

# BIJDRAGEN

## DRIE MODELLEN VAN CONSTITUTIONEEL DENKEN

door

Prof. mr. P.B. CLITEUR

*Universitair Hoofddocent R.U. Leiden  
Bijzonder hoogleraar T.U.*

In deze bijdrage wil ik de hoofdtekken schetsen van twee modellen van constitutioneel denken die een grote mate van consistentie vertonen en historisch een enorme invloed hebben gehad: het Amerikaanse en het Britse. Het is natuurlijk onmogelijk om ook maar een bij benadering representatief beeld te geven van het Amerikaanse en het Britse model van constitutioneel recht in zijn geheel. Wat mij echter voor ogen staat, is een sterk modelmatige reconstructie van het Britse en Amerikaanse constitutioneel recht, zodanig dat een vergelijking kan plaatsvinden op één punt: de verschillende verhouding van de rechterlijke en de wetgevende macht. Daarbij zal ik een sterke schematisering aanbrengen, zodat er een ideaaltypische tegenstelling ontstaat, dat wil zeggen de modellen een grotere innerlijke consistentie en stroomlijning («idealiserend») vertonen dan de weerbarstige werkelijkheid van details en inconsistenties rechtvaardigt (1). Niettemin geeft het ons, *pace* alle postmoderne aandacht voor breuken, inconsistenties en irrationaliteit (2), doorzicht in een uiterst belangwekkend onderwerp. Het is ook alleen op deze manier dat een adequate vergelijking kan worden gemaakt met het Nederlandse constitutionele model en de ruimte wordt geschapen voor een vergaande generalisatie die ik wil presenteren over de Nederlandse constitutie. De slotsom van die vergelijking zal luiden dat het Nederlandse systeem een ambivalente positie inneemt. Het voert ten aanzien van de verhouding van de rechterlijke en legislatieve macht een soort «twee sporenbeleid». Aangezien het hier om zo'n belangrijke kwestie gaat, zou men ook kunnen zeggen: Nederland heeft een «dubbele constitutie». Het loopt wat de internationale aspecten van het Nederlandse staatsrecht betreft in de pas met het Amerikaanse systeem en wat

de nationale aspecten betreft met het Britse. Op basis van die tweedeling is het mogelijk ook iets te zeggen over de toekomst van de Nederlandse constitutie. Twee punten vragen dan onze aandacht. Allereerst de stelling dat het in de rede ligt dat de Nederlandse constitutie zich zal ontwikkelen in Amerikaanse richting. Als tweede, dat dit zelfs zal gebeuren wanneer de Nederlandse wetgever geen stappen onderneemt voor het invoeren van constitutionele toetsing (3) en wan-

- (1) Vgl. Weber, Max, «Die 'Objektivität' sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis» (1904), in: *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, herausgegeben von Johannes Winckelmann, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1985, pp. 146-214.
- (2) In de rechtswetenschap worden de breuken en inconsistenties van het constitutionele denken tegenwoordig sterk benadrukt door aanhangers van de Critical Legal Studies. Vgl. Handler, Joel F., «Postmodernism, Protest, and the New Social Movements», in: *Law & Society Review*, 26 (1992), pp. 697-696; Hutchinson, Allan C., «Doing the Right Thing? Toward a Postmodern Politics», in: *Law & Society Review*, Vol. 26, No. 4, 1992, pp. 773-787; Balkin, J.M., «What is Postmodern Constitutionalism?», in: *Michigan Law Review*, 90 (1992), pp. 1966-1990. De beste verdediging hiervan is: Singer, Joseph William, «The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory», in: *The Yale Law Journal*, 94 (1984), pp. 1-70 die een relatie legt tussen postmodernisme en CLS. De meest welsprekende kritiek op CLS vindt men bij: Schwartz, Louis B., «With Gun and Camera Through Darkest CLS-Land», in: *Stanford Law Review*, 36 (1984), pp. 423-464.
- (3) Voor de goede orde merk ik op dat dit artikel – hoewel het onderwerp wordt aangestipt – niet uitsluitend gaat over constitutionele toetsing. Onder Nederlandse staatsrechtsgelcerden hoort men tegenwoordig vaak dat constitutionele toetsing genoegzaam is behandeld. Daarover worden m.i. zeer curieuze argumenten aangedragen. (1) Allereerst dat de argumenten voor en tegen uitvoerig over tafel zijn gegaan». Dat is ten dele waar, maar daarmee is het onderwerp bepaald niet uitgeput. In de Verenigde Staten zijn honderden monografieën over het onderwerp verschenen en een veelvoud aan tijdschriftartikelen. Daar-

neer de Nederlandse rechter en de rechter in Straatsburg op dezelfde manier te werk blijven gaan zoals nu gebeurt; dat wil zeggen dat de rechter het grondwettelijk toetsingsverbod blijft respecteren en de verdrags-toetsing gehandhaafd blijft. De ontwikkeling die, naar alle waarschijnlijkheid, zal plaatshebben, is die van een afsterven van de grondrechten uit de Nederlandse constitutie en een groeiende invloed van het Amerikaanse model. Het overeenkomstig de Britse traditie beargunteerde verzet tegen constitutionele toetsing zal dus in Nederland niet het door de tegenstanders van toetsing gewenste resultaat hebben, namelijk dat die rechterlijke toetsing niet zal plaatsvinden of zelfs maar tijdelijk gefrustreerd zal worden. Het betekent alleen een verdwijning van een oud deel van de Nederlandse constitutie ten gunste van een nieuw deel; een verdwijning van het werk van THORBECKE ten gunste van het werk van de opstellers van het Verdrag van Rome.

