

De legitimiteit van de democratische rechtsstaat: inhoudelijk of procedureel?

RIK REUSSING

Dr. G.H. Reussing (redactiesecretaris van Bestuurswetenschappen) is als universitair docent werkzaam bij de faculteit Management en Bestuur van de Universiteit Twente.

1 Inleiding

De laatste decennia wordt met enige regelmaat gesproken over de crisis van de staat en met name van de rechtsstaat. Bij de legitimiteit van het overheidshandelen worden regelmatig vraagtekens gezet. Gehoorzaamheid van burgers aan de regels van de staat is niet langer vanzelfsprekend. Hoe kan de staat steun verwerven van haar onderdanen in een wereld van mondige burgers? Aan welke kwaliteitseisen moet haar optreden daarvoor voldoen? Is invoering van constitutionele toetsing in Nederland wenselijk? Dit artikel gaat nader in op dit soort vragen over de legitimiteit van de staat en in het bijzonder de democratische rechtsstaat. De gehanteerde werkwijze sluit aan bij de juridische staatsleer (De Jong & Dorbeck-Jung, 1997).¹

De democratische rechtsstaat is opgebouwd uit tegengestelde rechtsstaatsmodellen: zowel elementen uit de klassieke rechtsstaat als de sociale rechtsstaat. Dit heeft tot gevolg dat er een inherente spanning bestaat tussen de beide tegengestelde (formele en materiële) invullingen van de rechtsstaatsbeginselen. Naarmate de verzorgingsstaat zich verdere ontwikkelde leverde dit toenemende problemen op. Deze problemen kunnen worden samengevat onder de noemer *juridificering* van de staat: een toenemende juridische vormgeving van de maatschappelijke betrekkingen (De Ridder, 1989). Juridificering leidt tot een grotere omvang van regelgeving, een grotere gedetailleerdheid van de regelgeving en meer gebruik van juridische procedures voor de oplossing van maatschappelijke problemen (De Jong & Dorbeck-Jung, 1997: 221-222). De legitimiteit van het overheidsgezag staat daardoor in sterke mate onder druk. Er is daarom behoefte aan een nieuw rechtsstaatsconcept waarin een nieuwe oplossing wordt gevonden voor de spanning tussen de formele en de materiële rechtsstaat. De hoofdvraag van dit artikel is of deze oplossing moet worden gezocht in een *inhoudelijke* of een *procedurele* richting.

Beantwoording van deze hoofdvraag bestaat uit twee delen. In het eerste deel ga ik eerst in op de spanningen die er binnen de democratische rechtsstaat zijn tussen het formele rechtsstaatsbegrip (kenmerkend voor de klassieke rechtsstaat) en het materiële rechtsstaatsbegrip (kenmerkend voor de sociale rechtsstaat). Daarna behandel ik drie alternatieven die worden aangedragen vanuit het pragmatisme.² Het eerste alternatief is de inhoudelijke oplossing van Selznick. Het tweede alternatief is de procedurele oplossing van Habermas. Het derde alternatief is van De Jong en Dorbeck-Jung: een mix van een procedurele en inhoudelijke oplossing. In tweede deel zal ik de hoofdvraag beantwoorden door de toepassing op een concreet onderwerp: constitutionele toetsing. Daartoe behandel ik een drietal wetenschappelijke perspectieven op de rechtsstaat: de systematische, kritische en thematische benadering. Ik zal deze benaderingen toelichten aan de hand van het rechtsstaatsconcept van Scheltema (1989). Voordat we hieraan toekomen is het nodig een aantal centrale begrippen uit juridische staatsleer af te bakenen.

2 Begripsafbakening

Bij een analyse van de democratische rechtsstaat gaat het uiteindelijk om de vraag naar de legitimiteit van besluitvorming door overheidsambten. Of anders geformuleerd de legitimiteit van de uitoefening van het overheidsgezag. Om deze vraag te kunnen beantwoorden moet een duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen de begrippen gezag (autoriteit) en legitimiteit. Gezag (autoriteit) houdt in dat burgers beslissingen van overheidsambten aanvaarden los van de inhoud van die beslissing. Bij legitimiteit gaat het om de morele aanvaardbaarheid of morele rechtvaardiging van de uitoefening van dat gezag (het nemen van beslissingen). Pas als gezag als moreel aanvaardbaar kan worden beschouwd kunnen we spreken van legitiem gezag. Om als legitiem te kunnen worden beschouwd moet de uitoefening van het gezag door de overheid voldoen aan bepaalde kwaliteitseisen (De Jong, 1992). Het begrip legitimiteit moet worden onderscheiden van het begrip *gelding*, zoals we dat bij het rechtspositivisme (Kelsen, 1960) en de institutionele rechtstheorie (Hart, 1961) tegenkomen. Rechtsregels zijn geldig als ze op een rechtmatige manier binnen de bestaande rechtsorde tot stand zijn gekomen. Het gaat hierbij dus om legaliteit, niet om legitimiteit. Legaliteit kan overigens wel een belangrijke bron zijn voor legitimiteit (Hoekema, 1991).

Uitgangspunt bij het beantwoorden van de vraag naar de kwaliteitseisen is de *democratische rechtsstaat*, zoal die zich sinds de 18 eeuw heeft ontwikkeld. Het begrip democratische rechtsstaat is samengesteld uit twee begrippen: democratie en

rechtsstaat. Het begrip rechtsstaat staat centraal in de juridische staatsleer, het begrip democratie staat centraal in de politieke wetenschap.³ Democratie is overigens ook in de juridische staatsleer een onderdeel van het rechtsstaatsconcept. Het is namelijk een van de vijf inhoudelijke uitgangspunten (beginselen) van de rechtsstaat. In de politieke wetenschap wordt een onderscheid gemaakt tussen een liberale en collectivistische opvatting van democratie (Thomassen, 1991). De liberale opvatting van democratie heeft een nauwe verwantschap met het rechtsstaatsbegrip (De Jong, 1991). Daarin spelen het legaliteitsbeginsel en het machtscheidingsbeginsel ook een centrale rol.

DEEL I: SPANNINGEN BINNEN DE DEMOCRATISCHE RECHTSSTAAT EN ALTERNATIEVEN

3 Rechtsstaatsmodellen

Na dit korte uitstapje keer ik terug naar de vraag naar de legitimiteit, naar de kwaliteitseisen van de gezagsuitoefening binnen de democratische rechtsstaat.⁴ Het antwoord op deze vraag verschuift in de loop van de tijd. Deze verschuiving kan worden beschreven in termen van de ontwikkeling van de klassieke naar de sociale rechtsstaat (De Jong & Dorbeck-Jung: 200-213). Het kernverschil tussen de beide modellen is dat het in de klassieke rechtsstaat vooral gaat om *formele* rechtsstaat (de vorm van de staat) en in de sociale rechtsstaat vooral om de *materiële* rechtsstaat (de inhoud of het doel van de staat). Dit verschil brengt met zich mee dat het in de klassieke rechtsstaat vooral gaat om het begrenzen van de overheidsbesluiten en in de sociale rechtsstaat ook om het bevorderen van de uitvoering van overheidsbesluiten. In de klassieke rechtsstaat gaat het vooral om codificatie: het vastleggen in wetten van regels die via het gewoonterecht in de samenleving zijn gevormd. In de sociale rechtsstaat gaat het ook om modificatie: het via wettelijke regels veranderen van de samenleving.

De verschillen tussen beide modellen komen het meest pregnant naar voren als we kijken naar de beginselen, de inhoudelijke uitgangspunten van de rechtsstaat. Voor alle vijf beginselen is een formele invulling mogelijk, die aansluit bij de klassieke rechtsstaat en een materiële invulling, die aansluit bij de sociale rechtsstaat (De Jong & Dorbeck-Jung, 1997: 213-218).

- Bij het *vrijheidsbeginsel* gaat het in de klassieke rechtsstaat om negatieve vrijheid: de staat moet de individuele vrijheid van de burger beschermen. In de sociale

rechtsstaat gaat het om positieve vrijheid: de staat moet via overheidsvoorzieningen de zelfontplooiing van alle burgers, dus ook van de zwakkere burger bevorderen.

