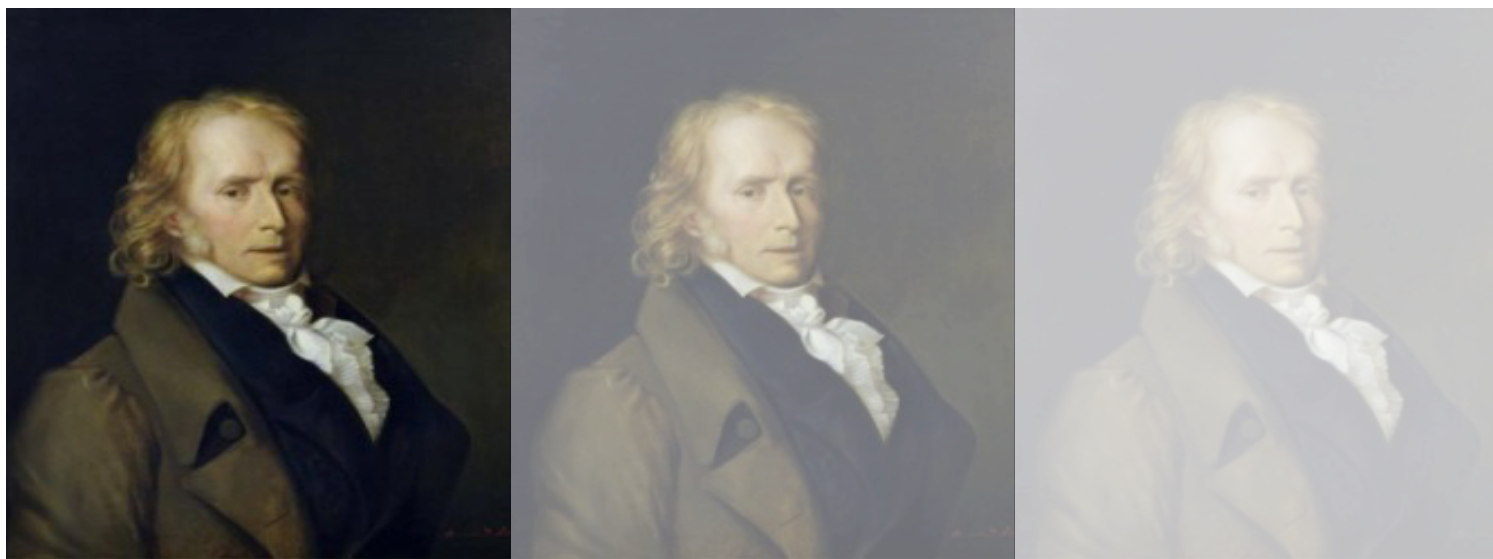


# Rechtsstatelijke impasse



Een onderzoek naar de theorie van de *pouvoir neutre* van Benjamin Constant vanuit rechtsstatelijke beginselen.

R.L. Franken

Oktober 2015

Onder supervisie van prof. dr. G.C.G.J van Roermund & dr. G. van der Schyff

## VOORWOORD

---

Voor u ligt mijn scriptie ter afronding van de Research Master in Law, iets later dan gepland. Niet zozeer omdat mijn aandacht regelmatig uitging naar activiteiten zoals werk, sport, sociale gelegenheden en overig studie ontwijkend gedag. De vertraging werd voornamelijk veroorzaakt door mijn brede interesses, weerspiegeld in een vakkenpakket bestaande uit diverse staatsrechtelijke, politicologische, rechtshistorische en rechtsfilosofische vakken. Zie dan maar eens iets te kiezen voor een scriptie.

Zoals de beroemde filosoof J. Cruijff reeds stelde moet er vaak wat gebeuren voordat er wat gebeurt. In mijn geval vormde een paper dat ik schreef in het kader van het vak *Principles of Law* aanleiding voor het nader bestuderen van een bepaald onderwerp, onder supervisie van Bert van Roermund. Het duurde overigens nog een jaar voordat de aanverwante scriptie enige vorm begon te krijgen, maar dat geheel terzijde. Ik ben Bert dan ook erg dankbaar. Vooral voor zijn eeuwige geduld en vertrouwen, zijn vermogen om complexe filosofische concepten te vertalen in voor mij begrijpelijke taal - "sovereiniteit is eigenlijk een selfie" - en de richting die hij gaf als ik weer eens inhoudelijk afdwaalde of wilde gaan fietsen. Ook ben ik mijn tweede begeleider, Gerhard van der Schyff, veel dank verschuldigd. Door zijn positief kritische houding en de bereidheid om altijd mee te denken voelde ik me vrij om over mijn onderwerp te praten, ook als ik vastliep. Erik-Jan Broers, zeer gewaardeerde kamergenoot en cinematografische vriend, was altijd in voor goede filosofische gesprekken en zorgde voor welkome afleiding tijdens het schrijfproces. Dit geldt eveneens voor Karlijn van Blom en haar snoeptrommel. Trix van Erp nam mij als student-assistent onder haar hoede en liet mij kennis maken met de rechtshistorie, zowel tijdens als buiten kantooruren. Het is mij dan ook een eer dat zij in mijn afstudeerpanel plaats wilde nemen, wat dat betreft is de cirkel mooi rond. Dit brengt me tot Paul Zoontjens, die eveneens lid is geworden van eerder genoemd panel waardoor de noodzakelijke "Tilbörgse bijdrage" is gewaarborgd. Ook Lex Michiels wil ik bedanken, voor zijn redactionele bijdrage en kritische vragen. Mijn teammanager Remco Jansen heeft mij in mijn baan alle ruimte geboden om studie gerelateerde activiteiten te ontplooiën en dacht mee als ik vast dreigde te lopen.

Ik ben in het gelukkige en dankbare bezit van een fijne familie- en vriendenkring en ik zou pagina's kunnen vullen met bedankjes en anekdotes, maar ik herinner mij iets van "Meister und Beschränkung"... In Ilona Bierkens en Vera Cromptvoets heb ik behalve studiemaatjes ook fijne vriendinnen gevonden. Vele etentjes zullen volgen, inclusief de nodige flessen wijn. Mieke van der Linden en Shavana Musa waren altijd geïnteresseerd en deelden hun ervaringen als promovenda. Mijn ouders hebben mij altijd gemotiveerd om mijzelf te blijven ontwikkelen en uit te dagen. Onderwijs is een groot goed en waarschijnlijk het mooiste cadeau wat ze mij hebben gegeven. Mijn lieftallige broers konden het niet laten om zo nu en dan iets op te merken over 'nog-niet afgestudeerden' en 'luie ambtenaren'. De balans aan de eettafel is nu gelukkig hersteld.