### HET BRITSE MODEL 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, een Fransman, 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 (4). De vorst was de «belichaming van de wet»; hij kon 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 artikel van groot belang) in de *wetgevende macht*: de bevoegdheid tot rechtsvorming binnen het grondgebied van de staat (5). Beperking van die soevereiniteit is onmogelijk, een reden waarom ook BODIN de zogenaamde beperkte monarchieën verwerpt.

Ongeveer een eeuw later ontwikkelt Thomas HOBBS een zo mogelijk nog radicaler leer van de soevereiniteit en via HOBBS 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 (6).

Het Engelse constitutionele recht, schreef A.V. DICEY in zijn gezaghebbende overzicht van het Britse constitutionele recht, waarin hij de suprematie van de soevereiniteitstheorie van AUSTIN en BENTHAM definitief bevestigde, valt te typeren aan de hand van een tweetal belangrijke principes: de «rule of law» en «sovereignty of parliament» (7). 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» (ik zal het vertalen als: absolute wetgeverssoevereiniteit) 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 produkten 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 consti-

in worden de implicaties van rechterlijke toetsing onderzocht voor democratie, politiek, interpretatieleer, vergelijkend staatsrecht enz. In Nederland is zelfs nog geen begin gemaakt met het analyseren van de problemen op dit terrein en het verwerken van de rijke literatuur uit het buitenland. Beschouwingen beperken zich vaak tot het samenvatten van wat de Raad van State en de Hoge Raad over het onderwerp hebben gezegd. De benadering is verder doorgaans louter beschrijvend en wordt afgesloten met een zeer voorzichtig oordeel pro of contra. Ook kwantitatief is hetgeen over toetsing in Nederland geschreven is zeer bescheiden wanneer men het vergelijkt met het buitenland. In de vorige eeuw zijn twee dissertaties verschenen (genoemd in noot 49 van dit artikel) en er is op het ogenblik één in voorbereiding. (2) Een ander nóg minder overtuigend argument dat wel tegen een verdere wetenschappelijke belangstelling voor constitutionele toetsing wordt aangetroffen, is dat het politiek niet haalbaar is. Zoals zal blijken, neemt dit artikel eveneens het niet haalbare als uitgangspunt, maar het is natuurlijk geheel irrelevant want een staatsrechtswetenschap die haar agenda alleen door politieke opportuniteit laat bepalen, kan nooit tot ontplooiing komen.

- (4) 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. Bodin, Jean, *Les Six Livres de la République*, Edition et présentation de Gérard Mairret, Le Livre de Poche, Parijs 1993 (1583), p. 111. Vgl. voor commentaar: Schmitt, Carl, *Politische Theologie*, Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität, dritte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1979 (1934), p. 14; McIlwain, Charles Howard, *Constitutionalism, ancient and modern*, Cornell University Press, Ithaca, New York 1940, p. 41; Bryce, James, «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, in het bijzonder pp. 76 en 84. Over soevereiniteit in het algemeen: Hinsley, F.H., *Sovereignty*, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1989 (1966).
- (5) Schindler, Dietrich, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, Fünfte, unveränderte Auflage, Schulthess polygraphischer Verlag AG, Zürich 1970 (1931), p. 112 e.v.; Prakke, L., «Het vraagstuk van de soevereiniteit in de democratisch-sociale rechtsstaat», in *Civis Mundi*, 16e jg., november 1977, pp. 219-224, p. 220; Dooyeweerd, H., *De strijd om het soevereiniteitsbegrip in de moderne rechts- en staatsleer*, Uitgeverij H.J. Paris, Amsterdam MCML, p. 5.
- (6) Vgl. over deze verwantschap: Diaz, R.W.M., *Jurisprudence*, fifth edition, Butterworths, London 1985, p. 344 e.v.; Craig, P.P., «Bentham, Public Law and Democracy», in *Public Law*, 1989, pp. 407-427.
- (7) Vgl. Dicey, A.V., *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, tenth edition, with introduction by E.C.S. Wade, Macmillan Education, London 1987 (1885), p. 39 e.v.; een korte en heldere typering van de problematiek vindt men ook in: Yardley, D.C.M., *Introduction to British constitutional law*, seventh edition, Butterworths, London Dublin Edinburgh 1990, pp. 33-44. Het tijdschrift *Public Law* van 1985 is geheel gewijd aan het werk van Dicey.

tutie maken. We kunnen spreken van de «omnipotentie of Parliament».

DICEY onderscheidt een drietal consequenties van de absolute wetgeverssovereïniteit. 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 enkel persoon 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» (8). 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 van het Britse constitutionele recht, maar zijn typering kreeg geleidelijk ook een normatief en volgens sommigen zelfs een ideologisch karakter (9). 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» (10). 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 wetgeverssovereïniteit. 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 heilig (11).