- Bij het *gelijkheidsbeginsel* gaat het in de klassieke rechtsstaat om formele (abstracte) gelijkheid: gelijkheid voor de wet. Alle burgers moeten in gelijke gevallen op een gelijke manier worden behandeld. In de sociale rechtsstaat gaat het om materiële (concrete) gelijkheid, dus niet alleen om gelijke behandeling, maar ook om gelijke uitkomsten. De overheid heeft tot taak door het weg nemen van ongerechtvaardigde inkomensverschillen alle burgers gelijke kansen te geven.
- Bij het *rechtszekerheidsbeginsel* gaat het in de klassieke rechtsstaat om formele rechtszekerheid. Duidelijke, stabiele en betrouwbare regelgeving maakt het mogelijk dat de individuele vrijheid van de burger (negatieve vrijheid) wordt beschermd en alle burgers gelijk worden behandeld (formele gelijkheid). In de sociale rechtsstaat gaat het ook om materiële rechtszekerheid. Rechtvaardige en doelmatige regelgeving maken het mogelijk dat de overheid de zelfontplooiing van de burgers (de positieve vrijheid) en de gelijke kansen voor alle burgers (de materiële gelijkheid) het beste kan bevorderen.
- Bij het *democratiebeginsel* gaat het in de klassieke rechtsstaat uitsluitend om de liberale invulling van de democratie en in de sociale rechtsstaat vooral om de collectivistische invulling van de democratie. Indirecte betrokkenheid van de burgers door het kiezen van volksvertegenwoordigers die namens hen wetten opstellen is kenmerkend voor de klassieke rechtsstaat. Directe betrokkenheid van de burgers via inspraak, interactief bestuur, openbaarheid van de besluitvorming en burgerinitiatieven zijn kenmerkend voor de sociale rechtsstaat.
- Bij het *beginsel van de dienende overheid* zien we in de klassieke rechtsstaat (ook wel de 'nachtwakerstaat' genoemd) een beperking tot het begrip algemeen belang. De overheid heeft slechts tot taak voorwaarden te scheppen waardoor de gemeenschap als geheel zich kan ontwikkelen en de nationale welvaart wordt bevorderd. De overheid heeft niet tot taak het welzijn van de individuele burgers te bevorderen. Het individu is primair verantwoordelijk voor zichzelf. De nadruk ligt in de sociale rechtsstaat (verzorgingsstaat) op de bevordering van het bredere begrip algemeen welzijn. Het welzijn van de individuele burgers is wel onderwerp van overheidszorg. Dit blijkt uit het belang van de sociale naast de klassieke grondrechten.

We zagen in de inleiding dat er behoefte is aan een nieuw rechtsstaatsconcept waarin een nieuwe oplossing wordt gevonden voor de spanning tussen de formele en de materiële rechtsstaat. Op welke manier kan de legitimiteit van de rechtsstaat

opnieuw worden gefundeerd? Selznick (1992) en Habermas (1992) hebben twee verschillende oplossingen. Selznick zoekt (net als Radbruch, 1963) naar een inhoudelijke oplossing.⁵ Habermas zoekt (net als Heller, 1970) naar een procedurele oplossing.⁶ Hun theorieën zijn echter veel verfijnder dan die van hun voorgangers. Een overeenkomst is dat beide benaderingen aansluiting zoeken bij het filosofisch pragmatisme. Selznick bij het pragmatisme van Dewey (1954) en Mead (1962), Habermas bij het pragmatisme van Peirce (1966). Wat zijn de verschillen tussen beide alternatieven?

4 Het alternatief van Selznick

Allereerst Selznick. Zijn inhoudelijke oplossing houdt in dat hij de rechtsbeginselen een plaats geeft in een alomvattende morele theorie. Deze theorie heeft hij beschreven in zijn boek 'The Moral Commonwealth' uit 1992 (zie De Jong & Dorbeck-Jung: 223-229). Uitgangspunt van deze theorie is dat mensen een morele gemeenschap vormen waarin een aantal basiswaarden gelden. Die basiswaarden (rede, integriteit en verantwoordelijkheid, autonomie, gelijkheid en democratie) gelden voor alle instituties waaruit een gemeenschap bestaat dus ook voor de wetgeving, het recht en de staat. In de alomvattende morele theorie van Selznick zijn de verschillende beginselen (de inhoudelijke uitgangspunten) en eisen (de institutionele voorzieningen) van de rechtsstaat te herkennen. Selznick geeft daar zijn eigen invulling aan. Bij mijn bespreking beperk ik me tot het niveau van de inhoudelijke uitgangspunten.

- Het vrijheidsbeginsel is te herkennen in de basiswaarde autonomie. Het heeft elementen in zich van het negatieve vrijheidsbegrip, omdat autonomie onafhankelijkheid en de afwezigheid van externe invloeden omvat. Maar het heeft ook elementen van het positieve vrijheidsbegrip, omdat het gepaard gaat met integratie en responsiviteit. Integratie omvat het bevorderen van de maatschappelijke consensus via het recht en de rechtspraak. Responsiviteit omvat een reactie op sociale problemen en behoeften.
- Het gelijkheidsbeginsel is uiteraard te herkennen in het gelijkheidsideaal. Selznick introduceert hier het concept van de morele gelijkheid dat hij als een alternatief ziet voor het formele gelijkheidsbegrip en het materiële of sociale gelijkheidsbegrip (die beiden uitgaan van gelijke behandeling en te weinig rekening houden met de relevante verschillen tussen mensen). Het uitgangspunt van morele gelijkheid is daarom behandeling als een gelijke. Ieder mens heeft gelijke toegang tot en bescherming van fundamentele rechten als leven en vrijheid.

- Het rechtszekerheidsbeginsel is goed te herkennen bij de basiswaarde integriteit en verantwoordelijkheid. De interne moraliteit van de institutie wetgeving vereist algemeenheid, openbaarheid, begrijpelijkheid en duurzaamheid. Dit correspondeert met de formele rechtszekerheid (duidelijkheid, stabiliteit en betrouwbaarheid) die we ook bij Stahl (1963) tegenkomen. De materiële rechtszekerheid is te vinden in zijn idee van de communitaristische rechtvaardigheid. Net als bij Radbruch (1963) is rechtvaardigheid ook bij Selznick situatief, cultureel bepaald.
- Het democratiebeginsel is uiteraard in eerste instantie te herkennen in het concept 'communal democracy'. Tot dit concept behoren ook elementen die stammen uit de liberale invulling van de democratie, zoals regelmatige verkiezingen en een legitieme oppositie. Maar het concept is veel breder. Het omvat ook de verantwoordelijkheid van de regering voor het welzijn van de gemeenschap. Dit wordt gekoppeld aan het begrip 'governance'. Het begrip 'governance' omvat elementen die goed passen bij de collectivistische invulling van democratie: de noodzaak van belangenafweging en participatie van burgers.
- Het concept van de *dienende overheid* is waar het gaat om de formele, klassieke invulling te herkennen in de basiswaarde van de rede. Een van de elementen van de rede is de dialoog waarmee belangen en waarden kunnen worden uitgebalanceerd. Bij deze dialoog moet iedereen die bij de besluitvorming is betrokken zich laten door de deugden van het publieke leven ('civility'), zoals het aandacht hebben voor het algemeen belang. De materiële, sociale invulling van de dienende overheid is te vinden in de verantwoordelijkheid van de regering voor het welzijn van de gemeenschap, die we al tegenkwamen bij het concept van de 'communal democracy'. Die verantwoordelijkheid moet zijn onderbouwd door een inhoudelijke visie op legitimiteit.

5 Het alternatief van Habermas

Die inhoudelijke visie op legitimiteit bij Selznick is meteen het belangrijkste verschil met het alternatief dat Habermas (ook in 1992) heeft verwoord in het boek 'Faktizität und Geltung' (zie De Jong & Dorbeck-Jung: 229-235). Bij Habermas gaat het om procedurele legitimiteit. Dit heeft tot gevolg dat hij een benadering à la Selznick afwijst. Diens poging om een alomvattende morele theorie te ontwikkelen is een voorbeeld van de praktische rede (een natuurrechtelijke benadering). De praktische rede is onhoudbaar en achterhaald volgens Habermas, omdat in de moderne, pluriforme samenleving geen algemeen geldende waarden meer kunnen worden geformuleerd.

