Downloaded from UvA-DARE, the institutional repository of the University of Amsterdam (UvA)
http://dare.uva.nl/document/67830

File ID	67830
Filename	Samenvatting

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):

Type	Dissertation
Title	Constitutionele rechtspraak vanuit rechtsfilosofisch perspectief
Author	S.T. van Dommelen
Faculty	Faculty of Humanities
Year	2003
Pages	242
ISBN	9054542527

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:
http://dare.uva.nl/record/121410

Copyright

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other then for strictly personal, individual use.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (http://dare.uva.nl)

Samenvatting

Het thema van dit onderzoek is het vraagstuk van de constitutionele rechtspraak. Met constitutionele rechtspraak wordt de rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet bedoeld. In Nederland is dergelijke toetsing, op grond van art. 120 Grw, verboden. Op 11 april 2002 is er echter een initiatiefwet verschenen, waarin voor een gedeeltelijke opheffing van het toetsingsverbod wordt gepleit. Constitutionele rechtspraak staat dus opnieuw in de politieke belangstelling. Het vraagstuk van de constitutionele rechtspraak is echter niet alleen vanuit politiek, maar ook vanuit rechtsfilosofisch perspectief interessant. De reden daarvoor is dat met constitutionele rechtspraak een legitimiteitsprobleem verbonden is. In dit onderzoek stond de rechtsfilosofische vraag naar de democratische legitimiteit van constitutionele rechtspraak centraal. Omdat door middel van constitutionele rechtspraak de beslissingen van de direct democratisch gelegitimeerde wetgever opzij kunnen worden gezet, bestaat er een spanningsrelatie tussen constitutionele rechtspraak en democratie. De probleemstelling van dit onderzoek was of deze spanningsrelatie kan worden opgelost. Kan constitutionele rechtspraak, als niet direct democratisch gelegitimeerde institutie, een bijdrage leveren aan de versterking van de democratie, en welke rol spelen methoden van grondwetsinterpretatie daarbij?

In dit onderzoek zijn vijf normatieve theorieën over constitutionele rechtspraak geanalyseerd, namelijk de theorieën van Maus, Ely, Habermas, Dworkin en Unger. De relatie tussen constitutionele rechtspraak en democratie wordt door deze theorieën verschillend beoordeeld. Alleen Maus meent dat constitutionele rechtspraak en democratie niet met elkaar verenigbaar zijn. Dat constitutionele rechtspraak een bijdrage kan leveren aan de versterking van de democratie, wordt door haar ontkend. Maus verdedigt een democratisch wetspositivistische positie. Volgens deze positie kan de soevereiniteit van het volk uitsluitend in de wet tot uitdrukking worden gebracht. De veronderstelling van deze positie is dat de formele

wetgever in een democratie de hoogste staatsmacht is. Het primaat van de wetgever mag niet door constitutionele rechtspraak worden aangetast. Wanneer dit wel gebeurt, dan leidt dit tot een inperking van de democratie.

De centrale uitgangspunten die ingenomen moeten worden om een normatieve theorie over constitutionele rechtspraak te formuleren, worden door Maus bestreden. Dit is in de eerste plaats het constitutionalistische uitgangspunt dat ook de democratisch gelegitimeerde wetgever aan hoger recht gebonden is, en in de tweede plaats het uitgangspunt dat democratische besluitvormingsprocedures nog geen voldoende waarborgen voor rechtvaardige rechtsvorming bieden. Maus meent daarentegen dat het democratisch wetgevingsproces in het algemeen goed functioneert. De belangen en behoeften van burgers worden in het democratisch wetgevingsproces gewoonlijk gelijk gerepresenteerd. Niet alleen de belangen van de meerderheid, maar tegelijkertijd die van minderheden zouden door de wetgever in acht worden genomen. Een vorm van constitutionele rechtspraak die op de correctie van het democratisch wetgevingsproces is gericht, is daarom niet gewenst.

De competenties tussen rechterlijke en wetgevende macht worden door Maus met behulp van het onderscheid tussen recht en politiek van elkaar afgebakend. De rechtsvindingsmethode die Maus voorstelt, is die van de strikte wetsbinding. Het recht dat de wetgever tot stand heeft gebracht, moet door de rechter slechts passief worden toegepast. Iedere zelfstandige bijdrage van de rechter in het rechtsvindingsproces wordt als een ondermijning van het volkssoevereiniteitsprincipe opgevat. Om de rationaliteit van rechtsbeslissingen te waarborgen, moet de invloed van de rechter zo beperkt mogelijk zijn. Vanwege het duidelijke politieke karakter van constitutionele rechtspraak wordt deze vorm van rechtspraak door Maus afgewezen.