Tegenwoordig staat het Britse model sterk onder druk. Van verschillende zijde is een pleidooi gehouden voor een Bill of Rights for Britain (12). Een van de belangrijkste argumenten die daarbij worden aangevoerd is dat de bescherming van de grondrechten of mensenrechten te wensen zou overlaten (13).

In hoeverre die ontwikkeling in de richting van een Bill of Rights zich zal doorzetten, is moeilijk te zeggen. Maar hoe het ook zij, voor ons is van belang dat het Britse model een zekere coherentie en systematiek heeft die weliswaar niet bewust is geconstrueerd (14), maar niettemin niet kan worden ontkend. Zoals gezegd, is het voornamelijk DICEY geweest die op geniale wijze de consequenties heeft getrokken uit de Britse uitgangspunten. Men hanteert geen onderscheid tussen hoger recht en lager recht. Dat brengt met zich mee:

1. dat het niet nodig is, ja zelfs inconsequent zou zijn, om hoger recht een zekere bescherming te verle-

nen tegen de waan van de dag, zoals gebeurt in landen waar men een rigide constitutie kent;

2. dat het uitgesloten is een constitutionele rechter te laten waken over een eventuele schending van hoger recht. (Waar geen hoger recht is, kan het ook niet worden geschonden).

Hoewel het Britse systeem zo langzamerhand een anomalie is wanneer men het vergelijkt met het Amerikaanse (15), is nog steeds de wijze waarop het door theoretici wordt verdedigd indrukwekkend te noemen. «To enshrine any set of abstract principles as the basis of one's law and government means that society is perpetually bound by a set of words and a set of procedures for interpreting those words in particu-

(8) Vgl. voor dit begrippenpaar: Bryce, James, «Flexible and Rigid Constitutions», in: *Studies in history and jurisprudence*, Volume I, Scientia Verlag Aalen, Aalen 1980 (Oxford 1901), pp. 145-252, pp. 145-252.

(9) Koopmans, T., *Vergelijkend publiekrecht*, 2e druk, Kluwer, Deventer 1986, p. 16.

(10) Vgl. Plucknett, Theodore F.T., «Bonham's Case and Judicial Review», in: *Harvard Law Review*, Vol. 40 (1926-1927), pp. 30-70, hier p. 34; Pound, Roscoe, «Common Law and Legislation», in: *Harvard Law Review*, 21 (1908), pp. 383-407; Berger, Raoul, «Doctor Bonham's Case: Statutory Construction or Constitutional Theory?», in: *University of Pennsylvania Review*, Vol. 117, No. 4, (1969), pp. 521-545.

(11) Vgl. *Chester v. Bateson* (1920) 1 KB 829.

(12) Reeds vroeg door: Scarman, Leslie, *English Law - The New Dimension*, Stevens & Sons, London 1974 en Hailsham, Lord, *The Dilemma of Democracy*, Diagnosis and Prescription, Collins, London 1978. Recenter ook door Dworkin, Ronald, *A Bill of Rights for Britain*, Chatto & Windus, London 1990. Vgl. over de discussie: Barnett, Anthony, Ellis, Caroline, Hirst, Paul, *Debating the Constitution*, New Perspectives on Constitutional Reform, Polity Press, Cambridge 1993; Lester, Anthony, «Fundamental Rights: The United Kingdom Isolated?», in: *Public Law*, 1984, pp. 46-72; Brown-Wilkinson, Lord, «The Infiltration of a Bill of Rights»; in: *Public Law*, 1992, pp. 397-410; Kay, Richard S., «Substance and Structure as Constitutional Protections: Centennial Comparisons», in: *Public Law*, 1989, pp. 428-439.

(13) Vgl. Bogdanor, Vernon, «The Constitution», in: *The Thatcher Effect*, edited by Dennis Kavanagh en Anthony Seldon, Clarendon Press, Oxford 1989, pp. 133-142; Ewing, K.D., en Gearty, C.A., *Freedom under Thatcher*, Civil Liberties in Modern Britain, Clarendon Press, Oxford 1990. Vgl. over bescherming van grondrechten in Engeland: Feldman, David, *Civil Liberties & Human Rights in England and Wales*, Clarendon Press, Oxford 1993.

(14) Waarop men erg trots is overigens, aangezien gegroeide, geleidelijk ontstane structuren, overeenkomstig het Burkiaans perspectief, een grotere perfectie hebben dan de produkten van menselijke makelij. Vgl. hierover: Canegem, R.C. van, «De bronnen voor de staatsrechtsgeschiedenis: enkele overwegingen», in: *Publiceren en profiteren van rechtsbronnen*, De Walburg Pers 1980, pp. 69-80; Mount, Ferdinand, *The British Constitution Now*, Recovery or Decline?, Heinemann, London 1992, p. 15 e.v.

(15) Het door Fukuyama geproclameerde eind van de geschiedenis betekent constitutioneel de dominantie van wat wij in Europa de democratische rechtsstaat noemen: een constitutioneel beperkte democratie die door de rechter wordt gecontroleerd. Vgl. Fukuyama, Francis, *The End of History and the Last Man*, The Free Press/Macmillan, New York 1992. Dat model zou men, vrij naar Romein, het Algemeen Constitutioneel Patroon van de moderne tijd kunnen noemen. Vgl. Romein, Jan, «Het Algemeen Menselijk Patroon», Ontstaan, belang en draagkracht van historische theorieën (1955), in: *Historische lijnen en patronen*, een keuze uit essays, Em. Querido's Uitgeverij BV, Amsterdam 1976, pp. 491-511.

lar cases», schrijft Lincoln ALLISON over het Amerikaanse model (16). Een andere tegenstander van een rigide constitutie, een lijst met mensenrechten en constitutionele toetsing is Jeremy WALDRON. WALDRON vreest dat het pleidooi van Dworkin c.s. voor een Britse mensenrechtenverklaring zal leiden tot «voting democracy out of existence, at least so far as a wide range of issues of political principle is concerned» (17).