Maar op welke manier kan de legitimiteit van overheidsbesluiten dan wel worden gefundeerd? Het alternatief van Habermas gaat niet uit van de praktische rede, maar van de *communicatieve rede*. De legitimiteit van overheidsbesluiten is gebaseerd op redelijke en correcte procedures. Zijn uitgangspunt is het discours-principe. Via een discours (daarmee wordt bedoeld onderlinge communicatie die voldoet aan bepaalde voorwaarden) kunnen leden van een gemeenschap overeenstemming bereiken over de inhoud van het positieve recht. Daarbij bestaat een spanning tussen feitelijkheid en gelding. Feitelijkheid betreft de inhoud van het positieve recht. Het begrip gelding heeft betrekking op de normatieve aanspraak op de instemming van de leden van een gemeenschap met de inhoud van het positieve recht. Verwarrend is wel dat Habermas gelding in verschillende betekenissen gebruikt. Soms gaat het om het beperkte begrip legaliteit (zoals bij Kelsen en Hart), soms om het bredere begrip legitimiteit. Uiteindelijk kun je zeggen dat het bij Habermas gaat om legitimiteit door legaliteit. Vanuit dat andere uitgangspunt gaat Habermas niet op zoek naar basiswaarden zoals Selznick, maar naar de voorwaarden waaronder een dergelijk discours (op basis van de communicatieve rede) kan plaatsvinden. Deze voorwaarden hebben betrekking op een vijftal typen grondrechten. Samen vormen ze de rechtsorde.

- De eerste drie typen grondrechten hebben betrekking op de onderlinge relaties tussen vrije en gelijke burgers. Ze zijn gefundeerd op het discours-principe, dat Habermas ziet als een abstractere omschrijving van het principe van de politieke autonomie: het idee van de zelfwetgeving van burgers. Ze betreffen de gelijke rechten van de burgers op subjectieve handelingsvrijheden (klassieke grondrechten), op lidmaatschapsrechten als staatsburger (democratische grondrechten) en op individuele rechtsbescherming.
- Bij de typen vier en vijf gaat het om de rol van vrije en gelijke burgers in hun rol als auteur van de rechtsorde. Het vierde type grondrechten heeft betrekking op gelijke kansen op politieke participatie. Het vijfde type grondrechten heeft betrekking op de materiële levensvoorwaarden (sociaal, technisch en ecologisch) die nodig zijn om iedereen gelijke kansen te geven op de grondrechten van de typen 1 tot en met 4.

Bij de grondrechten moet worden bedacht dat het in eerst instantie gaat om rechten die burgers tegenover elkaar erkennen (horizontale grondrechten). Pas in tweede instantie worden daaruit de grondrechten van de burgers tegenover de staat afgeleid (verticale grondrechten). Daartoe behoeven ze een interpretatie door de wetgever. In de vijf typen grondrechten zijn de contouren te herkennen van de vijf in paragraaf 3 onderscheiden beginselen van de rechtsstaat: vrijheid, gelijkheid, rechtszekerheid, democratie en dienende overheid.

De rechtsorde is echter niet in staat zichzelf te handhaven zonder politieke macht. Daarom is een politieke orde nodig in de vorm van een staat. Binnen de politieke macht bestaat een onderscheid tussen de communicatieve macht (wetgevende macht) en de bestuurlijke macht (uitvoerende macht). De kern van de rechtsstaat is dat de bestuurlijke macht is gebonden aan de communicatieve macht. Om dit te bereiken onderscheidt Habermas vier rechtsstaatsbeginselen. Hiervan is de volkssoevereiniteit het belangrijkste: het uitgangspunt dat alle politieke macht is afgeleid van de communicatieve macht van de politiek autonome staatsburgers. De andere drie beginselen zijn daarvan afgeleid.

- Het beginsel van de individuele rechtsbescherming, die wordt gewaarborgd door een onafhankelijke rechterlijke macht.
- Het beginsel van de wetmatigheid van het bestuur en de controle op het bestuur door de rechter en het parlement.
- Het principe van de scheiding tussen staat en samenleving. Bij de laatste drie beginselen moet de kanttekening worden gemaakt dat het hierbij gaat om institutionele voorzieningen en niet om beginselen in de zin van inhoudelijke uitgangspunten.

Omdat de beschrijving van de grondrechten en beginselen bij Habermas op een tamelijk abstract niveau plaatsvindt, is het veel moeilijker dan bij Selznick daarin de verschillende invullingen van de vijf beginselen uit het klassieke (formele) en sociale rechtsstaatsmodel te herkennen. Daar komt nog bij dat Habermas zijn procedurele opvatting van de rechtsstaat uitdrukkelijk als een alternatief voor de klassieke en de sociale rechtsstaat presenteert, waarbinnen de problemen die zijn verbonden aan de beide modellen kunnen worden opgelost.

6 Beoordeling van de theorieën van Selznick en Habermas

We hebben nu de twee (zeer uiteenlopende) theorieën van Selznick en Habermas besproken. In hoeverre bieden ze een oplossing voor de eerder genoemde problemen van de juridificering, die voorkomen uit de spanning tussen het klassieke en sociale rechtsstaatsmodel? Beide theorieën hebben hun aantrekkelijke en hun minder aantrekkelijke kanten. De aantrekkelijke en minder aantrekkelijke kanten hangen nauw samen met de gevolgde aanpak.

De inhoudelijke benadering van Selznick houdt in dat hij de rechtsstaatsbeginselen laat opgaan in een alomvattende morele theorie. Het aantrekkelijke is dat hij een duidelijke visie op legitimiteit presenteert aan de hand van een aantal onderling samenhangende basiswaarden. Het minder aantrekkelijke van zijn benadering

is dat zijn rechtsstaatsconcept zelf onduidelijk is. Alle elementen zijn wel te herkennen, maar ze zijn op een diffuse manier verspreid over de verschillende basiswaarden. Daar staat dan weer tegenover dat zijn theorie door het concrete karakter ervan op een groot aantal punten wel elementen bevat die oplossingen kunnen bieden voor een aantal problemen in de rechtsstaat. Een voorbeeld daarvan is de nadruk van Selznick op zelfregulering als een alternatief voor overheidsregulering. Daardoor is het mogelijk dat de wetgeving van de overheid minder omvangrijk en gedetailleerd en dus legitiemer wordt.⁷

Door het abstracte karakter van de theorie van Habermas zijn er minder gemakkelijk concrete oplossingen uit af te leiden voor de problemen in de rechtsstaat. Het aantrekkelijke van zijn benadering is dat hij via zijn procedurele rechtsstaatsmodel een duidelijk alternatief biedt voor de klassieke en de sociale rechtsstaat en geen diffuse theorie. Een keuze voor dat alternatief betekent niet dat de goede elementen uit de klassieke en de sociale rechtsstaat moeten worden opgegeven. Zijn procedurele benadering kan wellicht een kader bieden waarin de spanning tussen de klassieke en de sociale rechtsstaat wordt opgelost. Een voorbeeld is de nadruk die Habermas legt op de verbinding tussen het parlementaire debat en het publieke debat in de maatschappij. Wetgeving zal zo beter aansluiten op maatschappelijke inzichten, daardoor mogelijk minder aanleiding geven tot juridische procedures en daarmee legitiemer worden.

