

## Parlementaire zelfbeperking

Binnenkort wordt de vraag of we art. 120 Gw moeten herzien (toetsingsverbod) weer besproken. Weinig aandacht is tot nu toe besteed aan het feit dat het hierbij gaat om een bijzondere vraag, in die zin dat de volksvertegenwoordiging zich zal moeten uitspreken over iets dat haar zelf sterk aangaat. In dit artikel gaat het om de vraag of dat van de volksvertegenwoordiging een speciale houding eist.

**P.B. Cliteur**

Dr P.B. Cliteur is  
universitair hoofddocent  
Staats- en bestuursrecht,  
Rijkuniversiteit Leiden.

Aanvankelijk, dat wil zeggen direct na 1848, was het grondwettelijk verbod om wetten te toetsen aan de grondwet (art. 120 Gw) een fel omstreden kwestie onder de Nederlandse staatsrechtsgeleerden. THORBECKE bijvoorbeeld was een voorstander van de mogelijkheid tot rechterlijke toetsing. Wanneer de rechter wetten niet mag toetsen aan de grondwet, zou deze ophouden grondwet te zijn; de gewone wetgever zou boven de grondwet komen te staan, schreef hij.<sup>1</sup> Ook OPZOOMER was om soortgelijke redenen een voorstander van rechterlijke toetsing,<sup>2</sup> maar na Thorbecke en Opzoomer wordt tegen het toetsingsverbod lange tijd geen fundamenteel protest meer aangetekend. We kunnen niet zeggen dat we bij Struycken, Kranenburg, Oud, De Savornin Lohman en andere Nederlandse staatsrechtsgeleerden zulke ideologisch bevlogen en principieel redenerende tegenstanders van toetsing (en dus voorstanders van het vigerende systeem) aantreffen, maar de algemene teneur is toch dat men op basis van pragmatische argumenten zich redelijk goed in de

bestaande situatie kan vinden.<sup>3</sup> Afgezien van de eigenzinnige KRABBE die op grond van een wat excentrieke combinatie van ideeën, rond de eeuwwisseling een vlamdend pleidooi voor toetsing hield is de generalisatie gerechtvaardigd dat het toetsingsverbod ongeveer een eeuw lang min of meer geaccepteerd werd in ons staatsrecht.<sup>4</sup>

Pas na de tweede wereldoorlog, toen men weer een sterke belangstelling kreeg voor constitutionalisme en de positie van grondrechten en fundamentele waarden als ten grondslag liggend aan elk rechtssysteem is de belangstelling voor constitutionele toetsing op de voorgrond getreden.<sup>5</sup>

Die belangstelling voor grondrechten en fundamentele waarden heeft zich aanvankelijk in ons land (in tegenstelling tot de oosterburen) niet vertaald in een hernieuwde belangstelling voor de grondrechten in de grondwet, maar voor grondrechten die zijn neergelegd in verdragen. In het begin van de jaren vijftig is zelfs grondwettelijk vastgelegd dat direct werkende bepalingen

gen uit verdragen prevaleren boven onze nationale wetten. Sindsdien bestond dus de wat vreemde situatie dat de rechter wetten wel mag toetsen aan internationaal gewaarborgde grondrechten, maar niet aan grondrechten in onze eigen grondwet.

Pas de laatste jaren is de toetsingsdiscussie in verband met onze eigen grondwet weer opgeleaid, mede naar aanleiding van het geruchtmakende vonnis van de president van de Rb Den Haag Wijnholt over de harmonisatiewet en de daarop volgende vernietiging van dat vonnis door de Hoge Raad, waarbij weliswaar nog eens werd uitgesproken dat constitutionele toetsing naar geldend recht verboden is, maar waarin tevens tussen de regels door een zeker begrip voor de voorstanders van toetsing doorklonk.

### Wetenschap en politiek

Opvallend is dat men tegenwoordig in de wetenschap doorgaans gunstig staat tegenover een verandering van het huidige systeem: steeds meer ziet men dat belangrijke juristen zich voor een of andere vorm van toetsing uitspreken. Saillant is daarbij met name dat notoire tegenstanders van toetsing 'omgaan'.<sup>6</sup> Doorgaans gaat dat naar goed juridisch gebruik gepaard met voorzichtige formuleringen ('Men kan zich voorstellen dat onder bepaalde omstandigheden het niet uitgesloten is...' enz.), maar de verandering van het geestesklimaat is toch duidelijk voelbaar.