Hij legt hier inderdaad de vinger op de zere plek. Het sterke punt van het Britse systeem is dat men altijd de rechterlijke macht redelijk buiten het politieke vaarwater heeft kunnen houden. Juist op dat punt concentreren zich de problemen bij de Amerikanen.

### HET AMERIKAANSE MODEL VAN LIMITED GOVERNMENT

Het Amerikaanse model heeft een andere geschiedenis dan het Britse. Het Britse constitutionele recht heeft vele eeuwen ontwikkeling doorgemaakt alvorens het door DICEY in enkele hoofdtrekken werd neergezet. Weliswaar waren eerder pogingen ondernomen de principes van het Britse constitutionele recht op een heldere manier uiteen te zetten, maar bij BLACKSTONE lukte dat maar ten dele. Zo aanvaardde BLACKSTONE weliswaar reeds de doctrine van de «Sovereignty of Parliament», maar hij kon toch tevens nog niet goed afscheid nemen van de traditie die in de Bonham's Case tot uitdrukking kwam: het denken in termen van hoger recht dat als norm en toetsingsgrondslag zou moeten dienen voor het overige recht, een toetsing die door de rechter zou moeten worden verricht (18). Dat geeft aan het werk van BLACKSTONE het ambivalente karakter (19). Hij staat met één been in een natuurrechtelijke traditie (20) die in de latere ontwikkeling van het Britse systeem verloren is gegaan. Men heeft wel eens gezegd dat zijn werk toch voornamelijk van betekenis was omdat het de Britse analytische rechtsleer stimuleerde tot haar rechtspositivistische standpunt.

De traditie van de Bonham's Case zou echter verder worden ontwikkeld aan de andere zijde van de oceaan. 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 (21). 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 konden zich in feite beroepen op de prin-

cipes van de Whig-revolutie van 1688, principes die na de overwinning van Parliament 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.

Wanneer men zou proberen om, net als DICEY dat heeft gedaan voor het Britse model, het Amerikaanse constitutionele model op enkele duidelijke principes te ijken, kan men zeggen dat het uitgaat van:

1. een rigide constitutie en
2. limited government (22).

Een document waarin is aangegeven dat de wetgevende macht onbeperkte bevoegdheden heeft zouden de Amerikanen nooit als een constitutie hebben kunnen aanvaarden, schrijft Friedrich HAYEK, een van de meest welsprekende twintigste eeuwse protagonisten van het beginsel van limited government. 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.

Onze schematisering mag ons natuurlijk niet uit het oog doen verliezen dat ook binnen de Britse traditie altijd een zeker verzet is 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, BURKE en

(16) Allison, Lincoln, *Right Principles*, Basill Blackwell, New York 1984, p. 98.

(17) Waldron, Jeremy, «A Right-Based Critique of Constitutional Rights», in: *Oxford Journal of Legal Studies*, 13 (1993), p. 46. Vgl. voor een meer uitvoerige onderbouwing van zijn standpunten: Waldron, Jeremy, *Liberal Rights*, Collected Papers 1981-1991, Cambridge University Press, Cambridge/New York 1993. Een fel tegenstander van het Amerikaanse model is ook: Griffith, J.A.G., «The Political Constitution», in: *The Modern Law Review*, Vol. 42, No. 1, 1979, pp. 1-21.

(18) Vgl. 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, p. 29. Over hem: Cairns, John W., «Blackstone, An English Institution: Legal Literature and the Rise of the Nation State», in: *Oxford Journal of Legal Studies*, 4 (1984), pp. 318-360.

(19) Heel streng, te streng daarover is: Barker, Ernest, «Blackstone on the British Constitution», in: *Essays on Government*, Oxford at the Clarendon Press 1965 (1945), pp. 120-154. Milder is: Milsom, S.F.C., *The Nature of Blackstone's Achievement*, Seldon Society, London 1981.

(20) Wat hem tot de voornaamste schietschijf van Bentham maakt, een controverse die doorloopt tot aan Hart. Vgl. Himmelfarb, Gertrude, «Bentham Versus Blackstone», in: *Marriage and Morals among the Victorians and other Essays*, Vintage Books, New York 1986, pp. 94-111 en Hart, H.L.A., «Positivism and the Separation of Law and Morals», in: *Harvard Law Review*, 71 (1958), hier aangehaald in: H.L.A. Hart, *Essays of Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1983, pp. 49-87.

(21) Hayek, F.A., *The constitution of liberty*, Routledge & Kegan Paul, London and Henley 1976 (1960), p. 176.

(22) Een van de meest inzichtelijke systematiseringen blijft nog steeds: Bryce, James, *The American Commonwealth*, twee delen, The Macmillan Company 1926 (1893).