7 Het pragmatische alternatief van De Jong en Dorbeck-Jung

De pragmatische alternatieven van Selznick en Habermas hebben dus zowel aantrekkelijke als minder aantrekkelijke kanten. De vraag is of het derde pragmatische alternatief dat De Jong en Dorbeck-Jung (1997: 239-264) schetsen aantrekkelijker is. Het vertrekpunt van hun alternatief is een andere verhouding binnen de staat tussen de overheid en de burgers. Deze verhouding geven ze weer in vier trefwoorden: horizontalisering, pluralisering, concretisering en proceduralisering. Zij formuleren een vijftal eisen aan het besluitvormingsproces die de kans op de morele aanvaardbaarheid van besluiten bij burgers vergroten:

- a Voor institutionele handelingen wordt gegarandeerd:
 - vrijheid in de zin van individuele zelfbepaling;
 - voorspelbaarheid van de gevolgen die binnen het institutionele kader aan handelingen zijn verbonden door de explicitering ervan;
 - gelijke toegankelijkheid tot processen van collectieve besluitvorming voor een ieder die daar belang bij heeft;

- het verschaffen van collectieve voorzieningen wordt bepaald door het doel waarvoor de institutie tot stand is gebracht; en
 - materiële gelijkheid tussen belanghebbenden voor wat betreft de resultaten van de collectieve voorziening;
- b In een institutie moet duidelijk zijn aan wie of aan welk ambt volgens de belanghebbenden het vermogen toekomt om bepaalde besluiten te nemen;
- c Op de uitoefening van vermogens die aan een individu of een ambt toekomen moet op een door de belanghebbenden aanvaardbare manier controle worden uitgeoefend (machtenscheiding);
- d Het besluitvormingsproces moet tenminste de volgende procedureregels bevatten:
- geen belanghebbende mag worden weerhouden van het starten van een besluitvormingsproces;
 - iedere handeling in het kader van een besluitvormingsproces moet worden beargumenteerd in termen van (algemene) regels;
 - iedere belanghebbende moet in de gelegenheid zijn adequate informatie te verzamelen en deze te verwerken;
 - iedere belanghebbende moet in de gelegenheid zijn op een adequate wijze vanuit het inzicht in persoonlijke belangen invloed uit te oefenen op regelgeving en regeluitvoering;
- e De uitkomsten van een besluitvormingsproces moeten door een belanghebbende worden geaccepteerd tenzij er dringende en dwingende redenen zijn zich er tegen te verzetten.

In ieder geval is hun benadering minder eenzijdig, omdat ze zowel uitgaan van het pragmatisme van Peirce (1966) als van het pragmatisme van Dewey (1954) en Mead (1962). Daarbij ligt de nadruk op het pragmatisme van Peirce en dat bepaalt ook in hoge mate het karakter van hun oplossing. Vanuit de superioriteit van de wetenschappelijke methode van kennisverwerving bij Peirce ligt de nadruk op de waarde van de openheid. Andere waarden (zekerheid, vrijheid en gelijkheid, dienstbaarheid) zijn daaraan ondergeschikt. Voor het vraagstuk van de legitimiteit van de besluitvorming de democratische rechtsstaat heeft dat tot gevolg dat net als bij Habermas de nadruk vooral ligt op procedurele rechtvaardiging van besluiten van overheidsambten. De inhoudelijke rechtvaardiging (die kenmerkend is voor Selznick) komt pas aan bod bij de inhoudelijke toets van besluiten onder concrete omstandigheden. Het is consequent van de auteurs dat ze over hun eigen bevindingen in de slotalinea van het boek een kritische en open discussie willen uitlokken. Zelf denk ik dat ze te ver doorschieten in de richting van een proceduralisering. Wil de democratische rechtsstaat zijn legitimiteit op de lange duur behouden

dan is een concentratie op openheid als procedurele basiswaarde onvoldoende. Er moet naar mijn mening een sterker accent worden gelegd op andere, meer inhoudelijke basiswaarden (zoals de basiswaarden genoemd door Selznick) die de integratie van individuen in de gemeenschap op het oog hebben.

Gelukkig lijken de auteurs zich wat van deze kritiek te hebben aangetrokken. In een paper (De Jong & Dorbeck-Jung, 2000) hebben ze een nadere uitwerking geven van de legitimiteit van de staat. In dat paper starten ze met de pragmatische filosofie van Peirce, maar eindigen ze met een invulling van het begrip legitimiteit die aansluit bij Selznick. In de eerste plaats door net als Selznick uit te gaan van het begrip 'governance'. Het begrip 'governance' verschilt van het traditionele begrip 'government', omdat het uitgaat van een niet-hiërarchische en interactieve relatie tussen de overheid en de burger. In de tweede plaats door bij de legitimiteit uit te gaan van een responsief rechtsstaatsbegrip dat is ontleend aan Selznick. Een responsieve stijl van gezagsuitoefening van de staat leidt tot een concept van de rechtsstaat waarin drie specifieke basiswaarden centraal staan (integriteit, autonomie en verantwoordelijkheid). Deze waarden staan in nauw verband met de vijf traditionele basiswaarden (inhoudelijke uitgangspunten) van de democratische rechtsstaat (zie paragraaf 3). Het leidt ook tot een andere invulling van de institutionele voorzieningen van de rechtsstaat. Bijvoorbeeld de institutionele voorzieningen van de machtsverdeling en de rechtsbescherming worden vooral gerealiseerd via eisen die betrekking hebben op de controle op de besluitvorming. Daarbij gaat het zowel om interne controle binnen de besluitvormende organisatie als externe controle door een onafhankelijke instantie. Effectieve controle vereist ook dat het besluitvormingsproces controleerbaar is. Dit stelt weer eisen aan de transparantie van het besluitvormingsproces.

DEEL II: BENADERINGEN VAN DE DEMOCRATISCHE RECHTSSTAAT EN CONSTITUTIONELE TOETSING

In dit tweede deel vervolg ik de beantwoording van de hoofdvraag (een inhoudelijke of procedurele oplossing voor de spanningen binnen de democratische rechtsstaat) door de toespitsing op een concreet onderwerp: constitutionele toetsing. Dat antwoord geef ik aan de hand van de hand van de discussie over de rechtsstaat in Nederland en een drietal wetenschappelijke perspectieven op de democratische rechtsstaat. We kunnen minstens vijf verschillende wetenschappelijke perspectieven onderscheiden: historisch, systematisch, kritisch, thematisch en empirisch (De Jong & Dorbeck-Jung, 1997: 196-197). Daarvan behandel ik er drie (de systemati-

sche, kritische en thematische benadering) aan de hand van het rechtsstaatsconcept van Scheltema.

8 Systematische benadering

Een systematische benadering concentreert zich op het begrip (het concept) van de rechtsstaat. Deze benadering probeert na te gaan uit welke verschillende elementen het begrip 'rechtsstaat' bestaat. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen beginselen (de inhoudelijke uitgangspunten) en eisen (de institutionele voorzieningen) van de rechtsstaat. Zo'n systematische benadering is uitgetoetst door Scheltema, voormalig hoogleraar in Groningen. In 1989 bestond de Groningse Universiteit 375 jaar. In dat kader is een congres georganiseerd onder de titel 'De rechtsstaat herdacht'. In de bundel voor dat congres heeft Scheltema een poging gedaan te omschrijven wat anno 1989 onder het begrip 'rechtsstaat' wordt verstaan. Scheltema (1989: 15-22) noemt vier beginselen van de rechtsstaat. Ieder beginsel werkt hij vervolgens weer uit in een aantal eisen van de rechtsstaat.

Het eerste beginsel is de *rechtszekerheid*. Hiermee wordt bedoeld dat het overheids-handelen voorspelbaar moet zijn. Dit beginsel wordt uitgewerkt in vijf eisen:

- a voor het overheidsoptreden moet een wettelijke grondslag bestaan: dit is de legaliteits eis;
- b de wet moet duidelijke regels bevatten: de burger moet dus weten wat hij van de overheid kan verwachten;
- c de wet moet van tevoren kenbaar zijn gemaakt: de wet mag dus geen terugwerkende kracht hebben;
- d de fundamentele rechten van de burger moeten in de wet worden omschreven en gewaarborgd;
- e er moet onafhankelijke rechtspraak zijn: een onafhankelijke rechter moet oordelen over klachten van de burgers over de overheid.

Het tweede beginsel is het *gelijkheidsbeginsel*. Het houdt in dat de overheid zonder aanzien des persoons handelt. Bij dit beginsel hoort een tweetal eisen:

- f het overheidsoptreden moet worden bepaald door algemene regels: het gaat hier om het materiële wetsbegrip;
- g er moet een scheiding zijn tussen de wetgevende en de uitvoerende macht, tussen het orgaan dat de regels uitvaardigt en regels toepast: dit is de machtenscheidingseis.

