

*Ella van Dommelen, Constitutionele rechtspraak vanuit rechtsfilosofisch perspectief (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, 242 p.*

Begin mei 2005 overleed onverwachts de filosofe Ella van Dommelen. Van Dommelen studeerde filosofie en promoveerde in 2003 aan de faculteit der wijsbegeerte van de Universiteit van Amsterdam op het proefschrift *Constitutionele rechtspraak vanuit rechtsfilosofisch perspectief*. Van dat boek volgt hier een bespreking.

De fundamentele vraag die Van Dommelen in haar dissertatie centraal stelde, is een klassieker en kan – simpel gesteld – als volgt worden omschreven: onder welke condities is het legitiem dat (hoge) rechters over de mogelijkheid beschikken om hele wetten buiten werking te stellen omdat zij naar hun oordeel in strijd met de grondwet zijn? Het onderzoek van Van Dommelen beperkt zich tot de kwestie van constitutionele toetsing van ‘formele wetgeving’: de rechterlijke bevoegdheid om wetten die afkomstig zijn van de formele wetgever te toetsen aan de grondwet. Daarbij kijkt zij uitsluitend naar de toetsing aan klassieke grondrechten die ook wel als politieke rechten en als vrijheidsrechten bekend staan: bijvoorbeeld het actief en passief kiesrecht, het discriminatieverbod, de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van meningsuiting.

Dat is een actueel onderwerp, vooral ook in Nederland, waar nog steeds een inmiddels omstreden constitutioneel toetsingsverbod bestaat. Het onderhavige filosofische onderzoek neemt echter niet de actualiteit tot uitgangspunt, maar neemt als vertrekpunt een viertal hedendaagse rechtsfilosofische posities. Op zoek naar een eigen visie op de legitimiteit van constitutionele rechtspraak gaat de auteur eerst na hoe die legitimiteit vanuit die vier (elkaar grotendeels uitsluitende) posities moet worden gedacht. In vier opeenvolgende hoofdstukken worden de normatieve theorieën besproken van respectievelijk Ingeborg Maus; John Hart Ely en Jürgen Habermas; Ronald Dworkin en Roberto Mangabeira Unger.

In de sterk wetspositivistisch gekleurde theorie van Maus is voor constitutionele toetsing geen plaats, omdat in een democratie waarin de soevereiniteit bij het volk ligt, het politieke primaat bij de wetgever en in geen geval bij de rechter hoort te liggen. De rechter is in deze visie slechts een hulpje van de wetgever dat zich bezighoudt met de strikte toepassing van de onschendbaar geachte wet. Ely en Habermas zien wel een rol weggelegd voor constitutionele toetsing, die, weinig verbazingwekkend, sterk proceduralistisch van aard is. De constitutionele rechter moet de kwaliteit van het democratische proces bewaken en mag pas in het geweer komen als dat proces, bijvoorbeeld bij de totstandkoming van regelgeving, niet naar behoren heeft gefunctioneerd. Volgens Dworkin moet de constitutionele rechter juist een inhoudelijke toets aanleggen: hij moet beoordelen of wetgeving in overeenstemming kan worden geacht met aan de constitutie ten grondslag liggende waarden en beginselen, zoals het beginsel van 'equal concern and respect'. Unger, ten slotte, is iemand die elk onderscheid tussen recht en politiek ontkent en in het verlengde daarvan in de rechter een bijzondere politieke actor ziet. De rechter-politicus heeft bij Unger een bij uitstek creatieve taak: hij moet, in de woorden van Van Dommelen (p. 113), 'bijdragen aan het uitdenken en vormgeven van alternatieve institutionele mogelijkheden', met als doel 'de ondermijning van alle vormen van sociale opdeling en hiërarchieën'.