Overwegend terughoudend tegenover toetsing staat men echter in de politiek. Kamerleden bijvoorbeeld horen we veelal kritische kanttekeningen plaatsen en dat is gezien de positie van de kamerleden ook niet zo verwonderlijk, maar daar kom ik nog op terug. Temidden van die politici springt er één duidelijk uit als een voorstander van het toetsingsrecht en dat is de huidige minister van justitie die zich reeds geruime tijd voor zijn politieke ambtsaanvaarding als hoogleraar staatsrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant sterk had gemaakt voor een afschaffing van het vigerend toetsingsverbod. Het ligt voor de hand dat hij zijn plannen nu in de praktijk wil brengen en in de regeringsverklaring van november 1989 vinden we een zinsnede waarin staat dat de regering voornemens is te onderzoeken in hoeverre er mogelijkheden zijn voor een geconcentreerd systeem van toetsing.

Het is gezien de toekomstige ontwikkelingen op dit gebied misschien interessant wat te speculeren over de toekomst van het toetsingsrecht en ons af te vragen op welke problemen de voorstanders van constitutionele toetsing ten aanzien van de praktische verwerkelijking van hun plannen nog zullen stuiten. Twee obstakels lijken er te bestaan voor de invoering van het toetsingsrecht.

### Twee obstakels voor invoering van toetsing

Een eerste probleem waarmee de voorstanders van het toetsingsrecht geconfronteerd worden is dat toetsing wordt verboden in de grondwet. Nu is voor een wetswijziging een politieke meerderheid nodig. Voor bepaalde precare kwesties is dat in een pluriform land als het onze al bijna een onoverkomelijke hindernis. Nu

staat het verbod op rechterlijke toetsing niet in de gewone wet, maar in de *grondwet* en die kan alleen maar met een gekwalificeerde meerderheid van 2/3 worden gewijzigd; iets dat natuurlijk een bijzonder zware drempel is voor een onderwerp waarover zoveel verschil van mening mogelijk is.

**Voor een wetswijziging is een politieke meerderheid nodig: voor precare kwesties een bijna onoverkomelijke hindernis in een pluriform land als het onze**

Een tweede probleem is dat die vereiste meerderheid van 2/3 bovendien nog verdeeld is over de wijze waarop toetsing zou moeten worden georganiseerd. We kennen namelijk twee vormen waarop toetsing zou kunnen plaatsvinden, door de Duitse jurist Carl SCHMITT aangeduid als *diffuse* en *geconcentreerde* toetsing.<sup>7</sup>

'Ich möchte dieses Wort 'diffus' zur Bezeichnung des Gegensatzes gegen ein bei einer einzigen Instanz konzentriertes Prüfungsrecht vorschlagen'.

*Diffuse toetsing* wil zeggen dat elke rechter de toetsing mag verrichten, dus de kantonrechter evengoed als de Hoge Raad (waarbij natuurlijk wel geldt dat de Hoge Raad het laatste woord heeft). *Geconcentreerde toetsing* daarentegen wil zeggen dat men de toetsing opdraagt aan één hoogste rechtscollege, bijvoorbeeld de Hoge Raad of de Raad van State of een nieuw orgaan. Met één van deze systemen hebben we in Nederland al enige ervaring opgedaan, want ten aanzien van de verdragstoetsing kennen wij het diffuse systeem. En daar zijn we dan bij de kern van het probleem, want wanneer de regeringsplannen wijzen in de richting van een geconcentreerde constitutionele toetsing dan zal dat ook wel betekenen dat men voornemens is het diffuse systeem van de verdragstoetsing ter discussie te stellen en dat zal door vele potentiële voorstanders van constitutionele toetsing als een bedenkelijke stap terug worden ervaren.<sup>8</sup>

Kortom, de op zichzelf al moeilijk te verkrijgen meerderheid van 2/3 wordt nog eens verdeeld door interne stammentwisten binnen de toetsingsclan zelf ten aanzien van de wijze waarop de toetsing zou moeten worden georganiseerd en, zoals dat zo vaak het geval is wanneer veranderingsgezinden van mening verschillen over de richting van de verandering: dan is de kans groot dat alles bij het oude blijft.