Het derde beginsel is het *democratiebeginsel*. Democratie is kortweg een wijze van besluitvorming waarbij alle burgers gelijke mogelijkheden hebben om invloed te kunnen uitoefenen op het overheidshandelen. Bij de formulering van de drie eisen gaat Scheltema uit van een representatieve democratie:

- h er moet actief en passief kiesrecht zijn voor de samenstelling van de volksvertegenwoordiging;
- i de eis dat regels voor het overheidsoptreden door de volksvertegenwoordiging worden opgesteld: het gaat hierbij dus om het formele wetsbegrip;
- j de volksvertegenwoordiging moet (als wetgevende macht) controle uitoefenen op het optreden van de uitvoerende macht.

Het vierde beginsel is het beginsel dat Scheltema, bij gebrek aan een betere benaming, het *beginsel van de dienende overheid* heeft genoemd. Het houdt in dat de overheidsactiviteiten gericht moeten zijn op bevorderen van het belang van de leden van de samenleving. Waar het democratiebeginsel het uitgangspunt ‘government by the people’ betreft, gaat het bij het beginsel van de dienende overheid juist om ‘government for the people’. Dit beginsel werkt Scheltema uit in twee eisen:

- k de eis dat fundamentele voorwaarden voor een menswaardig bestaan als grondrecht moeten worden gewaarborgd. Het gaat hierbij zowel om de klassieke als de sociale grondrechten;
- l en de eis dat de overheid haar werkzaamheden doelmatig en doeltreffend inricht.

Bij deze beschrijving van het rechtsstaatsconcept worden door Scheltema zelf uitdrukkelijk twee kanttekeningen gemaakt. In de eerste plaats lijkt deze opsomming te suggereren dat er een eenduidige relatie bestaat tussen de beginselen en de eisen. In werkelijkheid worden met dezelfde eis vaak verschillende beginselen gerealiseerd. Bovendien overlappen de eisen elkaar soms en wijzen ze soms in dezelfde richting. Een voorbeeld zijn de grondrechten die zowel bij de rechtszekerheid als de ‘dienende overheid’ worden genoemd. In de tweede plaats zegt Scheltema expliciet dat hij ervan bewust is dat de door hem onderscheiden beginselen uiteindelijk op filosofische opvattingen over de mens en de vrijheid berusten. Vrijheid is voor hem dus blijkbaar een overkoepelend beginsel dat aan de vier beginselen van de rechtsstaat voorafgaat. Zelf heeft Scheltema van een dergelijke fundering afgezien. Dat laat hij dus over aan anderen.

Ik heb het rechtsstaatsconcept van Scheltema behandeld als een mogelijke invulling van het begrip rechtsstaat. Het gaat om een wezenlijk omstreden begrip. Andere invullingen (met andere accenten) zijn mogelijk, zoals de uitwerking van het rechtsstaatsconcept van De Jong en Dorbeck-Jung (zie paragraaf 3). Zowel op

het niveau van de beginselen (inhoudelijke uitgangspunten) als de eisen (institutionele voorzieningen) zien we een aantal verschillen. Bij de beginselen zien we dat bij Scheltema vrijheid als afzonderlijk beginsel ontbreekt. Elementen van het vrijheidsbegrip (de klassieke grondrechten) zijn bij hem ondergebracht bij het beginsel van de ‘dienende overheid’. Het beginsel van de ‘dienende overheid’ heeft bij De Jong en Dorbeck-Jung een veel beperktere betekenis. Ook op het niveau van de eisen zien we verschillen. Bij de eisen bij het democratiebeginsel beperkt Scheltema zich tot de representatieve democratie, maar De Jong en Dorbeck-Jung noemen ook inspraak (een vorm van directe democratie) als eis.

9 Kritische benadering

Naast een systematische benadering kan ook een kritische benadering worden onderscheiden. We kunnen niet alleen nagaan over welk rechtsstaatsconcept er op een bepaald moment overeenstemming (consensus) bestaat. We kunnen ook kritische vragen stellen bij de keuzen die achter een bepaald rechtsstaatsconcept ten grondslag liggen. Die kritische vragen kunnen betrekking hebben op de keuze en de invulling van bepaalde elementen uit het rechtsstaatsconcept, op de onderlinge relaties tussen deze elementen, en op de politiek-theoretische (filosofische) achtergronden van deze keuzen. Ook het rechtsstaatsconcept van Scheltema is op het hiervoor genoemde congres in Groningen ‘De rechtsstaat herdacht’ aan een dergelijke kritische beschouwing onderworpen.

Een eerste criticus was Van der Hoeven (1989: 1-9). Zijn kritiek spitst zich toe op drie punten. Het eerste kritiekpunt heeft betrekking op het karakter van de beginselen: ze zijn ongelijksoortig. Twee van de vier beginselen van Scheltema (rechtszekerheid en ‘dienende overheid’) acht Van der Hoeven niet specifiek voor de rechtsstaat, maar zijn uitwerkingen van wezensvoorwaarden voor iedere min of meer coherente samenleving. Een eerste voorwaarde is een zekere mate van orde, van voorspelbaarheid van het handelen. Orde is een onmisbare voorwaarde voor veiligheid, één van de meest primaire levensbehoeften. Orde veronderstelt op zijn beurt machtsuitoefening. Specifiek voor de rechtsstaat is wel dat de machtsuitoefening wordt beheerst en begrensd door rechtsregels. Dit correspondeert met het door Scheltema genoemde beginsel van de rechtszekerheid. Een tweede wezensvoorwaarde voor iedere samenleving, dus ook de rechtsstaat, is de aanwezigheid van een minimum aan materiële bestaansvoorwaarden. Pas in de loop van de 20e eeuw (de opkomst van de verzorgingsstaat en de sociale rechtsstaat) drong het inzicht door dat de zorg voor een minimale bestaanszekerheid moest worden omgezet in een rechtsaanspraak op

een ‘menswaardig bestaan’: wat meer is dan een minimum. De sociale wetgeving is sindsdien ook voor Van der Hoeven een essentieel element van de rechtsstaat. Dit correspondeert met het beginsel van de ‘dienende overheid’ bij Scheltema.

Het tweede kritiekpunt van Van der Hoeven heeft betrekking op het ontbreken van het vrijheidsbeginsel. Naast de behoefte aan veiligheid en aan menswaardige materiële bestaansvoorwaarden heeft elk mens behoefte aan erkenning en bescherming door de rechtsorde waarin hij leeft van zijn eigenheid, van zijn identiteit. De vrijheidsrechten worden in de (liberale) rechtsstaat in de eerste plaats gezien als rechten tegenover de overheid, waarbij beperkingen op de vrijheidsrechten worden gezien als een verruiming van de overheidsmacht. Ook de verschillende emancipatiebewegingen in Nederland vanaf het eind van de vorige eeuw waren vooral gericht op vrijheid. Voorzover zij gelijkheid opeisten was dat geen doel op zich, maar een middel tot vrijheid, tot beleving van de eigen identiteit.

Daarmee zijn we tegelijk aanbeland bij het derde kritiekpunt van Van der Hoeven op Scheltema’s rechtsstaatsconcept, namelijk dat de beginselen niet gelijkwaardig zijn en er sprake is van een rangorde tussen de beginselen. Voorop komen rechtszekerheid, ‘dienende overheid’ en vrijheid. Gelijkheid moet volgens Van der Hoeven worden gezien in samenhang met vrijheid, maar is daaraan wel secundair. En op een afstand daarvan staat het democratiebeginsel. De primaire betekenis van gelijkheid en democratie voor Van der Hoeven is dat ze mogelijkheden bieden voor het scheppen en beschermen van vrijheid, maar beide *kunnen* ook een belemmering vormen voor de vrijheid.