Volgens Ely, Habermas, Dworkin en Unger zijn constitutionele rechtspraak en democratie wel met elkaar verenigbaar. Omdat een gelijke representatie van belangen en behoeften niet automatisch door het democratisch wetgevingsproces wordt gegarandeerd, moet constitutionele rechtspraak op een correctie van dit proces zijn gericht. Constitutionele rechtspraak kan daardoor een bijdrage leveren aan een versterking van de democratie. Op welke manier dit kan worden gerealiseerd, wordt verschillend geïnterpreteerd.

Zowel Ely en Habermas menen dat bepaalde belangen door de wetgever kunnen worden uitgesloten. Dit is naar hun mening het gevolg van storingen die bij gelegenheid in democratische wetgevingsprocedures optreden. Hierbij moet gedacht worden aan discriminatie, uitsluiting, sociale ongelijkheid of systematische communicatieve storingen in het discursieve menings- en wilsvormingsproces. Het gevolg van deze storingen is dat de juridische gelijkheid van burgers om aan het politieke proces deel te nemen, nog geen feitelijke gelijkheid impliceert. Hieruit leiden Ely en Habermas twee taken voor constitutionele rechters af. Ten eerste moeten zij middels een strikte controle van politieke vrijheidsrechten ervoor zorgen dat het politieke systeem voor iedereen in gelijke mate open blijft, en ten tweede moeten zij de belangen van minderheden beschermen.

De taak van constitutionele rechters wordt door Ely en Habermas procedureel gedefinieerd. Constitutionele rechters hebben enkel de taak om de democratische wetgevingsprocedures te perfectioneren. Inhoudelijke waardeoordelen moeten daarentegen aan de wetgever worden overgelaten. Om een overschrijding van bevoegdheden te vermijden, mogen constitutionele rechters niet de resultaten van de democratische wetgevingsprocedure op hun grondwettigheid toetsen, maar enkel de democratische wetgevingsprocedures zelf. Op deze manier kan volgens Ely en Habermas worden voorkomen dat de constitutionele rechter uitspraken over omstreden rechtskwesties velt. Als maatstaf voor de beoordeling van de rationaliteit of irrationaliteit van het feitelijke politieke proces hanteren zij een ideaal begrip van democratie dat geen representatieve of communicatieve storingen kent. Terwijl Ely een utilitaristisch democratiebegrip verdedigt, verdedigt Habermas een deliberatief democratiebegrip.

Ely pleit voor twee methoden van grondwetsinterpretatie, namelijk een 'interpretivistische' methode voor duidelijke en strikte grondwetsbepalingen en een 'representatie-versterkende' methode voor vage of open grondwetsbepalingen. Terwijl duidelijke grondwetsbepalingen volgens Ely strikt kunnen worden toegepast, moet de constitutionele rechter bij vage of open grondwetsbepalingen een beroep doen op de procedurele, representatie-versterkende waarden die uit de normatieve kern van de gehele constitutie kunnen worden afgeleid. De interpretivistische methode is te vergelijken met de positivistische rechtsvindingsmethode waar Maus voor pleit. Met behulp van de tweede methode onderzoekt de rechter in het concrete geval hoe de participatie en representatie van burgers kan worden versterkt.

Habermas verdedigt daarentegen een hermeneutische visie op het rechtsvindingsproces. Rechterlijke interpretatie is naar zijn mening noodzakelijkerwijs scheppend en constructief van aard. De bevoegdheden van de rechterlijke en wetgevende macht worden door hem met behulp van het onderscheid tussen funderings- en toepassingsdiscours van elkaar afgebakend. Terwijl in het funderingsdiscours rechtsnormen worden gefundeerd, wordt in het toepassingsdiscours onderzocht welke van deze gefundeerde rechtsnormen in het concrete geval moeten worden toegepast. Habermas sluit zich bij zijn formulering van het toepassingsdiscours nauw aan bij Dworkins omschrijving van het 'recht als integriteit'. Net als Dworkin is Habermas van mening dat rechtsbeslissingen op basis van een coherent geheel van beginselen moeten worden genomen. De rechter gaat er in het rechtstoepassingsdiscours vanuit dat alle geldige normen uiteindelijk een ideaal coherent systeem vormen, en dat iedere toepassingssituatie precies één juist antwoord toelaat. De rechter maakt bij het nemen van een rechtsbeslissing een afweging tussen het rechtszekerheidsbeginsel en de legitimiteitseis.