### De obstakels onoverkomelijk?

Deze twee obstakels voor de invoering van het toetsingsrecht zijn aanzienlijk. Maar zijn zij ook onoverkomelijk? Dat zou kunnen afhangen van de houding van een aantal betrokkenen, van de houding van zowel regering als parlement: beide zouden een zekere terughoudendheid in acht moeten nemen wil er een reële kans zijn op invoering van constitutionele toetsing.

De regering zal zich moeten bezinnen op wat zij het belangrijkste vindt: het introduceren van constitutione-

le toetsing (op welke manier dan ook; diffuus dan wel geconcentreerd) of het realiseren van een concentratie van de toetsingsactiviteiten. En dan zou het best eens kunnen zijn dat de regering haar toetsingsplannen alleen kan realiseren wanneer men een toetsingsmodaliteit moet accepteren waarvoor men oorspronkelijk niet had gekozen. De kans op de introductie van toetsing hangt, met andere woorden, mede af van de terughoudende opstelling van de regering ten aanzien van de wijze waarop toetsing zou moeten plaatsvinden.

De kans op invoering van toetsing zou verder worden vergroot door een terughoudende opstelling van het parlement. Maar laten we eerst bezien waarom verdedigbaar is dat het parlement zich in de toetsingskwestie op een andere manier zou opstellen dan bij doorsnee-kwesties die aan zijn oordeel zijn onderworpen. Daarvoor is een kleine toelichting op het bijzondere van de situatie vereist.

Doorgaans proberen we te vermijden dat mensen moeten beslissen over zaken waarbij zij persoonlijk betrokken zijn.

We laten de heer Pietersen bijvoorbeeld niet zitting nemen in de benoemingscommissie die is ingesteld voor de vervulling van de functie waarvoor de heer Pietersen zelf solliciteert.

Tevens proberen we te vermijden dat iemand zijn eigen geestelijke erfenis veilig stelt, een reden waarom de vertrekkende hoogleraar niet in de benoemingscommissie voor zijn opvolger zitting mag nemen. In het alledaagse leven hebben we voor dit soort dilemma's dus de even eenvoudige als effectieve remedie dat de betrokkenen niet mee mogen stemmen over de betreffende kwestie.

**We proberen te vermijden dat iemand zijn eigen geestelijke erfenis veilig stelt; daarom mag de vertrekkende hoogleraar niet in de benoemingscommissie voor zijn opvolger zitten**

Soms wordt echter om allerlei praktische redenen afgeweken van dit beginsel, omdat het beoordelend orgaan nu eenmaal structureel tot de betreffende taak geroepen is, zoals het geval is bij de volksvertegenwoordiging. En dat levert dan moeilijkheden op met situaties als de Eerste Kamer die zou moeten oordelen over afschaffing van die Eerste Kamer zelf of constitutionele toetsing waarbij het om de vraag gaat of we de volksvertegenwoordiging iets minder belangrijk moeten maken ten gunste van die andere poot van de trias, de rechterlijke macht.

Hoe moeten we in een dergelijke situatie opereren? Men zou natuurlijk kunnen stellen dat het parlement geheel buiten de toetsingskwestie moet blijven; de eventuele invoering (of uitbreiding) van de constitutionele toetsing gaat dan buiten de volksvertegenwoordiging om. In de Verenigde Staten is dat bijvoorbeeld gebeurd toen bij de uitspraak *Marbury*

v. *Madison* (1803) door de rechterlijke macht zelf het toetsingsrecht werd geïntroduceerd.<sup>9</sup>

Het is echter duidelijk dat een dergelijke 'oplossing' twijfelachtig is, immers ook de rechterlijke macht is (net als de volksvertegenwoordiging) betrokken bij de vraag of we constitutionele toetsing moeten invoeren.<sup>10</sup> Een andere mogelijkheid zou zijn dat men de kwestie laat beslissen door een referendum. Op het eerste gezicht leent dit vraagstuk zich daar bij uitstek voor. Men krijgt dan een democratisch gelegitimeerde beslissing, zonder de filter van de volksvertegenwoordiging die we voor dit betreffende punt inderdaad willen uitsluiten.