## INHOUDSOPGAVE

Voorwoord.....	1
Inleiding.....	4
De zaak Eluana Englaro.....	5
Probleemstelling.....	7
Methode en opbouw.....	8
Hoofdstuk 1: Benjamin Constant.....	10
§ 1.1. Soevereiniteit, vrijheid en autoriteit.....	10
§ 1.2. Regering.....	13
§ 1.3. Representatie.....	15
§ 1.4. Neutrale macht.....	17
§ 1.5. De Wetgever.....	19
§ 1.6. Het Tribunaat en de Dictatuur.....	21
§ 1.7. Conclusie: Neutrale macht als waarborg?.....	22
Hoofdstuk 2: Neutrale macht en het meerderheidsbeginsel.....	24
§ 2.1. Democratie.....	24
§ 2.2. “De tirannie van de meerderheid”.....	26
§ 2.3 The Countermajoritarian force.....	29
§ 2.4 Conclusie: Neutrale macht in democratie?.....	33
Hoofdstuk 3: Neutrale macht en representatie.....	36
§ 3.1. Representatie binnen democratie.....	36
§ 3.2. Representatie nader bekeken.....	38
§ 3.3. Vormen van representatie.....	41
§ 3.4. The mandate-independency controversy.....	43
§ 3.5. Het algemeen belang als onderwerp van representatie.....	44
§ 3.6. Conclusie: Neutrale macht als schakel tussen representant en volk?.....	46
Hoofdstuk 4: Neutrale macht in machtsevenwicht.....	48
§ 4.1. Oorsprong van de doctrine.....	48
§ 4.2. John Locke (1632-1704).....	51
§ 4.3. Montesquieu (1689-1755).....	54
§ 4.4. The Federalist Papers.....	57
§ 4.5. Analyse van de evenwichtsmetafoor.....	59
§ 4.6. Conclusie: Neutrale macht als scheidsrechter?.....	62

Hoofdstuk 5: Neutrale macht in neutraliserende elementen .....	64
§ 5.1. Constitutioneel neutrum.....	64
§ 5.2. ‘Le Roi règne, mais ne gouverne pas’ .....	66
§ 5.3. De koning als pouvoir neutre .....	67
§ 5.4. Neutraliserende elementen .....	69
§ 5.5. Het Nederlandse tweekamerstelsel .....	70
§ 5.6. Legitimiteit in neutraliteit.....	73
§ 5.7. Conclusie: Neutrale macht in de vorm van neutrum en neutraliserende elementen.....	74
Conclusie.....	76
Het meerderheidsbeginsel.....	76
Representatie.....	77
Machtsevenwicht .....	77
Alternatieve visie .....	78
Toekomstvisie .....	79
Bibliografie .....	80
Boeken & Tijdschriftartikelen .....	80
Overige.....	85

## INLEIDING

---

“La variété, c’est de l’organisation: l’uniformité, c’est du mécanisme. La variété, c’est la vie: l’uniformité, c’est la mort.”

Uit: *De l’esprit de conquête et de l’usurpation dans leur rapports avec la civilisation européenne.*  
Benjamin Constant, 1814.

In de geschiedenis van het westerse politieke gedachtegoed staat al eeuwenlang de vraag centraal hoe vrijheid kan worden verenigd met autoriteit. Enerzijds betreft dit een ontwikkeling over de opvattingen rondom gedeelde waarden zoals rechtvaardigheid, individuele vrijheid, gelijkheid en eigendom. Anderzijds betreft het de discussie over de institutionele structuur die noodzakelijk is om deze waarden vorm te geven en te beschermen. Juist omdat opvattingen rondom politieke waarden variëren en veranderen is er een institutionele structuur nodig die zowel ruimte voor verandering als stabiliteit biedt. Sinds de Amerikaanse en Franse revoluties van de 18<sup>e</sup> eeuw behelst een van de grootste constitutionele vraagstukken op welke manier een staat het beste kan worden ingericht, zodanig dat machtsmisbruik, repressie en willekeur zoveel mogelijk worden voorkomen. Dit is onlosmakelijk verbonden met de wens dat iedere onderdaan van de staat zoveel mogelijk individuele vrijheid geniet en gelijke rechten heeft ten opzichte van zijn mede-onderdanen. In de westerse liberale democratie is de staatsinrichting gestoeld op enkele fundamentele principes: het democratisch principe van de volkssoevereiniteit en het liberale principe van de machtenscheiding.<sup>1</sup> Samen met beginselen als onvervreemdbare grondrechten en het meerderheidsbeginsel vormen zij de basis van ons hedendaagse staatsbestel.

Terwijl de uitoefening van staatsmacht essentieel is voor het beschermen van individuele vrijheid en waarden, moet deze staatsmacht op haar beurt worden beperkt zodat zij geen verwoestend effect heeft op hetgeen zij dient te beschermen. Binnen het constitutionalisme wordt de erkenning van de essentiële rol van de overheid in de samenleving onlosmakelijk verbonden met het feit dat diezelfde overheid moet worden beperkt bij de uitoefening van macht. Met betrekking tot deze opvatting is de doctrine over machtenscheiding de leidende theorie van de moderne tijd.<sup>2</sup>

Sinds het ontstaan van de doctrine van de machtenscheiding is de maatschappij zodanig ontwikkeld, dat dit ook invloed heeft op de ontwikkeling van de doctrine. De gedachte dat een te grote concentratie van macht moet worden tegengegaan is gebleven, maar de invulling daarvan verschilt. Niet alleen wanneer er een vergelijking wordt gemaakt van deze invulling op basis van historie, maar ook wanneer er een hedendaagse vergelijking wordt gemaakt tussen staten. De doctrine en haar invulling hangen ook op een andere manier samen: als tweerichtingsverkeer. Enerzijds kan er worden gekeken vanuit het

---

<sup>1</sup> S.W. Couwenberg, “De Trias voorbij? Een alternatieve visie op machtenscheiding en machtsevenwicht”, in: P.B. Cliteur & M.R. Rutgers (red.), *De Trias onder spanning*, Groningen: Wolters-Noordhoff, 1990, p. 109.