BLACKSTONE (23), maar ook van negentiende eeuwse liberalen als BRYCE, MAINE (24) 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 op de macht van zelfs de democratisch gecontroleerde wetgever (25).

In de Amerikaanse cultuur heeft men, zoals bekend, gekozen voor constitutionele beperkingen die door de rechter worden gehandhaafd: de rechter heeft het toetsingsrecht, dat wil zeggen het recht om te beoordelen of wetten in strijd zijn met de Grondwet. Dit principe kon in het Amerikaanse stelsel veel sneller als een uitvloeisel van de gedachte van een rigide constitutie en limited government worden getrokken (1787-1803) dan de Britten nodig hadden om het af te wijzen. De Amerikanen konden putten uit de rijke traditie van het Britse constitutionele denken, waarin de founding fathers ook goed geverseerd waren (26). De «Amerikaanse Dicey» was John MARSHALL, opperrechter van het Amerikaanse Supreme Court, iemand met dezelfde gave als DICEY om door de mist van details enkele heldere structuren te onderkennen (27).

De legitimatie van het toetsingsrecht vinden we, hoewel het pas in 1803, bij de beroemde uitspraak *Marbury v. 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 (28). 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 v. 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» (29).

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 *rechterlijke* toetsing zou moeten zijn. Ook andere opties zijn denkbaar, 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 volgens MARSHALL (ook alweer in navolging van HAMILTON) geschikt zou zijn 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 (30).

- (23) Postema, Gerald J., *Bentham and the common law tradition*, Clarendon Press, Oxford 1989 (1986), pp. 3-134; Yale, D.E.C., «Hobbes and Hale on Law, Legislation and the Sovereign», in *Cambridge Law Journal*, 31 (1), April 1972, pp. 121-156; Kocher, Paul H., «Francis Bacon on the Science of Jurisprudence», in: *Journal of the History of Ideas*, 43 (1957), pp. 3-26.
- (24) Vgl. voor Maine als criticus van Austin en Bentham: Maine, Henry Sumner, *Ancient Law*, University of Arizona Press, Tucson 1986 (1864), 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, John, *The Providence of Jurisprudence Determined etc.*, with an introduction by H.L.A. Hart, Weidenfeld and Nicolson, London 1965 (1954-1832), p. xi en Kelley, Donald R., *The Human Measure, Social Thought in the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England 1990, p. 266 e.v.; Uitz, Stephen G., «Maine's *Ancient Law* and Legal Theory», in: *Connecticut Law Review*, 16 (1984), pp. 821-852.
- (25) Vgl. hierover ook: Dahl, R.A., *A Preface To Democratic Theory*, Yale University Press, New Haven, p. 7 e.v. en Maine, Henry Sumner, *Popular Government*, with an introduction by George W. Carey, Liberty Classics, Indianapolis 1976 (1885), p. 27 e.v. en Frohnen, Bruce, *Virtue and the Promise of Conservatism*, The Legacy of Burke & Tocqueville, University Press of Kansas, Lawrence, Kansas 1993.
- (26) Vgl. Cliteur, P.B., «De Federalist Papers», in: P.B. Cliteur, A.A.M. Kinneging en G.A. van der List, *Filosofen van het klassiek liberalisme*, Kok/Agora, Kampen 1993, pp. 113-135; White, Morton, *Philosophy, The Federalist, and the Constitution*, Oxford University Press, New York/Oxford 1987.
- (27) Vgl. Herwijnen, H.F. van, «John Marshall en de eenwording van de Verenigde Staten», in: *T.B.P.*, okt./nov. 1992, pp. 760-771 en voor literatuur: *The Oxford Companion to the Supreme Court*, ed. Kermit L. Hall, «John Marshall», Oxford University Press, New York/Oxford 1992, pp. 523-526.
- (28) *Federalist papers*, James Madison, Alexander Hamilton en John Jay, edited by Isaac Kramnick, Penguin Books, Harmondsworth 1987, p. 438.
- (29) Marshall geciteerd bij: Melone, Albert P. and Mace, George, *Judicial Review and American Democracy*, Iowa State University Press/ Ames 1988, p. 61.
- (30) Er zijn vele redenen aan te geven waarom een preventieve toetsing door Eerste Kamer en/of Raad van State hier nooit het sub-

In het Amerikaanse systeem is daarmee – net als in het Duitse later – nadrukkelijk gekozen voor het systeem van de Grondwet, met daarin hoger recht, wijzigbaar met alleen een gekwalificeerde meerderheid en een rechter die op de constitutionnalité van wetten toeziet. Het heeft, in al zijn eenvoud, een enorm succes gehad. Het is in talloze andere landen ingevoerd (31), vooral die landen waar men te maken heeft gehad met een breuk in de constitutionele ontwikkeling. Het model is tegenwoordig zo dominant dat men kan spreken van het «Algemeen Constitutioneel Patroon».

Dat betekent overigens niet dat het Amerikaanse model geen problemen kent. Hier concentreren die zich vooral op een politisering van de rechterlijke macht. Dat leidt tot voortdurende discussies over benoemingen van rechters (32) en een intensieve discussie over rechterlijke terughoudendheid (33) en de wijze waarop men die het beste zou kunnen realiseren (34).