Ook deze uitweg uit het dilemma is echter niet zonder bezwaren. Twee problemen doen zich voor: allereerst is er het praktische probleem dat wij dit systeem in Nederland niet kennen en we zouden voor de invoering van constitutionele toetsing dus eerst een zeker zo moeilijke discussie moeten voeren als die over het toetsingsrecht, namelijk die over de introductie van het referendum, maar bovendien – en dat ligt principiëler – zou men kunnen zeggen dat het betreffende vraagpunt, de introductie van constitutionele toetsing, zich dan weliswaar niet zo goed leent voor parlementaire besluitvorming in verband met de betrokkenheid van de parlementsleden, maar dat het zich ook niet zo goed leent voor een direct beroep op het oordeel van het volk omdat het volk geacht kan worden op dit punt niet veel mening te hebben.

Wellicht de beste uitweg is daarom een oplossing die zoveel mogelijk de bestaande besluitvormingsprocedure intact laat (en de kwestie derhalve wel door de volksvertegenwoordiging laat beoordelen), maar met de volgende suggestie voor de te volgen actielijn. Men zou zich kunnen afvragen of voor een dergelijk soort beoordeling niet andere spelregels zouden moeten gelden dan voor de andere zaken die aan de beoordeling van het parlement zijn onderworpen. Het is voorstelbaar dat men in een dergelijke situatie een zekere terughoudendheid vraagt. Die speciale spelregels zouden daaruit kunnen bestaan dat het parlement ten aanzien van de vraag of constitutionele toetsing dient te worden ingevoerd zich sterker op andere segmenten van de samenleving oriënteert dan gebruikelijk is; segmenten van de samenleving waar wel expertise aanwezig is ten aanzien van het te beoordelen vraagstuk maar die niettemin geen partij zijn bij de te beoordelen kwestie.

#### **Een mogelijke oplossing: parlementaire 'self-restraint'**

In feite gaat het hierbij om een soort van parlementaire zelf-beperking, zoals men die ook van rechters in bepaalde gevallen kan vragen. Onder Amerikaanse rechters is misschien Oliver Wendell HOLMES als de meest bekende protagonist van rechterlijke terughoudendheid opgetreden. LASKI schrijft in een portret van Holmes dat Holmes niet deed wat zijn collega's en voorgangers zo gemakkelijk geneigd waren te doen, namelijk 'erecting private prejudice into legal principle'.<sup>11</sup> 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'.

Nadat Field, Harlan en Brewer heel wat sociale wetgeving hadden doen sneuvelen op de due process of law-clausule (een manier van doen die door POUND zo aardig is omschreven als een 'carnival of unconstitutionality') werd de roep om rechterlijke zelf-beperking groter.<sup>12</sup>

De oplossing voor het dilemma waarmee we te maken hebben met toetsing zou ook gelegen kunnen zijn in zo'n soort intellectuele bescheidenheid ('nederigheid', waarvan in het citaat van Holmes sprake was, is misschien wat te sterk uitgedrukt). Nu alleen niet als een norm voor de rechter, maar als een norm voor de volksvertegenwoordiging. Hoe kunnen we die bescheidenheid echter operationaliseren? Waarschijnlijk kan men zich verschillende manieren voorstellen, maar één mogelijkheid zou zijn dat de volksvertegenwoordiging zich bij de besluitvorming zou oriënteren op de wetenschap, op wat gezaghebbende staatsrechtsgeleerden over toetsing schrijven.

Het zijn vooral de staatsrechtsgeleerden die de discussie over toetsing op een fundamentele manier moeten voeren: rechtsvergelijkend, politiek-filosofisch en positiefrechtelijk. Er is gezien de betrokkenheid van zowel parlement als rechterlijke macht alle reden om heel goed te letten op de eventuele consensus die zich bij de staatsrechtsgeleerden uitkristalliseert.