Een tweede criticus was Burkens (1989: 63-71). Diens kritiek komt gedeeltelijk overeen met die van Van der Hoeven, maar hij legt daarbij ook andere accenten. Burkens bespeurt een zeker formalisme in de vier beginselen van Scheltema, een inhoudelijke karakterisering van de rechtsstaat ontbreekt. Volgens Burkens is juist de inhoudelijkheid, d.w.z. de pretentie van gerechtigheid (Burkens noemt dat het gerechtigheidspostulaat), een essentieel kenmerk van het recht en dus ook van de rechtsstaat. Naast het ontbreken van een gerechtigheidspostulaat blijkt het formalisme van Scheltema, volgens Burkens, ook uit de in diens ogen opmerkelijk ondergeschikte plaats van de vrijheidsrechten. Ze zijn, zoals we hebben gezien, bij Scheltema een onderdeel van het beginsel van de ‘dienende overheid’. Maar in de westerse cultuur (die wordt gekenmerkt door concurrentie) is vrijheid niet alleen een behoefte waaraan de dienende overheid gehoor moet geven, maar een constitutief element (een wezenlijke voorwaarde) van de rechtsstaat. Zonder die vrijheid zou ook de overheid zelf weinig of niets kunnen presteren.

Op het punt van het ontbreken van het vrijheidsbeginsel komt de kritiek van Burkens dus overeen met de kritiek van Van der Hoeven. Nog veel sterker dan Van der Hoeven benadrukt Burkens de spanningsverhouding, de dialectische verhouding tussen vrijheid en gelijkheid. Dit is een spanningsverhouding die veel fundamenteeler is dan de spanningen tussen de beginselen die Scheltema zelf noemt. Als we dit voegen bij het eerder genoemde kritiekpunt van het ontbreken van een gerechtigheidspostulaat, dan is het begrijpelijk dat Burkens ook een veel kritischer houding inneemt tegen ontwikkelingen in de hedendaagse rechtsstaat dan Scheltema en Van der Hoeven. Een voorbeeld is zijn kritiek dat de wetgeving inhoudelijk de klassieke binding met de gerechtigheid heeft verloren. Formele wetgeving bevat vaak vrijwel uitsluitend bevoegdheidstoedelingen en procedureregels. Hij pleit daarom voor een nieuwe (meer inhoudelijke) rechtsstatelijkheid. De contouren hiervan zijn volgens Burkens reeds zichtbaar in de discussie over constitutionele toetsing: de mogelijkheid voor de rechter formele wetten aan de Grondwet (met name aan de grondrechten) te toetsen.⁸

De conclusie bij de kritische benadering van de rechtsstaat is dat ook in de huidige situatie in Nederland meningsverschillen bestaan over het rechtsstaatsconcept. Het zou interessant zijn om de opvattingen van de Nederlandse auteurs te vergelijken met die van gerenommeerde buitenlandse auteurs. Ik denk dat Scheltema de meeste overeenkomsten vertoont met Kelsen (zijn rechtspositivisme) en Stahl (zijn formalisme), Van der Hoeven meer met Bentham (zijn rechtsrealisme en nadruk op de maatschappelijke orde) en Von Gneist (zijn nadruk op de vrijheid en de gemeenschap) en Burkens meer met Radbruch (vooral zijn natuurrechtelijke nadruk op de gerechtigheid) en Heller (nadruk op de dialectiek tussen vrijheid en gelijkheid).

Het wachten is dus nog op de Nederlandse Selznick en de Nederlandse Habermas. Wel zijn in het werk van Witteveen (1991) elementen van de benaderingen van Selznick en Habermas te erkennen. Bij Witteveen hebben wetten een symboolwerking. Wetten bevatten open normen die een nader interpretatie nodig hebben van de wetsgebruikers. De open normen van de wet moeten in steeds nieuwe omstandigheden inhoud krijgen. Dat gebeurt via een discussie over die normen in een interpretatiegemeenschap. De legitimiteit van wetgeving komt dus in twee etappes tot stand. Via communicatie tijdens de vaststelling en communicatie in de werkingsfase van wetten.⁹ De Jong en Dorbeck-Jung lijken zich als de Nederlandse vertegenwoordigers van Peirce en het filosofisch pragmatisme op te werpen.¹⁰ Al hebben we in paragraaf 7 gezien dat ze bij de verdere uitwerking van het concept meer richting Selznick lijken te gaan.

10 Thematische benadering

Bij de kritische benadering is naar voren gekomen dat er een potentiële spanning bestaat tussen de verschillende beginselen van de democratische rechtsstaat. Deze spanning (en de keuze voor de oplossing van deze spanning in een inhoudelijke of procedurele richting) komt nadrukkelijk naar voren als we het toepassen op een concreet onderwerp. Het onderwerp waarop ik het rechtsstaatsconcept als voorbeeld wil toepassen is ‘constitutionele toetsing’. Een keuze vóór of tegen constitutionele toetsing is op een afweging tussen verschillende beginselen gebaseerd. Daarbij spelen verschillen in politiek-theoretische (filosofische) opvattingen over de verhouding tussen de wetgever en de rechter en belangrijke rol. De verschillen spitzen zich toe op het rechtszekerheidsbeginsel en het democratiebeginsel.

Laten we als eerste het *rechtszekerheidsbeginsel* nemen. Vanuit rechtszekerheid zijn zowel argumenten vóór als tegen constitutionele toetsing aan te dragen. Tegen constitutionele toetsing kan worden aangevoerd dat door het vastleggen van regels in een formele wet op zich al is voldaan aan de eis vanuit het rechtszekerheidsbeginsel dat het overheidsoptreden een wettelijke grondslag dient te hebben. Het vastleggen van bepaalde regels in een Grondwet voegt daar op zichzelf niets aan toe. Een argument vóór constitutionele toetsing kan worden ontleend aan een andere eis van het rechtszekerheidsbeginsel, namelijk de eis dat de burger klachten over de overheid aan een onafhankelijke rechter kan voorleggen. Door constitutionele toetsing zijn niet alleen beslissingen van het bestuur, maar ook van de wetgever onderworpen aan de rechterlijke controle. De vraag is welk argument de doorslag moet geven. De kern van het rechtszekerheidsbeginsel is de voorspelbaarheid van het handelen van de overheid. Een belangrijk verschil tussen de Grondwet en andere formele wetten is dat de procedure van totstandkoming met meer waarborgen is omkleed. Meestal is een behandeling in meerdere ronden en een gekwalificeerde (bijv. 2/3de) meerderheid nodig voor een wijziging van de Grondwet. Dat de Grondwet minder snel kan worden gewijzigd is met andere woorden positief vanuit de optiek van de voorspelbaarheid van het overheidshandelen. De conclusie is daarom volgens mij dat vanuit het rechtszekerheidsbeginsel de argumenten vóór constitutionele toetsing zwaarder wegen dan de argumenten daartegen.

Laten we vervolgens het *democratiebeginsel* nemen. Van de drie door Scheltema genoemde eisen is alleen de eis relevant dat de regels voor het overheidsoptreden door de volksvertegenwoordiging worden opgesteld. Het gaat hier, zoals al eerder gezegd, om het formele wetsbegrip. Dit levert een belangrijk argument op tegen constitutionele toetsing. Formele wetten worden door volksvertegenwoordigers op

gesteld, die direct door de burgers zijn gekozen. De burgers hebben zo indirect invloed op de inhoud van de wetten. Rechters zijn niet door de burgers gekozen, maar worden door het bestuur benoemd. Een belangrijk argument vóór constitutionele toetsing vanuit het democratiebeginsel gaat uit van de status van de Grondwet ten opzichte van andere formele wetten. De volkswil is bij uitstek vervat in de Grondwet en heeft daarom voorrang boven de gewone formele wetten. Om een afweging te kunnen maken tussen beide argumenten moeten we terug naar de kern van het democratiebeginsel. Die kern is de invloed van burgers op het overheidshandelen. De conclusie moet daarom volgens mij zijn dat de argumenten tegen constitutionele toetsing bij het democratiebeginsel de doorslag geven. De invloed van de burgers is groter als de regels aansluiten bij de opvattingen van de burgers en worden aangepast als de opvattingen van de meerderheid van de burgers veranderen. De burgers kunnen andere volksvertegenwoordigers kiezen, die via een snelle procedure kunnen zorgen voor nieuwe formele wetten die overeenstemmen met de veranderde volkswil.