<sup>2</sup> M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the separation of powers*, Oxford; Clarendon Press, 1967, p. 1-2.

model naar de werkelijkheid, maar anderzijds kan de werkelijkheid het model ook aanpassen.<sup>3</sup> In dit licht is het niet verwonderlijk dat de eigentijdse interpretatie van machtscheiding uitmondt in een systeem van *checks and balances*: een systeem waarin verschillende machten elkaar in evenwicht houden door het bieden van tegenkracht. Dit hoeft niet noodzakelijk ingevuld te worden op basis van een driedeling; het bipolaire constitutionalisme spreekt bijvoorbeeld over een tweedeling met enerzijds de rechter en anderzijds de politieke instituties, waaronder wetgever en bestuur.<sup>4</sup> Staatsmachten behoeven dus niet alleen een onderlinge verdeling, maar ook een onderling evenwicht waardoor instabiliteit wordt voorkomen.<sup>5</sup>

### DE ZAAK ELUANA ENGLARO

Bovenstaand tweerichtingsverkeer leidt tot hedendaagse praktische problemen met betrekking tot de leer van de machtscheiding. Het conceptuele probleem van het machtsevenwicht dat voortvloeit uit de leer van de machtscheiding, behelst namelijk de vraag wat er moet gebeuren wanneer de verschillende machten het niet eens worden over de vraag of het evenwicht voldoende gestalte krijgt. Praktisch betekent dit dat wetgever, bestuur en/of rechter niet overeen komen wat betreft hun visie op het algemeen belang, iets dat kan leiden tot conflicten. Een voorbeeld in dit licht is de zaak rondom de Italiaanse Eluana Englaro. Na een auto-ongeluk raakte zij op 21-jarige leeftijd in coma en verkeerde sindsdien in een zogenaamde permanent vegetatieve staat. Euthanasie is niet toegestaan in Italië en er bestaat geen wetgeving betreffende wilsverklaringen, vooraf gegeven instructies of een soortgelijk juridisch instrument waarmee voorafgaand toestemming kan worden gegeven omtrent medisch handelen.<sup>6</sup> Als gevolg hiervan baseren Italiaanse rechtbanken en *academici* zich op algemene principes, afkomstig van verschillende juridische bronnen, waardoor consensus over levensbeëindiging voor patiënten in een permanent vegetatieve staat ontbreekt.<sup>7</sup> Englaro's vader diende verschillende verzoeken tot levensbeëindiging in, alle afgewezen door diverse rechtbanken om verschillende en onderling tegenstrijdige redenen. Uiteindelijk kende het Italiaanse Hof van Cassatie<sup>8</sup> (*Corte di Cassazione*) het verzoek toe.<sup>9</sup> Dit vonnis leidde tot enorme politieke onrust, waarbij buiten het Hof van Cassatie ook de regering, de president, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en zelfs het Vaticaan betrokken raakten. De regering Berlusconi ontwierp op de valreep een wet

---

<sup>3</sup> W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1991, p. 15.

<sup>4</sup> T. Koopmans, *Courts and Political Institutions: A Comparative View*, Cambridge: University Press, 2003, p. 39-40.

<sup>5</sup> G.E. Thurow, "The separated and balanced Constitution", in: *Texas Law Review* 1990/21, p. 2389-2405.

<sup>6</sup> Overigens bestaat er wel een wet die patiënten toestaat om medische behandeling te weigeren op basis van hun lichamelijke onaantastbaarheid, maar dit artikel geldt slechts voor patiënten die wilsbekwaam worden geacht. Zie artikel 13 van de Italiaanse Grondwet.

<sup>7</sup> S. Biondi, "Can good law make up for bad politics? The case of Eluana Englaro", in: *Medical Law Review*, 2009/17, p. 447.

<sup>8</sup> Dit Hof verzekert als hoogste rechter nauwkeurige inachtneming en eenvormige uitleg van de wet, de eenheid van het nationale objectieve recht en de eerbiediging van de bevoegdheidsgrenzen van de onderscheiden rechterlijke instanties; het beslecht de competentiegeschillen tussen rechterlijke instanties en vervult andere bij de wet opgedragen taken. Zie artikel 111 van de Italiaanse Grondwet, en artikel 65 e.v. van het besluit op de rechterlijke organisatie (*Ordinamento giudiziario*). Zie voor een uitgebreide beschrijving over de inrichting van de rechterlijke macht L.F.M. Besselink et al., *Het staatsrecht van de landen van de Europese Unie* (8<sup>e</sup> druk), Deventer: Kluwer, 2012, pp. 230-238.

<sup>9</sup> Corte di Cassazione, *Sentenza no. 21748*, 17 oktober 2007.

die het weigeren van toediening van vocht en voeding door of namens wilsonbekwame patiënten verbiedt. Hoewel deze wet nooit van kracht werd, is het ontwerp nog niet van tafel.<sup>10</sup> Na de rechterlijke uitspraak verbood de toenmalige minister van Volksgezondheid Maurizio Sacconi alle ziekenhuizen Englaro op te nemen, op straffe van het stopzetten van staatsfinanciering.<sup>11</sup> Uiteindelijk is Englaro overleden in een privékliniek. Opmerkelijk is dat haar overlijden gelijktijdig plaatsvond met een debat in de Senaat over een spoedwet waarmee euthanasie alsnog kon worden verboden. Eerder had president Giorgio Napolitano geweigerd om een door premier Berlusconi ingediend decreet te ondertekenen, omdat hij een rechterlijke uitspraak niet wilde doorkruisen.<sup>12</sup> Wanneer er geen wet bestaat of als een bestaande wet in tegenspraak is met de dagelijkse praktijk, moeten rechters in concrete situaties toch met oplossingen komen. Wat dat betreft lijkt bovenstaande casus enigszins op de Nederlandse situatie in de jaren '80, waarbij rechters zich ook moesten uitspreken over het handelen van artsen die euthanasie hadden verleend, hoewel euthanasie toentertijd verboden was. In feite legden de rechters op die manier de basis voor de latere euthanasiewetgeving.<sup>13</sup> Er zijn meer internationale voorbeelden waarbij de rechter zich een activistische houding aanmeet, met als bekende voorbeelden het Duitse *Bundesverfassungsgericht* en het Amerikaanse *Supreme Court*. Het Duitse Hof heeft een sterk activistische positie binnen het Duitse staatsbestel en beïnvloedt daarmee niet alleen de verhouding tussen de rechterlijke en de wetgevende macht, maar ook de verhouding tussen het Duitse constitutionele hof en het Europese Hof van Justitie.<sup>14</sup> Ook het Amerikaanse Hof heeft een sterke positie ten opzichte van de wetgever, getuige de uitspraken die het deed omtrent racisme, het vastzetten van gevangenen die worden verdacht van terrorisme, de doodstraf en recentelijk het homohuwelijk en *Obamacare*.<sup>15</sup> Op zichzelf is dat niet problematisch, het kan zelfs een uitkomst bieden wanneer de wetgever zijn vingers niet durft te branden aan politiek gevoelige kwesties. Het wordt echter wel een probleem wanneer – zoals rondom de Italiaanse casus – wetgever, bestuur en rechter het onderling niet eens worden en elkaar zelfs tegenwerken.