#### DE NEDERLANDSE SITUATIE: EEN DUBBELE CONSTITUTIE

Hoe zouden we de Nederlandse situatie ten aanzien van de wetgeverssoevereïniteit moeten typeren? Nederland heeft een «dubbele constitutie». De feitelijke ontwikkeling is er een geweest waarbij in 1848 in Nederland voor het Britse model is gekozen, maar, voorzover het de verhouding van de wet tot internationaal gewaarborgde grondrechten betreft, in het begin van de jaren vijftig voor het Amerikaanse model (35). Wanneer men volgens de principes van het Amerikaanse constitutionalisme (wat in Europa als rechtsstaat wordt aangeduid) zou stellen dat de «Supreme Law of the Land» voor alle organen binnen de staat, inclusief de wetgever, verbindend moet zijn – een binding die door de rechter gecontroleerd moet kunnen worden – zou men dus moeten zeggen dat in de periode van 1848 tot 1952 Nederland een democratie was, maar geen rechtsstaat. Sinds 1952 is Nederland een rechtsstaat geworden, maar dankzij een internationaal-rechtelijke correctie op het Britse onderdeel van de Nederlandse constitutie. Een en ander brengt in de Nederlandse constitutionele realiteit een merkwaardige ambivalentie. Hoe is die ontstaan? Daarvoor moeten we beginnen met een stukje geschiedenis.

In 1848 werd in onze Grondwet een bepaling opgenomen waarmee de onbeperkte wetgeverssoevereïniteit werd geïntroduceerd: «De wetten zijn onschendbaar» (36). Daarmee werd eigenlijk het standpunt van DICEY, BENTHAM en AUSTIN geaccepteerd, maar dat was niet met instemming van degene die nog het meest aanspraak kan maken op de kwalificatie van ideoloog achter de Nederlandse Grondwet, 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 om 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 (37). Dit lijkt wat woordkeus betreft enigszins op de argumentatie van MARSHALL, maar het is door THORBECKE nooit in een systematisch kader uitgewerkt.

In de eerste decennia na de Grondwetsherziening van 1848 werd het standpunt van THORBECKE nog

→ stituit voor een rechterlijke toetsing kan zijn, maar dat laat ik in dit kader rusten. Voor de achtergrond van de Amerikaanse voorkeur voor rechterlijke toetsing verwijs ik nog naar interessante beschouwingen bij: Wallace, J. Clifford, «The Jurisprudence of Judicial Restraint: A Return to the Moorings», in: *George Washington Law Review*, 50 (1981), pp. 1-16.

- (31) Vgl. Friedrich, Carl J., *The impact of american constitutionalism abroad*, Boston University Press, Boston, Massachusetts, 1967; Rosenthal, Albert J., «Afterword», in: *Constitutionalism and Rights, The Influence of the US Constitution Abroad*, ed. Louis Henkin and Albert J. Rosenthal, Columbia University Press, New York 1990, pp. 397-403.
- (32) De meest interessante was die over de benoeming van Bork in het Supreme Court (de rel over Clarence Thomas had geen principiële inzet). Deze is beschreven door: Bronner, Ethan, *Battle for Justice, How the Bork Nomination Shook America*, Anchor Books, New York etc. 1989. Bork beschrijft de zaak zelf in: Bork, Robert H., *The Tempting of America, The Political Seduction of the Law*, Sinclair-Stevenson, London 1990. Andere interessante commentaren vindt men bij: Graglia, Lino A., «'Interpreting' the Constitution: Posner on Bork», in: *Stanford Law Review*, 44 (1992), pp. 1019-1050; Kannar, George, «Citizenship and Scholarship», in: *Columbia Law Review*, 90 (1990), pp. 2017-2069.
- (33) Het klassieke pleidooi is: Thayer, James, Bradley, «The Origins and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law», in: *Harvard Law Review*, 7 (1887), pp. 129-156.
- (34) De meest bediscussieerde theorie op dit terrein is die van «original understanding». Vgl. voor een goed overzicht van deze discussie: Kay, Richard, «Adherence to the Original Intentions in Constitutional Adjudication: Three Objections and Responses», in: *Northwestern University Law Review*, 82 (1988), pp. 226-292. De «originalisten» zijn zwak vertegenwoordigd onder het academisch establishment, maar politiek wel machtig doordat een aantal leden van het Supreme Court zich hiertoe aangehouden voelt. Vgl. voor de opvattingen van de Chief Justice: Rehnquist, William H., «The Notion of a Living Constitution», in: *Texas Law Review*, 54 (1976), pp. 693-706. Dat «originalisme» intrinsiek verbonden is met een politiek conservatieve houding wordt overigens vaak beweerd (ook weer door: Horwitz, Morton J., «Foreword: the Constitution of Change. Legal Fundamentalism without Fundamentalism», in: *Harvard Law Review*, 107 (1993), pp. 30-117), maar is toch niet zonder meer waar. Ook een progressieve figuur als Hugo Black was een aanhanger van «original understanding». Vgl. Black, Hugo LaFayette, *A Constitutional Faith*, Alfred Knopf, New York 1969.
- (35) Vgl. Klerk, Y.S., en Poelgeest, L. van, «Ratificatie à contre cœur: de reserves van de Nederlandse regering jegens het Europees verdrag voor de Rechten van de Mens en het individueel klachtrecht», in: *RM Themis*, 5(1991) mei, pp. 220-246.
- (36) Sinds 1983 staat er: «De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen» (art. 120 Gw). Vgl. over de achtergrond van het artikel: 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, p. 102 en Zoethout, C., «Enkele kanttekeningen bij de Nederlandse discussie over constitutionele toetsing», in: *NJCM-bulletin*, 15-3 (1990), pp. 274-285.
- (37) Thorbecke, J.R., *Bijdrage tot herziening der grondwet*, Martinus Nijhoff, Den Haag 1848, p. 61.

