracy', in: *Virginia Quarterly Review*, 19 (Summer 1943), pp. 417-428.
- Couwenberg, S.W., *De omstreden staat, Ontwikkeling en problematiek van de staatstheorie in de 20ste eeuw*. Samsom Uitgeverij, Alphen aan den Rijn 1974.
- Couwenberg, S.W., 'Liberale versus democratische rechtsstaat: achtergrond constitutionele toetsing', in: *Tijdschrift voor Openbaar Bestuur*, jrg. 16, nr. 7 (30.03.1990), pp. 156-158.
- Diaz, R.W.M., *Jurisprudence*. Butterworths, London 1985⁵.
- Dicey, A.V., *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, with introd. by E.C.S. Wade, Macmillan Education, London 1987 (1885).
- Dooyeweerd, H., *De strijd om het soevereiniteitsbegrip in de moderne rechts- en staatsleer*, Uitgeverij H.J. Paris, Amsterdam 1950.
- Elzinga, D.J., 'Leven en werk van Hugo Krabbe', in: *De staat van het recht*, Opstellen over staatsrecht en politiek. W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1990, pp. 55-74.
- Engels, J.W.M., 'Constitutionele toetsing en machtenscheiding', in: P.B. Cliteur en M.R. Rutgers (red.), *De trias onder spanning*, Wolters-Noordhoff, Groningen 1990, pp. 101-109.
- Federalist papers*, James Madison, Alexander Hamilton en John Jay, ed. by I. Kramnick. Penguin Books, Harmondsworth 1987.
- Hayek, F.A., *The constitution of liberty*. Routledge & Kegan Paul, London and Henley 1976 (1960).
- Hoeven, J. van der, 'De waarde van de grondwet', in: *Handelingen van de Vereniging voor wijsbegeerte des rechts*, (1962), pp. 3-37.
- Kelley, D.R., *The Human Measure, Social Thought in the Western Legal Tradition*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts 1990.
- Koopmans, T., *Vergelijkend publiekrecht*. Kluwer, Deventer 1986².
- Krabbe, H., 'De heerschappij der grondwet', in: *De Gids*, (1906), 4e deel, pp. 371-407.
- Krabbe, H., *Ongezonde lectuur*. J.B. Wolters, Groningen 1913.
- Kranenburg, R., *Het Nederlandsch staatsrecht*. H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V., Haarlem 1951⁷.
- Maine, H. Sumner, *Popular Government*, with an introd. by G.W. Carey. Liberty Classics, Indianapolis 1976 (1885).
- Maine, H. Sumner, *Ancient Law*. University of Arizona Press, Tucson 1986 (1864).
- McIlwain, Ch.H., *Constitutionalism, ancient and modern*. Cornell University Press, Ithaca, New York 1940.
- Melone, A.P., and Mace, G., *Judicial Review and American Democracy*. Iowa State University Press/Ames 1988.
- Opzoomer, C.W., *Aanteekening op de wet, houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het koninkrijk*. Gebr. Belifante, 's-Gravenhage 1884².
- Opzoomer, C.W., *De grenzen der staatsmacht*. J.H. Gebhard & Comp., Amsterdam 1873.
- Oud, P.J., *Het constitutioneel recht van het koninkrijk der Nederlanden*, deel II. W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1970² (1948).
- Oud, P.J., *Enige beschouwingen over de verhouding der verschillende overheids machten*. W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1952.
- Postema, G.J., *Bentham and the common law tradition*. Clarendon Press, Oxford 1989² (1986).
- Prakke, L., 'Het vraagstuk van de soevereiniteit in de democratisch-sociale rechtsstaat', in: *Civis Mundi*, 16 (nov. 1977), pp. 219-224.
- Savornin Lohman, A.F. de, *Onze constitutie*. Kemink & Zoon, Utrecht 1926² (1901).
- Schindler, D., *Verfassungsrecht und soziale Struktur*. Schulthess polygraphischer Verlag AG, Zürich 1970⁵ (1931).