Ook op nationaal niveau zijn er voorbeelden te vinden van 'schurende machten', hoewel deze niet tot eenzelfde constitutionele crises hebben geleid als in Italië. Zo is er de zaak van de Groningse wietelers uit 2014, waarin de rechter de verdachten schuldig oordeelde, maar hen geen straf oplegde omdat er sprake was van een verantwoordelijke bedrijfsvoering.<sup>16</sup> Door deze uitspraak wordt het softdrugsbeleid van de regering ondermijnd en het grensgebied tussen de wetgevende en rechtsprekende macht

---

<sup>10</sup> Zie voor een uitgebreide reconstructie van de Englaro casus S. Moratti, "The Englaro Case: Withdrawal of Treatment in Italy from a Patient in a Permanent Vegetative State", in: *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 2010/3, pp. 372-380

<sup>11</sup> Ontleend aan <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2009-0575+0+DOC+XML+V0//EN&language=pl>, laatst geraadpleegd op 18 augustus.

<sup>12</sup> S. Biondi, "Can good law make up for bad politics? The case of Eluana Englaro", *supra* n. 6, p. 452-453.

<sup>13</sup> HR 27 november 1984, *NJ* 1985, 106 (*Schoonheim*); HR 21 juni 1994, *NJ* 1994, 656 (*Chabot*); HR 5 december 1995, *NJ* 1996.

<sup>14</sup> L.A. Graglia, "It's not Constitutionalism, it's Judicial Activism", in: *Harvard Journal of Law and Public Policy*. 1996/2, p. 293-300. Zie ook de Solange I en II arresten, evenals het Maastrichtarrest en het Lissabonarrest van het Duitse constitutionele Hof.

<sup>15</sup> Zie voor een compleet overzicht van de zogenoemde *Landmark cases* <http://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/supreme-court-landmarks>.

<sup>16</sup> Rb. Groningen 16 oktober 2014, ECLI.NL:RBNNE:2014:5043

geraakt. Dit kan ook andersom voorkomen, bijvoorbeeld wanneer parlementariërs zich uitlaten over mogelijke rechterlijke beslissingen, zoals staatssecretaris Teeven deed in 2013 rondom de zaak van Volkert van der G.'s proefverlof. Door de politieke versplintering en de verschillende samenstelling van de Eerste en Tweede Kamer is het ook niet ondenkbaar dat er binnen de wetgevende macht een patstelling ontstaat, bijvoorbeeld wanneer de Eerste Kamer zich politiek actief opstelt door regeringsvoorstellen te verwerpen.

## PROBLEEMSTELLING

Hoewel bovenstaande voorbeelden betrekking hebben op verschillende aspecten van de leer van de machtenscheiding en dus naar hun aard verschillend zijn, hebben zij alle betrekking op een gemeenschappelijke deler. Wanneer de verschillende machten zich bevinden in een systeem van *checks and balances* waarin zij elkaar in evenwicht moeten houden, is het de vraag wat er gebeurt wanneer zij het oneens blijven over de invulling van dat evenwicht. De Franse politiek denker Benjamin Constant (1767-1830) onderkende dit probleem, daarbij voortbordurend op de theorie van onder andere Jean-Jacques Rousseau (1712-1778). Zowel Rousseau als Constant beschrijven enkele autocratische figuren in hun voornamelijk liberale theorie over staatsinrichting. Constant tracht het probleem van het machtsevenwicht op te lossen door een neutrale vorm van macht in stellen, de zogenaamde *pouvoir neutre*. Deze vorm van macht heeft een bemiddelende functie betreffende de andere drie staatsmachten en grijpt in wanneer het machtsevenwicht dreigt te worden verstoord. De vraag is echter of zo'n autocratisch element strookt met democratische principes van de rechtsstaat zoals het meerderheidsbeginsel, representatie en machtsevenwicht.

Het conceptuele probleem van de doctrine van machtenscheiding en het daaruit voortvloeiende machtsevenwicht vormt samen met de theorie van Benjamin Constant het startpunt voor deze thesis. De probleemstelling van dit onderzoek wordt opgesplitst in een doel- en een vraagstelling. In de doelstelling komt het doel van dit onderzoek naar voren. De vraagstelling sluit hierop aan en geeft concreet weer waar dit onderzoek zich op concentreert en op welke vraag het onderzoek antwoord geeft. De centrale vraagstelling van dit onderzoek is dan ook:

Is de instelling van neutrale macht binnen een democratische rechtsstaat volgens de theorie van Benjamin Constant, te verenigen met de rechtsstatelijke beginselen als het meerderheidsbeginsel, representatie en machtsevenwicht en kan er indien nodig een alternatieve visie worden ontwikkeld?

De doelstelling van dit onderzoek is om de theorie van Benjamin Constant en de *pouvoir neutre* inzichtelijk te maken, de concepten van het meerderheidsbeginsel, representatie en machtsevenwicht uiteen te zetten zodat uiteindelijk kan worden geanalyseerd of Constants theorie al dan niet kan worden verenigd met genoemde rechtsstatelijke beginselen.



## METHODE EN OPBOUW

Deze thesis betreft ten principale een rechtsfilosofisch onderzoek. Daarom beoogt het ten eerste en voornamelijk een conceptuele analyse. De basis van de analyse wordt gevormd door een zorgvuldige auteursstudie van Benjamin Constant, vooral van zijn politieke werk *Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France* uit 1815. De lectuur is in eerste instantie gebaseerd op de gezaghebbende vertalingen van Hoffman en O’Keefe uit 2003, waar nodig aangevuld met bestudering van de Franse tekst in de uitgave van Devaux en Cabanis uit 2001. In het kader van de analyse van Constant is ook *Du contrat social ou principes du droit politique* van Rousseau uitvoerig bestudeerd, in eerste instantie gebaseerd op de vertaling van Van Den Braak en Van Roermund uit 1995. Deze studie is niet mogelijk zonder een historisch perspectief te hanteren. Door de val van het koningschap in 1792 werden alle bestuurlijke structuren in Frankrijk rigoureus afgebroken. Dit gaf ruimte voor nieuwe staatkundige ideeën, waarbij een stortvloed aan allerlei (on)denkbare opties volgde. Geen enkel westers land kent een periode in de geschiedenis waarin over grondwettelijke problemen zo diepgaand, zo origineel en zo vruchtbaar gediscussieerd is als in het revolutionaire Frankrijk.<sup>17</sup> Dit is de reden waarom er in dit onderzoek ruime aandacht wordt besteed aan de historische ontwikkeling van staatkundige concepten.