Iets waarvoor ook VON SAVIGNY al een pleidooi houdt. Hij spreekt van een stand van rechtskundigen 'welche selbst Bestandtheil des Volkes, in diesem Kreise des Denkens die Gesamtheit vertritt', wanneer het om de meer abstracte zaken gaat waarover het rechtsbewustzijn zwijgt. En over het 'technisch deel' van het recht: 'wie es vorher im Bewusstsein des gesammten Volkes lebte, so fällt es jetzt dem Bewusstsein der Juristen anheim, von welchen das Volk nunmehr repräsentirt wird'.<sup>13</sup>

## Twee bezwaren

Tegen de hier voorgestelde remedie voor het probleem van de betrokkenheid van het parlement bij de toetsingskwestie lijken zich direct twee bezwaren aan te dienen: het eerste heeft te maken met het gebrek aan democratische legitimatie van de rechtsgeleerde opinievorming, het tweede heeft betrekking op het feit dat de doctrine in het Nederlandse rechtstelsel geen bron van recht is.

### *Democratische legitimatie*

Een eerste probleem lijkt de democratische legitimatie. Volksvertegenwoordigers worden nu eenmaal geacht zich te oriënteren op de mening van het electoraat, niet op *expert opinions*.

Hier lijkt een pleidooi te worden gehouden om het debat aan het Binnenhof te verplaatsen naar de vergaderzaal van de Nederlandse Juristenvereniging. Toch is dat niet de strekking: het gaat erom via welk kanaal dat kamerdebat gevoed wordt. En dan kan men zich

afvragen of het wel zo excentriek is wat hier wordt aanbevolen. De volksvertegenwoordiging wordt veel vaker gevoed door iets anders dan de veronderstelde mening van het electoraat. Men hoeft bepaald niet gepokt en gemazeld te zijn in empirisch politicologisch onderzoek om te begrijpen dat ten aanzien van een deel van de beleidspunten waarover de volksvertegenwoordiging zich moet uitspreken men weliswaar formeel een consensus binnen de samenleving tot uitdrukking brengt, maar materieel daarvan geen sprake kan zijn omdat het volk nu eenmaal geen enkele mening heeft over het betreffende beleidspunt, zoals hiervoor ook al aan de orde is gesteld.<sup>14</sup> Wanneer de volksvertegenwoordiging het Nieuw Burgerlijk Wetboek behandelt en daarin zou gekozen moeten worden voor de ontvangsttheorie, de verzendingstheorie of de vernemingstheorie ten aanzien van de totstandkoming van de privaatrechtelijke overeenkomst vraagt een sociaal-democraat zich echt niet af hoe zijn electoraat over deze kwestie zou denken ter onderscheiding van het christen-democratisch of liberaal electoraat.<sup>15</sup> De reden daarvoor is duidelijk: velen hebben van dit soort theorieën nog nooit gehoord. In dit soort gevallen koersen volksvertegenwoordigers op expert opinions; op de gedachtenwisseling van mensen uit de rechterlijke macht en juristen in andere segmenten van de samenleving.

**... de volksvertegenwoordiging brengt formeel een consensus binnen de samenleving tot uitdrukking; materieel is daarvan geen sprake omdat het volk geen mening heeft over het betreffende beleidspunt**

Men zou het zelfs als volgt kunnen stellen. Wanneer men het als ondemocratisch zou verwerpen dat de volksvertegenwoordiging zich bij technisch-juridische aangelegenheden oriënteert op de juristenstand dan is de kans niet gering dat men de facto bereikt dat de volksvertegenwoordiging zich hetzij uitsluitend zal baseren op een privé mening, hetzij volledig koerst op de fractiespecialist, want bij het electoraat vindt het parlement geen enkele aanknopng voor een te volgen actielijn. En dat zal toch iedereen onwenselijk achten.