Ook Dworkin meent dat constitutionele rechtspraak een bijdrage kan leveren aan de versterking van de democratie. Dat er een spanningsrelatie tussen democratie en constitutionele rechtspraak bestaat, wordt door Dworkin ontkend. Constitutionele rechtspraak en democratie zijn volgens hem beiden op het beginsel van 'gelijke zorg en respect' gericht. Dit beginsel omvat zowel het formele, restrictieve beginsel dat iedereen recht heeft op gelijke behandeling, als het materiële

beginsel dat iedereen als gelijke behandeld moet worden. Het omvattende beginsel van 'gelijke zorg en respect' vormt volgens Dworkin zowel de grondslag van democratische instituties, als ook de grondslag van individuele vrijheidsrechten.

Dat democratische instituties op de totstandbrenging van 'gelijke zorg en respect' gericht zijn, betekent nog niet dat feitelijke politieke beslissingen ook democratisch zijn. In de eerste plaats worden in het politieke besluitvormingsproces slechts de beslissingen van de meerderheid tot uitdrukking gebracht. In de tweede plaats staan bij politieke beslissingen beleidsargumenten centraal. Hierdoor kan het voorkomen dat er in het politieke proces te weinig rekening gehouden wordt met het beginsel van 'gelijke zorg en respect'. Het beginsel van 'gelijke zorg en respect' biedt een outputcriterium voor democratische legitimiteit. Het is volgens Dworkin de taak van de constitutionele rechter om politieke beslissingen aan dit beginsel te toetsen. Zolang de constitutionele rechter politieke beslissingen aan dit beginsel toetst, zijn constitutionele rechtspraak en democratie niet met elkaar in strijd.

Net als Habermas verdedigt Dworkin een hermeneutische visie op het rechtsvindingsproces. Bovendien meent ook Dworkin dat rechtsbeslissingen op basis van een coherente constructie van het recht als geheel moeten worden genomen. Dworkin maakt daarbij gebruik van het beeld van de superrechter Hercules, die over oneindig veel tijd en kennis beschikt. Bij het nemen van rechtsbeslissingen maakt de rechter een afweging tussen het element van *fit* en het element van rechtvaardiging. Met het element van *fit* bedoelt Dworkin dat de rechter die beslissingen neemt, die zo goed mogelijk bij het bestaande recht aansluiten. Het element van rechtvaardiging eist dat de rechter die beslissingen neemt, die in normatief opzicht de beste rechtvaardiging van de rechtpraktijk bieden. Dworkin meent, net als Habermas, dat er voor ieder rechtsgeval steeds één juiste rechtsbeslissing mogelijk is.

Unger verdedigt ten slotte een breed of sterk begrip van democratie. Dit begrip van democratie wordt door hem als *empowered democracy* aangeduid. Het uitgangspunt van dit democratiebegrip is dat alle domeinen in de samenleving voor de democratische politiek worden opengesteld. Fundamentele vraagstukken mogen niet uit de politiek worden verbannen, maar zij moeten het voorwerp van collectieve deliberatie en strijd zijn. Unger pleit voor democratisch experimentalisme, dat wil zeggen voor het uitdenken en ontwikkelen van alternatieve instituties en praktijken. Ook het handelen van de rechter moet volgens Unger op het uitdenken van alternatieve institutionele mogelijkheden zijn gericht. De rechter wordt op die manier een deelnemer aan het democratisch proces.

De rechtsvindingsmethode waar Unger voor pleit, is de methode van het analogisch redeneren. Dat wil zeggen dat actuele rechtsgevallen met soortgelijke rechtsgevallen uit het verleden worden vergeleken zonder dat van een algemene rechtsregel wordt uitgegaan. Anders dan de heersende rationaliserende rechtsanalyse waar Unger krititiek op heeft, verhult de analogische methode niet de afwijkingen en inconsistenties in het recht. Bovendien biedt deze methode de rechter de mogelijkheid om institutionele alternatieven te ontwikkelen.

Unger verdedigt een normatief pluralistische visie op het recht. Het recht vormt naar zijn mening een geheel van tegenstrijdige normen, beginselen en waarden. Niet alleen tussen rechtsregels, maar ook tussen rechtsbeginselen bestaan conflicten. Rechtspraak is volgens Unger een vorm van politiek met andere middelen. Democratisering van de rechtspraak kan niet met behulp van morele beginselen, maar uitsluitend door een openlijke politisering van het recht tot stand worden gebracht. Andere manieren om een democratisering van de rechtspraak tot stand te brengen, is dat er eisen aan de rechtenopleiding, de selectie en benoemingen van rechters en de rechterlijke openbaarheid worden gesteld.