van andere zijde 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 en het limited government staat dan in die van de onbepaalde wetgeverssoevereiniteit en dat blijkt in het geval van OPZOOMER te kloppen (38). Men zou kunnen stellen, aldus OPZOOMER, dat de geest van de meerderheid alleen op die terreinen de doorslag mag geven «waarin in het der wetgeving en der regering in het geheel past te handelen, m.a.w. die inderdaad binnen den kring harer bemoeiing liggen» (39). 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 heerser geworden. Hij heeft dan een almacht, zoals die in het Britse stelsel aan «Parliament» wordt toegerekend (40). Ook dat klinkt sterk «Mashalliaans».

Na OPZOOMER en THORBECKE is het bergafwaarts gegaan met de Nederlandse constitutionele theorievorming over dit onderwerp. Niet omdat men een standpunt heeft verdedigd dat men voor onwenselijk zou kunnen houden (namelijk de onbepaalde 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 (41). H. KRABBE verdedigde een nogal excentrieke combinatie van een afwijking van een rigide constitutie met daaraan gekoppeld een pleidooi voor constitutionele toetsing, iets dat overigens geen navolging heeft gevonden (42). 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, naar zijn idee, toch min of meer redelijk functioneert (43).

Ook bij andere Nederlandse staatsrechtgeleerden werd niet diepgravender over de wetgeverssoevereiniteit en toetsing gedacht. De anti-revolutionaire staatsrechtgeleerde 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» (44) 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 onbepaalde wetgeverssoevereiniteit is genoemd, maar vindt dat de Eerste Kamer het «lichtvaardig omspringen met grondwettige bepalingen» moet beletten en niet de rechter.

Ook de liberale voorman P.J. OUD en de staatsrechtgeleerde R. KRANENBURG (45) maken zich niet echt bezorgd om de onbepaalde 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 naar zijn idee bij het toetsen van de wet aan de Grondwet – niet thuis horen bij de rechter (46). Verder beroept OUD zich, in aansluiting bij BUYS, die ook al op een louter pragmatische manier over het toetsingsrecht geschreven had (47), op de rechtszekerheid die in het geding zou zijn in een systeem met rechterlijk toetsingsrecht (48).

De opmerkingen die OUD over het toetsingsverbod maakte, zijn weinig origineel (49). Toch heeft hij wel een bepaalde verdienste als theoreticus van het constitutionele recht, namelijk wanneer hij aan de orde stelt dat het Nederlandse systeem een positie in-

- (38) Interessant voor de verhouding van Nederlandse staatsrechtgeleerden tot de Amerikaanse erfenis is: Poelgeest, Bart van, «The influence of the American Constitution on Dutch Lawyers, Judged by the Dutch Debate on Judicial Review», in: *The US Constitution: After 200 Years*, Rob Kroes en Eduard van de Bilt (ed.), Free University Press, Amsterdam 1988, pp. 137-160.
- (39) Opzoomer, C.W., *De grenzen der staatsmacht*, J.H. Gebhard & Comp., Amsterdam 1873, p. 2.
- (40) Opzoomer, C.W., *Aanteekening op de wet, houdende algemene bepalingen der wetgeving van het koninkrijk*, vierde druk, Gebr. Belifante, 's-Gravenhage 1884, p. 198.
- (41) Dat Nederlanders geen specifiek talent hebben voor systematisch denken vindt men ook bij: Zahn, Ernest, *Regenten, rebellen en reformators*, Een visie op Nederland en de Nederlanders, Uitgeverij Contact, Amsterdam 1989, p. 110. Bij de voorbereiding van de Grondwet van 1814 zei Hogendorp: de leer der theorieën heeft ons ongelukkig gemaakt. «Die uitspraak is tot op zekere hoogte karakteristiek voor het Nederlandse staats- en bestuursrecht», schrijft Van der Burg. Vgl. F.H. van der Burg, *Regelgeving en bestuur*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1993, p. 107.
- (42) Krabbe, H., *Ongezonde lectuur*, J.B. Wolters, Groningen 1913, p. 32; Krabbe, H., «De heerschappij der grondwet», in: *De Gids*, 1906, 4e deel, p. 379. Over hem: het hoofdstuk in Couwenberg, S.W., *De omstreden staat*, Ontwikkeling en problematiek van de staatstheorie in de 20ste eeuw, Samsom Uitgeverij, Alphen aan den Rijn 1974; 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; Zoethout, C.M., «Hugo Krabbe over recht, staat en staatsrecht», in: *Recht en kritiek*, 1991, pp. 468-481.
- (43) Struycken, A.A.H., *Het staatsrecht van het koninkrijk der Nederlanden*, tweede druk, Gouda Quint, Arnhem 1928, p. 93 e.v.
- (44) Savornin Lohman, A.F. de, *Onze constitutie*, vierde uitgave, Keminck & Zoon, Utrecht 1926 (1901), p. 286.
- (45) Kranenburg, R., *Het Nederlandsch staatsrecht*, zevende druk, H.D. Tjeenk Willink & Zoon N.V., Haarlem 1951, p. 379 e.v.
- (46) Oud, P.J., *Enige beschouwingen over de verhouding der verschillende overheids machten*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1952, p. 21 en *Het constitutioneel recht van het koninkrijk der Nederlanden*, deel II, tweede druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1970 (1948), p. 13.
- (47) Vgl. Buys, J.T., *De Grondwet*, toelichting en kritiek, P. Gouda Quint, Arnhem 1883, p. 630 e.v.
- (48) Oud, *Enige beschouwingen*, p. 20.
- (49) Iets dat ook niet eenvoudig is na het gedegen proefschrift van Beelaerts van Blokland, G.J.T., *De onschendbaarheid der wet*, S.C. van Doesburgh, Leiden 1868. Ook was de problematiek al aan de orde gesteld door Burgh, J.Ph.Chr. van der, *Opmerkingen over des rechters toetsingsbevoegdheid*, diss. Leiden 1905.