### *Nederlandse rechtstelsel geen bron van recht*

Een tweede probleem dat zich bij velen tegen het hiervoor geschetste standpunt als vanzelf zal opdringen is dat – in de traditionele terminologie geformuleerd – aan de doctrine een rechtsvormende rol lijkt te worden toebedeeld. Zoiets mag in het internationale recht

### **Samenvatting**

Wanneer de volksvertegenwoordiging moet besluiten over de vraag of art. 120 Gw moet worden gewijzigd is dat een bijzondere kwestie die een speciale houding vraagt van de volksvertegenwoordiging. Een terughoudende opstelling lijkt hier gepast, tenminste wanneer men uitgaat van een bepaalde visie op het recht die inhoudt dat wij ons allen als interpreten van een zich grotendeels autonoom ontwikkelend geheel opstellen.

mogelijk zijn, maar in het nationale recht kennen we een dergelijke constructie niet, zal men zeggen. Hoewel tegen de stelling dat de rechtswetenschap geen bron van recht in is deze bewoordingen geen protest kan worden aangetekend is dat toch niet het punt waarom het lijkt te gaan. Wat hier een rol speelt is veeleer een tegenstelling tussen twee concepties van rechtsdenken.<sup>16</sup>

In de ene conceptie komt vooral aan de wetgever een beslissende betekenis toe in het rechtsvormingsproces (hij bepaalt in volkomen vrijheid wat het recht is); in de andere conceptie wordt recht veeleer gezien als de resultante van krachten waarbij de wetgever slechts één, zij het een belangrijke, factor is.

De eerste conceptie gaat terug op Hobbes, Austin en Bentham, en wordt in de twintigste eeuw verdedigd door overwegend rechtspositivistische auteurs; de tweede conceptie gaat terug op Coke, Blackstone en de *common law*-auteurs, een conceptie die in de twintigste eeuw op een invloedrijke manier is vertolkt door Fuller en Dworkin.<sup>17</sup>

In de eerste traditie is men telkens op zoek naar één of twee of meer beslissende 'makers' van het recht; in de tweede traditie gaat men ervan uit dat het recht niet tot een paar rechtsbronnen kan worden herleid.

In de eerste traditie kan de autoritatieve bron van het recht zich niet vergissen. Wanneer door de autoriteit wordt vastgesteld wat het recht is, is het *eo ipso* recht. In de tweede traditie worden alle pogingen om te onderkennen wat het recht van ons eist gezien als feilbare interpretaties.

In de eerste traditie heeft men een rechtswetenschappelijke cultuur die men zou kunnen typeren als 'detached observation'.<sup>18</sup> In de tweede traditie gaat het om 'committed argument'.

Tot aan de negentiende eeuw is de tweede traditie zeer bekend en frequent geëxpliciteerd geweest, maar daarin is in het begin van de twintigste eeuw, met de dominantie van het positivisme, verandering gekomen.

Ten overvloede zij vermeld dat het hier *niet* gaat om de tegenstelling natuurrechtsleer/rechtspositivisme.

Pas met de doorwerking van de rechtsconceptie die in het werk van Dworkin tot uitdrukking komt, lijkt weer opnieuw begrip voor de tweede traditie te ontstaan. Het is niet mogelijk in dit kader een uitwerking te geven van de vele interessante verschillen die tussen deze twee manieren van rechtswetenschappelijk denken te onderkennen zijn. Pas recentelijk lijkt men zich nader te hebben toegelegd op een analyse van de verschillende antwoorden op de theoretische vragen waartoe de twee perspectieven voeren.<sup>19</sup> Voor ons is nu van belang dat in de tweede conceptie het bezwaar tegen de opmerking dat de rechtswetenschap geen bron van recht is en dat het daarom verkeerd zou zijn ons sterk te oriënteren op de consensus over een staatsrechtelijk onderwerp bij de staatsrechtsjuristen veel minder indruk maakt. Voor diegenen die zich tot het tweede perspectief aangetrokken voelen is het recht een verhaal waaraan vele betrokkenen hun bijdrage leveren: rechter, wetgever, annotator, handboeken-

schrijver, politicus enzovoort. Om te achterhalen vanuit welk perspectief een bepaalde schrijver denkt en werkt is vaak significant de taal waarin men over het recht spreekt. FLETCHER wijst op het verschil tussen 'to assert' en 'to declare'. In de eerste traditie heeft men het over 'to declare the law': door de vaststelling wordt het recht geconstitueerd. De tweede traditie spreekt van 'to assert the law'.<sup>20</sup>

Gaat men uit van het tweede perspectief dan is het bepaald niet vreemd om voor een geval waarvoor geldt dat de volksvertegenwoordiging om de hiervoor genoemde redenen als autoriteit voor het recht iets minder geschikt is te koersen op andere autoriteiten. De volksvertegenwoordiging staat tegenover het recht in dezelfde interpretatieve houding als wij allemaal. We zijn allemaal onderworpen aan 'Law's empire'.