Technisch gesproken wordt dit onderzoek uitgevoerd door middel van een literatuurstudie: een analyse op basis van publicaties van anderen. Door middel van dit type onderzoek kan een onderzoeker aansluiten bij actuele discussies. Tevens kan er worden gezocht in minder actuele literatuur naar bruikbare gezichtspunten. In dit onderzoek worden beide vormen gecombineerd. Enerzijds wordt een bijdrage geleverd aan de actuele discussie rondom het machtsevenwicht op basis van actuele literatuur. Anderzijds wordt het ontstaan van de Trias-doctrine en de theorie van Constant beschreven vanuit een historisch perspectief.

Bij het zoeken van degelijke bronnen is er gebruik gemaakt van digitale databases en is er gezocht in de bibliotheek van de universiteit. Als methode is er in bronvermeldingen van relevante boeken en artikelen gezocht naar andere bronnen die een bijdrage kunnen leveren aan dit onderzoek. Hierbij is een aantal selectiecriteria gebruikt dat door Booth et al. wordt beschreven.<sup>18</sup> Aspecten zoals de reputatie van de uitgever, de auteur, de actualiteit van de bron, de aanwezigheid van een bibliografie, het aantal keren dat een werk wordt geciteerd en de eventuele aanwezigheid van een zogenaamde peer review zijn hierbij van belang. Naar aanleiding van deze aspecten is er een aantal actuele gezaghebbende publicaties geselecteerd dat samen de basis vormt voor dit onderzoek. De selectie van de auteurs hangt samen met de concepten die centraal staan in dit onderzoek. Bij de bestudering van relevante auteurs is er zoveel mogelijk gebruik gemaakt van de zogenaamde primaire werken, zij het in een aantal gevallen in de vorm van een vertaalde versie.

De opbouw van het onderzoek is als volgt. In het eerste hoofdstuk wordt een uitgebreide schets gegeven van Constants politieke theorie, voornamelijk gericht op zijn figuur van

---

<sup>17</sup> F. Ankersmit, “Een beetje meepraten is nog geen democratie”, in: *Trouw*, 17 april 2010.

<sup>18</sup> W.C. Booth, G.G. Colomb & J.M. Williams, *The Craft of Research* (2<sup>e</sup> druk), Chicago: University Press, 2003, p. 76 e.v.

de neutrale macht. Deze beschrijving wordt verweven met aspecten van de politieke theorie van Rousseau, omdat Constant deels voortborduurde op deze theorie. In hoofdstuk twee wordt de neutrale macht geanalyseerd vanuit het perspectief van het meerderheidsbeginsel. Het derde hoofdstuk behandelt het perspectief van representatie, waarna het vierde hoofdstuk ingaat op machtscheiding. Hoofdstuk vijf bevat een alternatieve visie op het probleem van het machts-evenwicht. Aansluitend volgt een concluderend hoofdstuk waarin zowel het antwoord op de centrale vraag wordt behandeld als aanbevelingen tot verder onderzoek worden gedaan.

## HOOFDSTUK 1: BENJAMIN CONSTANT

---

Een van de meest invloedrijke denkers binnen het klassiek liberalisme van de 19<sup>e</sup> eeuw is Benjamin Constant. Geboren als zoon van een hoge militaire functionaris van het leger van de Republiek der Verenigde Nederlanden studeert hij in Duitsland en Engeland. Na zijn studietijd keert hij terug naar Frankrijk waar hij een politieke loopbaan ambieert en diverse publieke functies bekleedt. Naast politieke werken heeft Constant ook een groot aantal literaire werken gepubliceerd die duidelijk samenhangen met zijn politieke opvattingen.<sup>19</sup>

Het thema 'vrijheid' staat centraal in de werken van Constant. Dit gebruikt hij in de breedst maatschappelijke zin van het woord: vrijheid binnen religie, filosofie, bedrijfsvoering en politiek. Hij doelt hiermee op totale vrijheid van het individu, enerzijds ten opzichte van het staatsgezag, anderzijds in de relatie tussen meerderheden en minderheden.<sup>20</sup> Binnen een representatieve staatsstructuur moeten individuele vrijheden en rechten immers centraal staan en worden gewaarborgd, aldus Constant.<sup>21</sup> Bovenstaande nadruk op individuele vrijheid binnen een politieke en juridische context leidt automatisch tot de vraag hoe individuele vrijheid kan worden verenigd met staatsgezag. Elke vorm van gezag heeft immers invloed op de mate van individuele vrijheid. Constant geeft dit vorm in zijn ontwerp van een constitutionele monarchale staatsvorm. Hierbij is hij geïnspireerd door theorieën van voornamelijk Jean-Jacques Rousseau, maar ook van Montesquieu. In dit hoofdstuk zullen zijn onderliggende opvattingen met betrekking tot de staatsinrichting worden beschreven, specifiek in relatie tot het thema machtsverdeling.

### § 1.1. SOEVEREINITEIT, VRIJHEID EN AUTORITEIT

In navolging van Rousseau stelt Constant dat autoriteit moet worden afgeleid van de algemene wil van het soevereine volk. Dit principe geldt voor alle bestuurslagen en bijbehorende standen zoals de adel, geestelijkheid en koninklijke stand. Zolang zij handelen in dienst van het volk zijn zij de algemene wil. Wanneer er niet wordt gehandeld volgens de algemene wil is er simpelweg sprake van dwang. Constant concludeert dat er slechts twee soorten macht bestaan: enerzijds macht met een onwettige grondslag die ontaardt in dwang, anderzijds de soort macht die wel over een wettige grondslag beschikt omdat zij is gebaseerd op de algemene wil.<sup>22</sup>

Naar aanleiding van de Franse Revolutie, waarin de begrippen vrijheid en soevereiniteit centraal staan, zoekt Constant naar een manier om vrijheid te waarborgen binnen een

---

<sup>19</sup> P. van Velzen, *De ongekende ministeriële verantwoordelijkheid: theorie en praktijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2005, p. 83.

<sup>20</sup> B. Constant, *De waarde van vrijheid*, in: H. van Cuijlenborg (vert.) & G. van der List (red.), Amsterdam: Elsevier, 2015. Origineel: *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, 1819. Zie ook: K.S. Vincent, *Benjamin Constant and the Birth of French Liberalism*, New York: Palgrave MacMillan, 2011, p. 17.

<sup>21</sup> K.S. Vincent, "Benjamin Constant, the French revolution and the problem of modern character", in: *History of European Ideas*, 2004/30, pp. 5-21.