neemt *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 (50), 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.

Natuurlijk zal niemand dat laatste kunnen ontkennen. Maar dat is niet zo interessant. Veel interessanter is het beoordelen van de opmerking van THORBECKE dat een Grondwet zonder toetsing geen Grondwet is. Ik denk dat THORBECKE daarin gelijk heeft, maar dat hij daarin meer gelijk heeft gekregen dan hij had in zijn tijd. We moeten de uitspraak van THORBECKE in een dynamisch perspectief plaatsen. Men moet letterlijk nemen wat hij schrijft: de Grondwet zal ophouden Grondwet te zijn. Ik onderstreep hier het woordje «zal». De Grondwet zal – wanneer de situatie blijft zoals deze is, dat wil zeggen met een verbod op constitutionele toetsing en een immer voortgaande verdragstoetsing – ophouden te bestaan, althans het deel waarin de grondrechten zijn neergelegd (het organisatierecht blijft natuurlijk over).

Dit proces is het resultaat van Nederlands' dubbele constitutionele orde. Op grond van wat DEGENKAMP de «internationalisme-euforie» heeft genoemd, is na de oorlog vast komen te staan dat nationale wetten worden verdrongen door boven-nationale wetten wanneer deze daarmee in strijd zijn (51). Nu is een interessante vraag wat de consequentie zal zijn

voor nationaal gewaarborgde grondrechten wanneer toetsing aan internationaal gewaarborgde grondrechten voortgaat en die aan grondwettelijk gewaarborgde grondrechten verboden blijft. Naar mijn idee kan het niet anders of op den duur moet dat leiden tot een erosie van de grondwettelijke grondrechten. Dat is eenvoudigweg een gevolg van het feit dat recht, net als andere cultuurproducten, moet worden onderhouden om te kunnen blijven bestaan (52). Weliswaar gebeurt dat enigszins voorzover de grondwettelijke grondrechten toetsingsgrondslag vormen voor lagere wetgeving, maar de vraag is of dat voldoende is. Men stelle zich voor een voortschrijdende ontwikkeling van jurisprudentie rond internationaal gewaarborgde grondrechten en een jurisprudentie die daar wat achteraan hinkt voorzover het gaat om de nationaal gewaarborgde grondrechten. Het kan niet anders of na verloop van tijd (53) moet dat leiden tot een wegzinken van de grondrechten uit de Grondwet tot wat Roscoe POUND noemde «law in the books» of wat juristen aanduiden als een *lex imperfecta*. Het toetsingsverbod van art. 120 G.W. zal daarmee eveneens elke betekenis verliezen. Wanneer er geen grondwettelijke grondrechten meer zijn waaraan men wetten zou kunnen toetsen, verliest een expliciet verbod om dat te doen ook elke betekenis. Op dat moment zullen de laatste sporen van het Britse model uit de Nederlandse constitutie zijn weggewist. ■

(50) Oud, P.J., *Het constitutioneel recht van het koninkrijk der Nederlanden*, deel II, tweede druk, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1970 (1948), p. 11.

(51) Vgl. Degenkamp, J.Th., «Verbod op toetsing van wetten door rechter is het behouden waard», in: *NRC-Handelsblad*, 17 april 1993.

(52) Vgl. Kronman, Anthony T., «Precedent and Tradition», in: *The Yale Law Journal*, Vol. 99 (1990), pp. 1029-1068. Ook Fuller rekent tot een van zijn vereisten van de «moraliteit van het recht» dat het recht moet worden toegepast. Vgl. Fuller, Lon L., *The morality of law*, revised edition, Yale University Press, New Haven and London 1978 (1964).

(53) Hoe lang is moeilijk te zeggen. Bepaalde onderdelen van de Wet Algemene Bepalingen hebben het heel lang uitgehouden alvorens formeel te worden afgeschaft.

**Praatjes vullen geen gaatjes,  
maar wel, helaas, vele vele blaadjes.**  
Jan Greshoff

**De meeste toeristen gaan in andere landen  
hun eigen land zoeken.**  
Gaston Durnez