Enige aandacht voor de juristen dus. En dan begrijpen we nu ook waarom dat een factor is die relevant is voor de kansen op introductie van constitutionele toetsing, want bij de juristen is, zoals gezegd, een gunstig klimaat voor toetsing.

De vraag is dan natuurlijk wel of het inderdaad waar is dat bij juristen een gunstig klimaat heerst voor toetsing, wat hier voortdurend als een stilzwijgende vooronderstelling is aangenomen. Mijn inschatting is dat dit het geval is, zeker wanneer we de juristen vergelijken met de politici. Wat we kunnen zien is dat de oude tegenstanders van toetsing steeds meer gaan twijfelen en dat er geen nieuwe bijkomen, terwijl de stemmen pro toetsing steeds meer van zich doen horen.

De twee obstakels voor de invoering van het toetsingsrecht (of: uitbreiding van het toetsingsrecht, immers verdragstoetsing is reeds gerealiseerd)<sup>21</sup> zijn dus niet te onderschatten, maar ook niet onoverkomelijk, wanneer de voorstanders van het toetsingsrecht de kwestie van de modaliteit van de toetsing niet tot hun voornaamste discussiepunt maken en wanneer het parlement bij de beoordeling van de zaak zich sterk zou oriënteren op de consensus die zich bij de juristen uitkristalliseert, een oriëntatie die misschien op het eerste gezicht niet zo voor de hand ligt, maar die bij nadere overweging toch de meest verkieslijke manier van opereren is gezien de bijzondere aard van de te beantwoorden vraag.

## Noten

- 1 J.R. Thorbecke, *Bijdrage tot herziening der grondwet*, Den Haag 1848, p. 63.
- 2 C.W. Opzoomer, *Aanteekening op de wet, houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het koninkrijk*, De Haag 1884<sup>4</sup>, p. 198.
- 3 A.A.H. Struycken, *Het staatsrecht van het koninkrijk der Nederlanden*, Arnhem 1928<sup>2</sup>, p. 107; R. Kranenburg, *Het Nederlandsch staatsrecht*, Haarlem 1951<sup>7</sup>, p. 385; P.J. Oud, *Het constitutioneel recht II*, Zwolle 1970 (1948), p. 12; A.F. de Savornin Lohman, *Onze constitutie*, Utrecht 1926<sup>4</sup> (1901), p. 286. Typerend is in dit opzicht ook een tweetal dissertaties: G.J.T. Beelaerts van Blokland, *De onschendbaarheid der wet*, Leiden 1868 en J.Ph.Chr. van der Burgh, *Opmerkingen over des rechters toetsingsbevoegdheid*, diss. Leiden 1905.
- 4 H. Krabbe, 'De heerschappij der grondwet', in: *De Gids*, 1906, 4e deel, p. 372. Krabbe wilde een levend constitutioneel recht en

hij meende dat het instituut van de constitutionele toetsing daaraan zou kunnen bijdragen.

5 Vgl. hierover: Carl J. Friedrich, *The impact of American constitutionalism abroad*, Massachusetts 1967, p. 71 e.v.; Henry J. Abraham, *The Judicial Process*, New York/Oxford 1986<sup>5</sup>, p. 314; Ronald Dworkin, *A Bill of Rights for Britain*, London 1990, p. 16; kenmerkend voor die na-oorlogse belangstelling voor constitutionalisme zijn ook de boeken van McIlwain. Vgl. in het bijzonder: 'The fundamental law behind the constitution of the United States', in: *Constitutionalism & the changing world*, London etc. 1939, pp. 244-259 en *Constitutionalism, ancient and modern*, New York 1940, die met name na de oorlog veel invloed kregen.