<sup>22</sup> B. Constant, *Principles of Politics Applicable to All Governments*, in: E. Hoffman (red.) & D. O'Keefe (vert.), Indianapolis: Liberty Fund, 2003, Boek I, hoofdstuk II, p. 6. Origineel: *Principes de Politique*, 1815. Hierna afgekort als "Principles".

institutionele structuur. Volgens hem heeft vrijheid betrekking op zowel het recht om te worden onderworpen aan wetten, als op de bescherming tegen willekeur.<sup>23</sup> De willekeurige uitoefening van macht is dé grote bedreiging voor individuele vrijheid en de staatsinrichting moet dit dus te allen tijde voorkomen. Moderne grondrechten zoals de vrijheid van meningsuiting, de vrijheid van religie en de vrijheid van vereniging werden door Constant al verbonden aan het individuele vrijheidsbegrip. Deze grondrechten ziet hij niet als tijdloze idealen, maar als rechten die ontstaan binnen de culturele en institutionele omgeving van de maatschappij. Dit maakt grondrechten onafhankelijk van autoriteit, ondanks dat deze rechten niet als tijdloos worden beschouwd door Constant.

In de tijd waarin Constant leefde was dit een nieuwe opvatting van het vrijheidsbegrip. Binnen de oude opvatting kon individuele vrijheid worden onderworpen aan het gezag van een soevereine gemeenschap, maar Constant ziet elke autoriteit die inbreuk maakt op individuele vrijheid als niet-legitiem.<sup>24</sup> Hij hanteert een relatief begrip van autoriteit, een relativiteit die voortkomt uit de beperking die hij in beginsel verbindt aan soevereiniteit. Het volk bepaalt de algemene wil en is soeverein, maar dit betekent geen vrijbrief voor het beperken van individuele vrijheid. Individuen bezitten persoonlijke rechten die onafhankelijk zijn van enige vorm van sociale of politieke autoriteit.

Hiermee wijkt Constant af van de theorie van Rousseau. Het gaat hierbij over de mate van bevoegdheid die men toekent aan de autoriteit die is afgeleid van de algemene wil. Rousseau spreekt in dezen van een onbegrensde autoriteit in de vorm van de soeverein. Zoals de natuur een mens absolute macht geeft over het menselijk lichaam, zo zorgt het maatschappelijk verdrag dat de soeverein de absolute macht heeft over zijn leden op basis waarvan hij is samengesteld. Hierbij is de soeverein geen persoon of beperkte groep van personen, Rousseau doelt met de soeverein op de gehele gemeenschap van burgers als collectief.<sup>25</sup> Hij erkent dat de bescherming van ultieme vrijheid uiteindelijk onmogelijk is omdat elke poging tot het redden ervan al onderdeel is van het verval ten opzichte van de natuurlijke toestand. Vrijheid is onvervreemdbaar en een individu dat zelfbehoud wil hebben, zal dat verliezen aan degene aan wie hij het in bescherming geeft. Vrijheid is volgens Rousseau alleen mogelijk wanneer zij wordt gestoeld op een normatief principe: de assumptie dat ieder individu privébelang niet voorop mag stellen *wanneer* anderen dat ook niet doen, *omdat* anderen dat niet doen en *zolang* anderen dat niet

“The body of all citizens is sovereign. This is to say that no individual, no group, no faction, can assume sovereignty except by delegation from that body. It does not follow, however, that the citizen body or those in whom it has vested the exercise of its sovereignty, can use it to dispose sovereignly of individual lives. On the contrary, there is a part of human existence which necessarily remains individual and independent, and by right beyond all political jurisdiction. Sovereignty exists only in a limited and relative way.”

Benjamin Constant, 1815.

<sup>23</sup> B. Constant, “De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes”, in: B. Fontana (vert.), *Constant: Political Writings*, Cambridge: University Press, 1988, pp. 324-328. Origineel gepubliceerd in 1819.

<sup>24</sup> J. Jennings, “Constitutional liberalism in France”, in: G.S. Jones & G. Claeys (red.), *The Cambridge History of Nineteenth Century Political Thought*, Cambridge: University Press, 2011, pp. 349-373.

<sup>25</sup> J.J. Rousseau, *Het maatschappelijk verdrag, of beginselen der staatsinrichting*, in: S. van den Braak en G. van Roermund (vert.), Amsterdam: Boom, 1995, pp. 66-67. Origineel: *Du Contrat Social*, 1762. Hierna afgekort als “CS”.

doen. Wederkerigheid is dus de basis van wettigheid, in de vorm van een sociaal contract tussen individuen.<sup>26</sup>

Constant ziet soevereiniteit niet als een principe van vrijheid, maar als een principe van constitutionele waarborg. Soevereiniteit voorkomt het opeisen van autoriteit door een individu omdat deze autoriteit toebehoort aan de politieke samenleving als geheel. Het soevereiniteitsbegrip bepaalt echter niets over de aard en grondslag van die autoriteit.<sup>27</sup> Overigens is het niet zo dat men binnen Rousseaus theorie volledig 'rechteloos' wordt na sluiting van het maatschappelijk contract. Hoe onschendbaar de soeverein ook is, deze kan de grenzen van de algemene overeenkomst niet overschrijden. Elk individu kan dus volledig beschikken over hetgeen hem op basis van het maatschappelijk contract toekomt.<sup>28</sup> Het verschil tussen Constant en Rousseau met betrekking tot soevereiniteit en autoriteit zit voornamelijk in de mate van afhankelijkheid. Omdat individuen in Constants optiek fundamentele onvervreembare rechten bezitten maakt dit hen in zekere zin minder afhankelijk van de soevereine macht.

Door het oude vrijheidsbegrip en de daardoor veroorzaakte excessen zoals de Franse Revolutie is Constant geobsedeerd door de gevaren van soevereiniteit. Dit komt terug in zijn opvattingen over staats- en regeringsvormen. Veel van zijn voorgangers en tijdgenoten koppelden het soevereiniteitsbegrip aan een representatief bestuur. Constant wijst erop dat wanneer het bestuur moet worden beperkt, ook soevereiniteit moet worden beperkt. Het volk is in zoverre soeverein dat geen enkel individu, groepering of institutie soevereiniteit op een rechtmatige manier kan claimen, zolang deze soevereiniteit niet is gedelegeerd. De bevoegdheid van soevereiniteit stopt dus waar individuele vrijheid begint. Hiermee hanteert Constant een beperkter begrip van het concept soevereiniteit dan Rousseau.<sup>29</sup>