- Schmitt, C., *Politische Theologie, Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. Duncker & Humblot, Berlin 1979³ (1934).
- Schmitt, C., *Verfassungslehre*. Duncker & Humblot, Berlin 1983⁶ (1928).
- Struycken, A.A.H., *Het staatsrecht van het koninkrijk der Nederlanden*. Gouda Quint, Arnhem 1928².
- Tang, G.F.M. van der, 'Soevereiniteit', in: Akkermans, P.W.C., e.a., *Algemene Begrippen van Staatsrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1985, pp. 87-109.
- Thorbecke, J.R., *Bijdrage tot herziening der grondwet*, Martinus Nijhoff, Den Haag 1848.
- Yardley, D.C.M., *Introduction to British constitutional law*. Butterworths, London Dublin Edinburgh 1990⁷.

NOTEN

- 1 Bryce, 'The Nature of Sovereignty', p. 51.
- 2 Een frase die teruggaat op Ulpianus die in de *Digesten* had geschreven dat de vorst niet gebonden zou zijn aan de wetten: *Princeps legibus solutus* (D. I, 3, 31). Vgl. Schmitt, *Politische Theologie*, p. 14; McIlwain, *Constitutionalism, ancient and modern*, p. 41; Bryce, 'The Nature of Sovereignty', pp. 76 en 84.
- 3 Vgl. Bryce, 'The Nature of Sovereignty', p. 51; Schindler, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, p. 112 e.v.; Prakke, 'Het vraagstuk van de soevereiniteit in de democratisch-sociale rechtsstaat', p. 220; Dooyeweerd, *De strijd om het soevereiniteitsbegrip in de moderne rechts- en staatsleer*, p. 5; Van der Tang, 'Soevereiniteit', p. 89 e.v.
- 4 Vgl. over deze verwantschap: Diaz, *Jurisprudence*, p. 344 e.v.
- 5 Vgl. Dicey, *An Introduction to the law of the constitution*, p. 39 e.v.; een korte en heldere typering van de problematiek ook in: Yardley, *Introduction to British constitutional law*, pp. 33-44.
- 6 Vgl. voor dit begrippenpaar: Bryce, 'Flexible and Rigid Constitutions', pp. 145-252.
- 7 Koopmans, *Vergelijkend publiekrecht*, p. 16.
- 8 Vgl. Chester versus Bateson (1920), 1 KB 829.
- 9 Hayek, *The Constitution of Liberty*, p. 176.
- 10 Hayek, *The Constitution of Liberty*, p. 178.
- 11 Vgl. Postema, *Bentham and the common law tradition*, pp. 3-134.
- 12 Vgl. voor Maine als criticus van Austin en Bentham: Maine, *Ancient Law*, p. 7: 'the farther we penetrate into the primitive history of thought, the farther we find ourselves from a conception of law, which at all resembles a compound of the elements which Bentham determined'. Vgl. tevens de inleiding van H.L.A. Hart tot Austin, *The Province*, p. xi en Kelley, *The Human Measure*, p. 266 e.v.
- 13 Vgl. hierover ook: Dahl, *A Preface To Democratic Theory*, p. 7 e.v. en Maine, *Popular Government*, p. 27 e.v.
- 14 *Federalist Papers*, p. 438.
- 15 Marshall geciteerd bij: Melone en Mace, *Judicial review and American democracy*, p. 61.
- 16 Sinds 1983 staat er: 'De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen' (art. 120 Grondwet). Vgl. over de achtergrond van het artikel: Engels, 'Constitutionele toetsing en machtenscheiding', p. 102.
- 17 Thorbecke, *Bijdrage*, p. 61.
- 18 Opzomer, *De grenzen der staatsmacht*, p. 2.
- 19 Opzomer, *Aanteekening*, p. 198.
- 20 Krabbe, *Ongezonde lectuur*, p. 32; Krabbe, 'De heerschappij der grondwet', p. 379. Over hem: het hoofdstuk in Couwenberg, *De omstreden staat* en het opstel van Elzinga, 'Leven en werk van Hugo Krabbe'.