De tussenconclusie moet dus zijn dat we als we kijken naar de twee behandelde rechtsstaatsbeginselen afzonderlijk er geen eenduidige keuze kan worden gemaakt vóór of tegen constitutionele toetsing. Het rechtszekerheidsbeginsel pleit vóór, het democratiebeginsel juist tegen constitutionele toetsing. Om tot een standpunt te komen zal dus een afweging tussen rechtszekerheid en democratie moeten worden gemaakt. De uitkomst van die afweging is sterk afhankelijk van het politiek-theoretische standpunt dat wordt aangehangen. We zijn hier op het terrein van de uiteindelijke legitimiteit (de morele rechtvaardiging) van de staat. Op dit gebied kunnen twee verschillende standpunten worden ingenomen. In het ene standpunt ligt de legitimiteit uiteindelijk in de binding van het overheidsoptreden aan de volkswil: dit is het *democratische* standpunt. In het andere ligt de legitimiteit uiteindelijk in de binding van het overheidsoptreden aan het recht: dit is het *constitutionele* standpunt. Dit onderscheid kan verklaren waarom in de Verenigde Staten en Groot-Brittannië op het punt van constitutionele toetsing verschillende keuzes zijn gemaakt.

Groot-Brittannië heeft gekozen voor het democratische standpunt. Het heeft geen geschreven Grondwet en ook geen constitutionele toetsing. Achtergrond van de keuze is de leer van de soevereiniteit van het parlement. De wetgever is onschendbaar, omdat in haar beslissingen de wil van de meerderheid van het volk tot uiting komt. De leer van de parlementaire soevereiniteit is eind vorige eeuw door Dicey verwoord, maar stamt terug op de politieke theorie van John Locke (1960). Enkele centrale elementen uit diens politieke theorie zijn het idee van de 'consent of the governed' (de instemming van het volk met de regering), de wetgevende macht als de hoogste macht (met het primaat boven de uitvoerende macht) en de meerderheidsregel.

De Verenigde Staten koos het constitutionele standpunt en dus vóór constitutionele toetsing. Achtergrond van deze keuze is de politieke theorie van de auteurs van de ‘Federalist Papers’, een serie commentaren op de constitutie die rond 1787/1788 verscheen. Deze auteurs (Hamilton, Madison en Jay) verzetten zich tegen een te grote concentratie van de macht bij het parlement. De macht van het parlement moest worden beteugeld: aan de ene kant door een sterke president, aan de andere kant door de onafhankelijke rechter. Deze onafhankelijkheid van de rechterlijke macht vonden zij belangrijk voor het verzekeren van de rechten en vrijheden van de burger. Grondrechten van minderheden zouden anders door een meerderheid van het parlement kunnen worden geschonden. Zie voor de verschillen ook Zoethout (1995) en Reussing (1996).

Via deze thematische benadering is aangetoond dat er niet alleen een spanning bestaat binnen, maar ook tussen de verschillende beginselen in het rechtsstaatsconcept. Ook is aangetoond dat er in dat geval een afweging nodig is op basis van een duidelijk politiek-theoretisch (filosofisch) standpunt. Het onderwerp ‘constitutionele toetsing’ is hiervan een voorbeeld.¹¹ We kunnen hier een link leggen met onze hoofdvraag naar een inhoudelijke of procedurele oplossing voor de spanningen in de rechtsstaat. De keuze voor het democratische standpunt (en dus tegen constitutionele toetsing) is een keuze voor een meer procedurele oplossing: de wil van de meerderheid. De keuze voor het constitutionele standpunt (en dus voor constitutionele toetsing) is een keuze voor een meer inhoudelijke oplossing: de bescherming van de grondrechten en minderheden. Het belang van een grotere nadruk op meer inhoudelijke basiswaarden wijst (en hierin volg ik dus de opvatting van Burkens en Engels) in de richting van een keuze voor constitutionele toetsing. Het initiatief wetsontwerp van voormalig Groen Links fractievoorzitter Femke Halsema om invoering van constitutionele toetsing mogelijk te maken verdient daarom ondersteuning. Toetsing door de rechter van formele wetten aan de Grondwet maakt het namelijk mogelijk om een aantal inhoudelijke rechtsbeginselen (zoals het gelijkheidsbeginsel van artikel 1) een groter gewicht te geven. De Nederlandse Grondwet krijgt daardoor ook een duidelijkere plaats binnen het Europese en internationale systeem van grondrechten.

11 Conclusie

Omdat de legitimiteit van het overheidsgezag door een aantal ontwikkelingen (samen te vatten onder de noemer juridificering) in sterke mate onder druk staat, is er behoefte aan een nieuw rechtsstaatsconcept waarin een nieuwe oplossing wordt

gevonden voor de spanning tussen de formele en de materiële rechtsstaat. De hoofdvraag van dit artikel is of de oplossing voor deze spanning moet worden gezocht in een inhoudelijke of een procedurele richting. Deze vraag is in twee delen beantwoord. In het eerste deel zijn drie oplossingen vanuit het pragmatisme aan bod gekomen. De (uiteenlopende) theorieën van Selznick en Habermas hebben hun aantrekkelijke en hun minder aantrekkelijke kanten. De aantrekkelijke en minder aantrekkelijke kanten hangen nauw samen met de gevolgde aanpak. Bij Selznick gaat het vooral om inhoudelijke legitimiteit, bij Habermas om procedurele legitimiteit. Het pragmatische alternatief dat De Jong en Dorbeck-Jung (1997) is in die zin aantrekkelijker dat het minder eenzijdig is. In de eerste versie schieten ze nog te ver door in de richting van een proceduralisering in de geest van Habermas. Wil de democratische rechtsstaat zijn legitimiteit op de lange duur behouden dan is een concentratie op openheid als procedurele basiswaarde onvoldoende. Er moet een sterker accent worden gelegd op andere, meer inhoudelijke basiswaarden (zoals de basiswaarden van Selznick) die de integratie van individuen in de gemeenschap op het oog hebben. In een latere versie van hun alternatief (De Jong & Dorbeck-Jung, 2000) is hun benadering meer in evenwicht doordat ze bij de legitimiteit uitgaan van een responsief rechtsstaatsbegrip dat is ontleend aan Selznick (zie hiervoor vooral Nonet & Selznick, 1978).

De spanningen binnen de democratische rechtsstaat uit het eerste deel zijn ook terug te vinden in de benaderingen van de rechtsstaat in het tweede deel van dit artikel. In de thematische benadering heb ik aandacht besteed aan het onderwerp 'constitutionele toetsing'. Daarin kwam duidelijk de spanning naar voren tussen het democratiebeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel. Met een variant op het bekende pamflet van Ronald Dworkin 'A bill of rights for Britain' (1990) kan de vraag worden gesteld: constitutionele toetsing ook in Nederland? Waar sprake is van een spanning tussen verschillende beginselen is een afweging nodig op basis van een duidelijk politiek-theoretisch (filosofisch) standpunt om deze vraag te kunnen beantwoorden. Het belang van een grotere nadruk op meer inhoudelijke basiswaarden wijst volgens mij in de richting van een bevestigend antwoord. Een mix tussen inhoud en procedure is nodig waarbij de inhoud het uiteindelijke primaat heeft over de procedure. De democratische rechtsstaat kan alleen overleven als er overeenstemming bestaat over een minimum aan inhoudelijke basiswaarden die de burgers het gevoel geven dat ze lid zijn van een gemeenschap die hen als gelijken behandelt, die hun bestaan, hun vrijheid en hun identiteit beschermt en die de pretentie van gerechtigheid heeft. Dergelijke inhoudelijke beginselen (grondrechten) krijgen een groter gewicht via toetsing door de rechter van formele wetten aan de Grondwet.