Hoe overtuigend zijn deze theorieën? Voor het ontwikkelen van een democratisch gelegitimeerd model van constitutionele rechtspraak kan bij verschillende onderdelen van de besproken normatieve theorieën aangesloten. Enerzijds wordt aangesloten bij Ungers normatief pluralistische visie op het recht. Rechtsnormen, beginselen en waarden zijn volgens deze visie niet tot één centrale norm te herleiden. In plaats daarvan wordt van een pluraliteit van rechtsnormen uitgegaan. Tussen deze normen bestaan spanningen, tegenstellingen en conflicten waardoor er door constitutionele rechters voortdurend afwegingen moeten worden gemaakt. Rechtsbeslissingen kunnen niet zonder discretie uit het recht worden afgeleid, maar voor een rechtsbeslissing zijn vaak meerdere juiste oplossingen mogelijk. Het politieke aspect van het recht moet daarom niet worden ontkend, maar zichtbaar worden gemaakt.

Ook Ungers opvatting dat de rechtvaardigheid van regels, beginselen en rechten niet onafhankelijk van concrete instituties en praktijken kan worden beoordeeld, is aannemelijk. Zoals uit hoofdstuk zes bleek, kan er geen strikte scheiding tussen normatieve idealen en beginselen enerzijds en instituties en praktijken anderzijds worden gemaakt. De afwegingen die constitutionele rechters als gevolg van de spanningen en conflicten tussen de verschillende normen moeten maken, zijn voortdurend concreet en inhoudelijk van aard. Het gevolg is een opheffing van de scheiding tussen procedure en inhoud, tussen principe en beleid, en tussen recht en politiek.

Het democratiebegrip waarbij aangesloten wordt, is Habermas' deliberatieve begrip van democratie. Volgens het deliberatieve democratiebegrip is publieke deliberatie nodig om tot aanvaardbare politieke beslissingen te komen. Normatieve onenigheden moeten door middel van publieke deliberatie worden opgelost. Vanwege het grote belang van publieke deliberatie voor de democratie moet constitutionele rechtspraak zowel op deliberatie *gebaseerd*, als op deliberatie *gericht* zijn. Constitutionele rechtspraak moet in de eerste plaats op deliberatie gebaseerd zijn, omdat alleen op deze manier kan worden vastgesteld welke rechtsbeslissingen aanvaardbaarder of rechtvaardiger zijn dan andere rechtsbeslissingen. Bovendien wordt uitsluitend op basis van rechterlijke argumentatie de inhoudelijke democratische legitimiteit van rechterlijke beslissingen gegarandeerd.

Daarnaast moet constitutionele rechtspraak ook op de bevordering van een vrij en open menings- en wilsvormingsproces zijn gericht. Zoals Ely en Habermas terecht aangeven, moeten constitutionele rechters garanderen dat het politieke

proces voor iedereen in gelijke mate open blijft. Hiervoor is de bescherming van politieke vrijheidsrechten van belang. Politieke vrijheidsrechten zoals vrijheid van meningsuiting, persvrijheid of omroepvrijheid maken democratische correctie van het politieke proces mogelijk. Om die reden zijn politieke vrijheidsrechten fundamenteler van aard dan andere vrijheidsrechten.

Wat zijn de consequenties van deze normatieve visie voor de institutionele vormgeving van constitutionele rechtspraak? Constitutionele rechtspraak is democratisch legitiem wanneer deze institutie met het volkssoevereiniteitsprincipe verenigbaar is. Om dit te realiseren, moet er voor gezorgd worden dat constitutionele rechtspraak op zo'n manier wordt vormgegeven dat de institutionele, personele en inhoudelijke democratische legitimiteit van constitutionele rechtspraak versterkt wordt. Verschillende regelingen die gericht zijn op een democratisering van de werving en selectie van rechters, en op een vergroting van de rechtelijke openbaarheid kunnen hieraan bijdragen. Een goede regeling om de inhoudelijke democratische legitimiteit van constitutionele rechtspraak te vergroten, is bovendien de *notwithstanding clause*. Deze clausule kan er toe leiden dat de relatie tussen wetgever en constitutionele rechter symmetrischer wordt. Deze clausule stelt de wetgever in staat om zijn grondwettelijke interpretatie tegenover die van de constitutionele rechter te stellen. Hierdoor kan er een dialoog tussen constitutionele rechter en wetgever ontstaan.