Met de gedetailleerde uiteenzetting van deze posities is het leeuwendeel van het proefschrift gemoeid. Vervolgens bespreekt en vergelijkt de auteur de verschillende standpunten en betreft dan ook zelf een stelling. Kort samengevat wijst Van Dommelen de negatieve houding tegenover constitutionele toetsing van Maus van de hand, evenals het proceduralisme van Ely en Habermas. Ook Dworkin moet het bij Van Dommelen ontgelden, omdat hij te veel vanuit abstracte waarden redeneert en te weinig vanuit de wijze waarop die waarden feitelijk zijn gerealiseerd in bestaande instituties en praktijken. Unger krijgt van haar het verwijt dat zijn originele, utopisch aandoende gedachten over de 'destabiliserende' aard van recht en 'analoge' rechtsvinding te ver verwijderd blijven van de constitutionele rechtspraktijk van bijvoorbeeld, om bij de 'gevalstudie' te blijven die Van Dommelen in haar proefschrift onderneemt, het Duitse *Bundesverfassungsgericht*.

Toch is het het activistische denken van Unger, en van de met hem verwante gematigde variant van de Amerikaanse *Critical Legal Studies-movement* (CLS), dat bij Van Dommelen op de meeste sympathie kan rekenen. Van Unger neemt zij de radicale stelling over dat recht en politiek, althans op het terrein van constitutionele rechtspraak, niet van elkaar kunnen worden gescheiden. Uit dezelfde hoek komt haar opvatting dat procedurele en inhoudelijke kwesties in het rechterlijke beslissingsproces niet van elkaar kunnen worden gescheiden. En ook één van haar voornaamste conclusies is

op het werk van Unger geïnspireerd: dat de vraag naar de legitimiteit van constitutionele rechtspraak steriel blijft, als zij wordt losgemaakt van de wijze waarop die activiteit institutioneel is vormgegeven.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Eleven international publishing and made available to anonieme bezoeker

In het laatste hoofdstuk van haar proefschrift doet Van Dommelen concrete voorstellen om constitutionele toetsing institutioneel vorm te geven en, zowel procedureel als inhoudelijk, democratisch te legitimeren. De auteur pleit er bijvoorbeeld voor dat 'de organisatie en bevoegdheden van het constitutionele hof in de grondwet moeten zijn vastgelegd' (p. 196). Een grondwetswijziging te dien aanzien zou bij voorkeur per referendum aan de bevolking moeten worden voorgelegd. Voorts is de auteur er voorstander van dat rechters een getrouwe afspiegeling van de samenleving vormen. Interessant is dat zij ook pleit voor invoering van een aangepaste vorm van de in Canada bestaande *notwithstanding clause*, een regeling die de wetgever in staat stelt om bepaalde wetten aan constitutionele toetsing te onttrekken. Daarmee zou mogelijk een beter, want meer dynamisch evenwicht tussen de wetgevende en de rechterlijke debat worden bereikt en bovendien het publieke debat worden bevorderd (p. 201-206).

Van Dommelen concludeert dat constitutionele rechtspraak pas legitiem is als zij, in dienst van de democratie, 'op de bevordering van een vrij en open menings- en wilsvormingsproces is gericht' (p. 206 en 212). Alle suggesties die zij doet, moeten uiteindelijk bijdragen aan versterking en verlevendiging van het democratische spel. Zij stelt zelfs dat constitutionele rechters zich vooral op 'de bescherming van politieke communicatierechten' zouden moeten richten, zoals 'vrijheid van meningsuiting, persvrijheid of omroepvrijheid' (p. 200). Deze rechten zouden fundamenteeler zijn dan andere vrijheidsrechten, omdat ze niet alleen voor het individu, maar ook voor het democratische proces onmisbaar zijn. De auteur portretteert constitutionele rechters met andere woorden in de eerste plaats als aanjagers van het democratische proces. Dat zullen misschien maar weinigen uiteindelijk met haar eens zijn, maar deze benadering is wel uitdagend en origineel te noemen.

Op het proefschrift van Van Dommelen is kritiek mogelijk, vooral op de (geïsoleerde) gevalstudie en op sommige van haar voorstellen in het laatste hoofdstuk van het boek. Maar de meerwaarde ervan is niet alleen gelegen in de uitvoerige uiteenzetting van de verschillende rechtsfilosofische posities die hierboven al even werden aangestipt. Die meerwaarde ligt ook in de actualiteit en de discussiebereidheid van dit boek dat zonder meer aanzet tot denken, tot verder onderzoek uitnodigt en dat op iedereen die in dit onderwerp is geïnteresseerd een prikkelende uitwerking zal hebben.

Wouter Veraart (Amsterdam)