6 Vgl. bijvoorbeeld: J. van der Hoeven, 'Toetsen aan de Grondwet. Hoe en door wie?', in: *Nederlands Juristenblad*, 9 mei 1991, pp. 784-787.

7 Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Tübingen 1931, p. 18. Men spreekt ook wel van gecentraliseerde en gedecentraliseerde toetsing. Vgl. Arend Lijphart, *Democracies*, New Haven and London 1984, p. 193.

8 Vgl. bijvoorbeeld: T. Zwart, 'Constitutionele Toetsing: ganzenbord of Russische Roulette?' in *Geschrift 74* van de Prof. mr. B.M. Teldersstichting over Constitutionele toetsing, Den Haag 1991. In deze zin ook het redactioneel commentaar in *NJCM-bulletin* 16-3 (1991), p. 185/186.

9 Vgl. hierover: Robert L. Clinton, 'Precedent as mythology: a reinterpretation of Marbury v. Madison', in: *The American Journal of Jurisprudence*, 1990, pp. 55-86.

10 Vgl. Theodor Maunz & Reinhold Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, München 1988<sup>27</sup>, p. 350. In Nederland heeft A.F.M. Brenninkmeijer wel eens de mogelijkheid geopperd van een introductie van het rechterlijk toetsingsrecht door de rechterlijke macht zelf (NJB 1990, p. 1249). Prakke heeft dat echter met klem van de hand gewezen (vgl. diens bespreking van de oratie van Stroink in RM *Themis* 1991/6, p. 299). Een niet onbelangrijk verschil tussen de Nederlandse situatie en de Amerikaanse is overigens dat de Amerikanen geen toetsingsverbod hadden, zoals in ons art. 120 Gw.

11 Harold J. Laski, *Studies in Law and Politics*, New York 1968 (1932), p. 147.

12 Vgl. Roscoe Pound, 'The Growth of Administrative Justice', in: *Wisconsin Law Review*, II, Jan 1924, p. 327. Vgl. hierover ook: Charles Grove Haines, *The Revival of Natural Law Concepts*, New York 1965 (1958), p. 199.

13 Vgl. Friedrich Karl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin 1840, p. 43.

14 Vgl. hierover ook het stimulerende boek van: P.P. Craig, *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*, Clarendon Press, Oxford 1990, p. 67 e.v.

15 Vgl. over dit voorbeeld ook: John Chipman Gray, *The Nature and the Sources of the Law*, Second Edition from the Author's Notes, by Roland Gray, LL.B., New York 1948 (1909), p. 91.

16 Voor het hierna volgende ontleen ik veel aan: George P. Fletcher, 'Two Modes of Legal Thought', in: *The Yale Law Journal*, Vol. 90 (1981), pp. 970-1003; John Hund, 'New Light on Dworkin's Jurisprudence', in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1989/4, pp. 468-483. Relevant zijn ook de beschouwingen van Roger Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence*, London/Edinburgh 1989, p. 122 e.v.

17 Een goed beeld van deze traditie, evenals de tegenstelling tot die van Bentham, krijgt men uit het boek van Gerald J. Postema, *Bentham and the common law tradition*, Clarendon Press, Oxford 1989 (1986). Vgl. tevens: D.E.C. Yale, 'Hobbes and Hale on Law,

Legislation and the Sovereign', in: *Cambridge Law Journal*, 31 (1), April 1972, pp. 121-156.

18 Fletcher, 'Two Modes of Legal Thought', p. 985.

19 Hiervoor is ook rechtsvergelijkend werk van onmisbare betekenis, zoals blijkt uit het boek van P.S. Atiyah en R.S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford 1991 (1987).

20 Fletcher, 'Two Modes of Legal Thought', p. 974.

21 Wanneer men de direct werkende bepalingen uit verdragen tot de constitutie zou willen rekenen kan men zelfs zeggen dat constitutionele toetsing in Nederland gerealiseerd is; we hebben dan alleen geen grondwettelijke toetsing. Vgl. R.M. van Male, 'Constitutionalism in the Netherlands', in: *Netherlands Reports to the Thirteenth International Congress of Comparative Law*, The Hague 1990, pp. 349-361.