- 21 Struycken, *Het staatsrecht*, p. 93 e.v.
- 22 De Savornin Lohman, *Onze constitutie*, p. 286.
- 23 De Savornin Lohman, *Onze constitutie*, p. 287.

- 24 Kranenburg, *Het Nederlandsch staatsrecht*, p. 379 e.v.
- 25 Oud, *Enige beschouwingen*, p. 21; Oud, *Het constitutioneel recht*, II, p. 13.
- 26 Vgl. Buys, *De Grondwet*, p. 630 e.v.
- 27 Oud, *Enige beschouwingen*, p. 20.
- 28 Iets dat ook niet eenvoudig is. Met name in het proefschrift van Beelaerts van Blokland, *De onschendbaarheid der wet* (1868) was al veel behandeld en ook was de problematiek al aan de orde gesteld door Van der Burgh in *Opmerkingen over des rechters toetsingsbevoegdheid* (1905).
- 29 Oud, *Het constitutioneel recht*, II, p. 11.
- 30 Oud, *Het constitutioneel recht*, II, p. 12.
- 31 Vgl. Berman, 'Philosophical aspects of American Law', p. 322.
- 32 Vgl. *Federalist papers*, p. 438.
- 33 Vgl. Schmitt, *Verfassungslehre*, p. 18: 'Die Verfassung ist nach Inhalt und Tragweite immer etwas Höheres und Umfassenderes als irgendein einzelnes Gesetz. Der Inhalt der Verfassung war nicht wegen seiner erschweren Abänderbarkeit etwas Besonderes und Ausgezeichnetes, sondern umgekehrt: wegen seiner fundamentalen Bedeutung sollte der die Garantie der Dauer erhalten'.
- 34 Ik ben mij er van bewust dat ik hier sterk schematiseer, omdat sommige Engelsen voor het 'Amerikaanse' model hebben gekozen en Amerikanen voor het 'Engelse' model. Vgl. voor een voorbeeld van dat laatste: Commager, 'Judicial Review and Democracy', pp. 417-428.
- 35 Vgl. Dicey, *An Introduction*, p. 39 e.v.; Vgl. voor deze problematiek ook: Couwenberg, 'Liberaal versus democratische rechtsstaat: achtergrond constitutionele toetsing', pp. 156-158; Van der Burg, 'Heeft Nederland een grondwet?', pp. 157-161; Cliteur, 'Is de Nederlandse wetgever ongebonden?', pp. 244-246.
- 36 Van der Hoeven, die toch zeer kritisch is over de betekenis van de grondwet, schreef in 1962 dat de beoordeling van de grondwet in onze tijd in beginsel nauwelijks is veranderd. De grondwet wordt nog steeds gezien als de grondslag van het staatsbestel. Dat blijkt onder andere uit het feit dat de beschuldiging van grondwetsschending als zeer ernstig wordt ervaren. Ook zweert de Koning bij het aanvaarden van de regering dat hij de 'grondwet zal onderhouden'. Verder zweren ook de ministers 'getrouwheid aan de Koning en aan de Grondwet' evenals de leden der Staten-Generaal 'getrouwheid aan de Grondwet' afleggen. Vgl. J. van der Hoeven, 'De waarde van de grondwet', in: *Handelingen van de Vereniging voor wijsbegeerte des rechts*, 1962, p. 4.
- 37 Een vraag waar trouwens ook de regering grote moeite mee bleek te hebben. Akkermans schrijft dat bij de laatste grondwetsherziening ook een aantal malen naar de visie van het kabinet over de grondwet werd gevraagd. 'Het bijna stereotype antwoord was steeds in deze zin: de Grondwet moet regels bevatten ter waarborging en bevordering van de vrijheid en het welzijn van de burgers; ook beoogt zij de voornaamste elementen en fasen der politieke wils- en besluitvorming vast te leggen'. Vgl. Akkermans, *De kwetsbare grondwet*, p. 4.