Constant is erg sceptisch over de rechtvaardiging van een uitgebreid regeringsapparaat. Hij verwerpt de assumptie dat een regering meer kennis zou bezitten dan het volk en wijst op de mogelijke schade van overheidsmaatregelen. Veel van zijn voorgangers richtten zich op een correct gebruik van autoriteit om beperkingen op te leggen en te rechtvaardigen. Rousseau stelt bijvoorbeeld dat er geen sprake is van enige vervreemding van individuele rechten omdat de sluiting van het maatschappelijk contract een betere situatie oplevert. Daar komt bij dat men in principe wordt onderworpen aan zichzelf omdat elk individu zijn wil overdraagt aan de algemene wil.<sup>30</sup> Constant redeneert echter andersom en benadrukt dat het belangrijk is om juist te vertrouwen op vrijheid, individueel belang en de activiteiten die voortkomen uit het ontbreken van beperkingen. Met Rousseaus aanname dat men na het sluiten van het sociaal contract onderworpen wordt aan zichzelf is Constant het dan ook niet eens. De abstracte entiteit van de soeverein en zijn eigenschappen worden weliswaar gevormd door een verzameling individuen en hun individuele eigenschappen, maar zodra de soeverein politieke autoriteit uitoefent, vervallen de gezamenlijke eigenschappen. Macht moet worden gedelegeerd omdat het volgens Constant onmogelijk is voor de soeverein

---

<sup>26</sup> B. van Roermund, *Volksvertegenwoordiging*, Leende: Damon, 2000, pp. 41-45.

<sup>27</sup> B. Constant, "Principles", Boek I, 2-3, pp. 6-11.

<sup>28</sup> CS II, 4, p. 69.

<sup>29</sup> B. Constant, "Principles", Boek I, 3, pp. 11-12.

<sup>30</sup> CS I, 7, p. 55.

om zelf macht uit te oefenen. Met deze delegatie geeft een individu zich dus niet over aan zichzelf in de vorm van de soeverein, maar aan een ander persoon of beperkte groep van personen die slechts handelen in naam van allen terwijl zij niet allen zijn. Hieruit volgt dat er nooit een gelijkwaardige toestand kan ontstaan, aldus Constant.<sup>31</sup> Ondanks zijn scepsis is Constant niet tegen enige vorm van bestuur. Hij ziet het als een noodzakelijk kwaad waaraan elke maatschappij behoefte heeft. Deze behoefte maakt een bestuur in beginsel legitiem.<sup>32</sup>

## § 1.2. REGERING

Constants absolute opvatting van het vrijheidsbegrip in combinatie met zijn relatieve opvatting van autoriteit en soevereiniteit stellen hem voor de uitdaging een regeringsstelsel te ontwikkelen waarin het bestuur de rechten van individuele burgers daadwerkelijk respecteert en beschermt. Ook op dit punt verschilt hij van Rousseau. Rousseaus sociaal contract is gebaseerd op gelijkheid en wederkerigheid waardoor er bij het sluiten van het verdrag geen voorbehouden kunnen worden gemaakt. Deelname aan het sociaal contract vergt volledige vervreemding van het individu, inclusief zijn rechten, aan het collectief. Hiermee geven individuen geen prioriteit meer aan hun eigen belang omdat dat opgaat in het algemeen belang. De natuurlijke vrijheid en het daaraan gerelateerde onbeperkte recht op begeerte worden vervangen door de burgerlijke vrijheid die is gerelateerd aan het onbeperkte recht op bezit.<sup>33</sup> De overgang van de natuurtoestand naar de burgerlijke toestand zorgt ervoor dat het gedrag van de mens niet langer wordt bepaald door instinct, maar door rechtvaardigheid.<sup>34</sup> Constant stelt echter dat ieder mens fundamentele rechten heeft die onafhankelijk van de samenleving bestaan.<sup>35</sup>

In Constants ogen moet een constitutie daarom geheel in het teken staan van het waarborgen van vrijheid. Het verdelen van centrale macht is een instrument om bescherming van het individu tegen de staatsmacht te garanderen. Deze machtsverdeling werkt uitstekend omdat het de belangen van hen die besturen en hen die worden bestuurd samentrekt, voor zover dat mogelijk is. Maar wanneer er geen grens wordt gesteld aan autoriteit kan zelfs een verdeelde centrale macht gevaar opleveren. Zonder beperkingen kan het ene onderdeel wetten maken zonder zich bewust te zijn van of zich verantwoordelijk te voelen voor de gevolgen, terwijl het andere onderdeel de wetten uitvoert zonder oog te hebben voor eventuele schade. Er is dus niet alleen een verdeling nodig tussen staatsmachten, maar ook een onderling evenwicht om instabiliteit te voorkomen.<sup>36</sup>

Hoewel Rousseau stelt dat de soevereiniteit onvervreemdbaar en dus ook ondeelbaar is, kent zelfs zijn theorie een vorm van machtsverdeling.<sup>37</sup> Hierbij gaat het niet om een verdeling op basis van de grondslag van soevereiniteit, maar op basis van functie.

---

<sup>31</sup> B. Constant, "Principles", Boek I, 4, p. 16.

<sup>32</sup> J. Jennings, "Constant's Idea of Modern Liberty", in: H. Rosenblatt (red.), *The Cambridge Companion to Constant*, Cambridge: University Press, 2009, pp. 69-91.

<sup>33</sup> CS I, 6, p. 53.

<sup>34</sup> CS I, 8, p. 57.

<sup>35</sup> B. Constant, "Principles", Boek I, 3, pp. 10-12.

<sup>36</sup> Ibid., Boek II, 1-7, pp. 31-42.

<sup>37</sup> CS II, 1 en 2, pp. 62-64.

Wanneer de soevereiniteit vanuit dat perspectief wordt verdeeld ontstaan er twee functies: kracht en wil. Elke vrije handeling van het individu is een gevolg van twee gelijktijdige oorzaken: enerzijds een morele oorzaak, of de wil die de handeling bepaalt; anderzijds een fysieke oorzaak, of de kracht die de handeling uitvoert. Dit onderscheid tussen wil en kracht komt overeen met het politieke verschil tussen de wetgevende en uitvoerende macht.<sup>38</sup> De wetgevende macht behoort exclusief tot het volk en houdt zich alleen bezig met algemeenheden. De uitvoerende macht betreft bijzondere gevallen, waardoor deze niet kan worden toegekend aan de soeverein omdat de handelingen van de soeverein alleen bestaan uit wetten, die algemeen dienen te zijn. Hierdoor kan de regering dus niet worden verward met de soeverein.<sup>39</sup> Wanneer Rousseau spreekt over 'regering' doelt hij niet alleen op de uitvoerende tak van de overheid zoals in de moderne opvatting van het woord. Hij doelt ook op het aspect van autoriteit in relatie tot wetgeving, waardoor zijn notie van het begrip 'regering' betrekking heeft op het gehele machtsaspect van rechtsvorming, het geheel van de zorg voor de staat.<sup>40</sup>