Literatuur

- Bentham, J., *A fragment on government and an introduction to the principles of morals and legislation*, Oxford, 1967.
- Brecht, A., *Political theory*, New Jersey, 1959.
- Burg, W. van der, *Het democratisch perspectief*, Arnhem, 1991.
- Burkens, M.C., *Problemen in de rechtsstaat*, in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle, 1989, p. 63-71.
- Couwenberg, S.W., *De omstreden staat*, Alphen aan den Rijn, 1974.
- Dewey, J., *The public and its problems*, Chicago, 1954.
- Dorbeck-Jung, B.R., M.J. Oude Vrielink-van Heffen & G.H. Reussing, *Open normen en regeldruk*, Enschede, 2005.
- Dworkin, R., *A matter of principle*, Cambridge, Mass., 1985.
- Dworkin, R., *A bill of rights for Britain*, Londen, 1990.
- Ely, J.H., *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Cambridge, Mass., 1981.
- Engels, J.W.M. e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle, 1989.
- Engels J.W.M., *Rechtsstaat en staatsrecht. "Les quatre saisons"*, in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle, 1989, p. 73-86.
- Engels, J.W.M., *Constitutionele toetsing en machtscheiding*, in: P.B. Cliteur & M.R. Rutgers (red.), *De trias onder spanning*, Groningen, 1990.
- Gneist, R. von, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, Darmstadt, 1966.
- Habermas, J., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, 1992.
- Hamilton, A., J. Madison & J. Jay, *The federalist papers*, Oxford, 1948.
- Hart, H.L.A., *The concept of law*, Oxford, 1961.
- Heller, H., *Staatslehre*, Leiden, 1970.
- Hoekema, A.J., *Legitimiteit door legaliteit. Over het recht van de overheid*, Nijmegen, 1991.
- Hoeven, J. van der, *De rechtsstaat herdacht*, in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle, 1989, p. 1-9.
- Jong, H.M. de, *Norm en feit in de gemeente*, proefschrift, Enschede, 1989.
- Jong, H.M. de, *Democratie en rechtsstaat*, in: J.J.A. Thomassen (red.), *Hedendaagse democratie*, Alphen aan den Rijn, 1991, p. 34-51.
- Jong, H.M. de, *Twijfel en verantwoordelijkheid in het recht*, oratie, Enschede, 1992.
- Jong, H.M. de & B.R. Dorbeck-Jung, *Juridische staatsleer*, Bussum, 1997.
- Jong, H.M. de & B.R. Dorbeck-Jung, *Legitimate governance within the state*, in: H. Wagenaar (ed.), *Government institutions: Effects, changes and normative foundations*, Dordrecht/ Londen, 2000, p. 109-127.
- Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, Wenen, 1960.

- Koopmans, T., *Vergelijkend publiekrecht*, tweede druk, Deventer, 1986.
- Locke, J., *Two treatises of government*, Cambridge, 1960.
- Loewenstein, K., *Political power and the governmental process*, Chicago/ Londen, 1957.
- Mead, G.H., *Mind, self and society*, Chicago, 1962.
- Nonet, P & P. Selznick, *Law and society in transition. Towards responsive law*, New York, 1978.
- Peirce, C.S., *Values in a universe of change*, New York, 1966.
- Radbruch, G., *Rechtsphilosophie*, Stuttgart, 1963.
- Reussing, G.H., *Politiek-ambtelijke betrekkingen en het beginsel van de machtscheiding*, proefschrift, Enschede, 1996.
- Ridder, J. de, *Problematische kanten van toenemende juridificatie*, in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle, 1989, p. 191-205.
- Ruiters, D.W.P., H.M. de Jong & R.J. Jue, *Staatsrechtwetenschap en politicologie. Een onderzoek in het licht van de algemene staatsleer*, in: H.M. de Jong e.a., *Staatsrecht en politicologie*, staatsrechtconferentie 1983, Nijmegen, 1983.
- Scheltema, M., *De rechtsstaat*, in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle, 1989, p. 11-25.
- Schooten-van der Meer, J. van, *Regelvorming in de rechtsstaat*, proefschrift, Enschede, 1998.
- Selznick, P., *The moral commonwealth. Social theory and the promise of community*, Berkeley, 1992.
- Stahl, F.J., *Die Philosophie des Rechts*, Hildesheim, 1963.
- Stout, H.D., *De betekenissen van de wet*, proefschrift, Zwolle, 1994.
- Tans, O.J., *Het constitutionele theater*, proefschrift, Amsterdam, 2003.
- Thomassen, J.J.A., *Democratie, problemen en spanningsvelden*, in: J.J.A. Thomassen (red.), *Hedendaagse democratie*, Alphen aan den Rijn, 1991, p. 15-33.
- Werner, W., *Het recht geworden woord*, proefschrift, Enschede, 1995.
- Witteveen, W.J., *Evenwicht van machten*, oratie, Zwolle, 1991.
- Zoethout, C.M., *Constitutionalisme*, proefschrift, Arnhem, 1995.

Noten

- 1 Dit artikel is een bewerking van een college voor het vak Algemene Beginselen van het Recht II aan de Universiteit Twente, waarin het boek 'Juridische staatsleer' van Huib de Jong en Bärbel Dorbeck-Jung (1997) is behandeld. Hij bedankt de beide auteurs voor hun steun en ideeën.
- 2 Zie voor een nadere uiteenzetting over het pragmatisme De Jong (1989: 24-32 en 1992). Zelf heb ik het pragmatisme (of pragmaticisme) samengevat als het aandacht hebben voor het betekenisvolle, intersubjectieve, dynamische en open karakter van de sociale werkelijkheid (Reussing, 1996: 31-33).

- 3 Zie voor een overzicht van de ontwikkeling van de juridische staatsleer (staatstheorie) en haar relatie met de politieke wetenschap Couwenberg (1974) en Ruiters e.a. (1983). Een goed voorbeeld van een buitenlandse auteur die beide disciplines probeerde te integreren is Loewenstein (1957).
- 4 De blijvende actualiteit van deze vraag is dit jaar bevestigd in de uitzendingen van omroep HUMAN waarin een filosofisch kwintet (in wisselende samenstelling) onder leiding van presentatrice Clairy Polak en filosoof Ad Verbrugge debatteerde over de kwaliteit van de rechtsstaat.
- 5 Zie voor een beschrijving van de ontwikkeling die Radbruch heeft doorgemaakt in zijn denken, van rechtspositivisme tot een bescheiden vorm van natuurrecht, Brecht (1959: 357-361).
- 6 Een verwante discussie vindt plaats in rechtswetenschappelijke denken over democratie. Waar Ely (1981) een procedurele opvatting heeft over democratie vindt Dworkin (1985) dat we daarbij ook de inhoudelijke uitkomsten van procedures moeten betrekken. Zie Van der Burg (1991: 51-59).
- 7 Een mogelijke vorm is wettelijk geconditioneerde zelfregulering. Zie voor de effecten hiervan op de regeldruk op drie beleidsterreinen: Dorbeck-Jung, Oude Vrielink-van Heffen & Reusing (2005).
- 8 Engels (1990) houdt een vergelijkbaar pleidooi voor constitutionele toetsing vanuit het perspectief van het beginsel van de machtenscheiding. In zijn bijdrage aan het congres 'De rechtsstaat herdacht' kan Engels (1989) zich verder grotendeels vinden in de benadering (het meerdimensionale karakter in de geest van Schindler) van Scheltema. Zijn bezwaren richten zich vooral op de argumenten op grond waarvan hij voor het door hem ontwikkelde begrip van de rechtsstaat algemene geldigheid claimt.
- 9 Zie voor een nadere uitwerking van de ideeën van Witteveen over het belang van communicatie voor de legitimiteit van de rechtsstaat Stout (1994), Van Schooten-van der Meer (1998) en Tans (2003).
- 10 Zie voor een beschouwing over de relatie tussen het pragmatisme en het rechtspositivisme Werner (1995: 167-181). Hij bepleit daar een pragmatisch rechtspositivisme dat een mogelijke oplossing biedt voor het probleem van de verhouding tussen de gelding en de werking van rechtsregels.
- 11 Het is ook een voorbeeld van de vergelijkende benadering. Deze is in Nederland op een voortreffelijke manier beoefend door Koopmans (1986) in zijn 'Vergelijkend Publiekrecht'.