Constants voorkeur gaat uit naar een sterk, maar beperkt bestuur: *laissez faire et laissez passer*. Hij ziet de overheid als instantie die openbare macht gebruikt jegens individuen waarbinnen een regering de rechten en onafhankelijkheid van individuen moet respecteren. Tegelijkertijd moet de overheid deze individuen motiveren om invloed uit te oefenen met betrekking tot publieke zaken.<sup>41</sup> De legitimiteit van een regering is afhankelijk van zowel haar doel als haar grondslag. Een regering die haar doel voorbyschiet door zich te mengen in zaken buiten haar bevoegdheden is niet legitiem en oefent dus onrechtmatig gezag uit. De grondslag van een regering dicht Constant niet direct toe aan een meerderheid. Hij ziet de maatschappij als een aan verandering onderhevige verzameling van diverse minderheden. De verdediging van rechten van minderheden betekent dus automatisch de verdediging van de meerderheid. Het verlenen van onbeperkte macht aan de meerderheid is onrechtvaardig, waardoor politieke macht moet worden beperkt. Een meerderheid kan alleen beslissen over zaken die daadwerkelijk het gemeenschappelijk belang raken, dus wanneer individuele belangen zodanig botsen dat dit leidt tot wederzijdse overtredingen.<sup>42</sup>

Een beperkte regering wordt gegarandeerd door de specifieke structuur en organisatie van de diverse staatsmachten. In tegenstelling tot Montesquieu, die na zijn bestudering van de Britse monarchie drie machten onderscheidde, stelt Constant dat er vijf vormen zijn. Hij onderscheidt koninklijke macht, uitvoerende macht, erfelijke macht, parlementaire macht en een onafhankelijke rechterlijke macht. Constant ziet naar aanleiding van Montesquieu's analyse nog meer voordelen van een constitutionele monarchale staatsvorm, bijvoorbeeld de ministeriële verantwoordelijkheid, niet alleen jegens de wet, maar ook jegens de publieke opinie in de vorm van het parlement. De openheid van parlementaire debatten zorgt voor transparantie en inspraak, de

---

<sup>38</sup> CS III, 1, p. 91.

<sup>39</sup> M.J.C. Vile, "Constitutionalism and the separation of powers", *supra* n. 2, pp. 178-179.

<sup>40</sup> B. van Roermund, "Volksvertegenwoordiging", *supra* n. 26, p. 97.

<sup>41</sup> V. Gligorov, "Benjamin Constant and Carl Schmitt go to Russia", in: *Constitutional Political Economy*, 1997/4, pp. 271-282.

<sup>42</sup> B. Constant, "Principles", Boek II, 2, pp. 32-34.

onafhankelijke rechterlijke macht biedt bescherming en persvrijheid zorgt voor een kritische benadering jegens de autoriteiten.<sup>43</sup>

### § 1.3. REPRESENTATIE

In de eerste paragraaf van dit hoofdstuk is reeds beschreven dat Constant soevereiniteit als grondslag ziet voor de legitimatie van de staat en dat deze enkel en alleen bij het volk berust. Wanneer het volk wordt gezien als politieke eenheid volgt logischerwijs de vraag op welke manier zij haar soevereiniteit kan uitoefenen zodat zij ook daadwerkelijk kan handelen als politieke eenheid. De relativiteit van Constants soevereiniteitsbegrip ten opzichte van dat van Rousseau zit niet alleen in Constants opvatting over de (on)begrensde ervan, maar ook in de manier waarop hij dit handelen vormgeeft.

In tegenstelling tot Rousseau maakt Constant een verbinding van de concepten representatie en soevereiniteit. Rousseau doet dit niet vanwege zijn duidelijke opvatting over ondeelbare soevereiniteit: vertegenwoordiging van de soeverein is onmogelijk. Het overhandigen van iemands individuele recht tot inspraak aan een ander persoon of andere institutie is volgens hem ontleend aan het feodale systeem. Het enige moment van vrijheid in een representatief systeem vindt plaats tijdens de verkiezing van representanten, daarna is het volk niets meer dan een slaaf. Rousseau ziet representanten van het volk dan ook niet als vertegenwoordigers maar slechts als lasthebbers. Een wet krijgt pas gelding wanneer zij is bekrachtigd door het volk, ofwel door de soeverein, en niet door een beperkte groep representanten.<sup>44</sup>

Constant meent dat Rousseau met het bovenstaande een denkfout maakt, niet zozeer omdat hij een onderscheid maakt tussen de rechten van de samenleving en die van de regering, maar omdat hij dat onderscheid baseert op een verkeerde notie van het begrip regering. Het gemaakte onderscheid is volgens Constant alleen mogelijk wanneer er als basis een beperkte opvatting van het begrip regering wordt gehanteerd, iets wat Rousseau in zijn ogen nu juist niet doet. Rousseau stelt dat overheidsmacht<sup>45</sup> in haar geheel als 'uitvoerend' moet worden beschouwd ten opzichte van de soeverein. De overheid is dus niet per definitie soeverein omdat zij een boven allen gestelde macht vormt. Hij ziet de overheid (regering) als een schakel tussen het volk als zijnde onderdanen en het volk als zijnde burgers in dienst van hun wederkerige belangen. De overheid is belast met de uitvoering van de wetten en het handhaven van de vrijheid, op zowel burgerlijk als politiek vlak. Het is een soort middelevenredige met aan de ene kant de soeverein in de vorm van de verzameling van burgers en aan de andere kant de onderdanen.<sup>46</sup> Hierdoor dient de overheid te gehoorzamen aan de soeverein, op dezelfde manier als waarop de onderdanen dienen te gehoorzamen aan de overheid. De overheid heeft autoriteit over haar onderdanen, zoals de soeverein autoriteit heeft over de overheid.<sup>47</sup> Constant stelt dat op basis van Rousseaus brede opvatting van het concept overheid, ieder individu dat een representant kiest of zelf wordt verkozen

---

<sup>43</sup> J. Jennings, "Constant's Idea of Modern Liberty", *supra* n. 14, pp. 69-91.

<sup>44</sup> CS III, 15, pp. 126-129.

<sup>45</sup> Er wordt hier bewust de term 'overheid' gehanteerd gezien Rousseaus brede opvatting van het begrip 'regering'. Zie voor nadere uitleg hierover B. van Roermund, "Volksvertegenwoordiging", *supra* n. 8, hoofdstuk VI.

<sup>46</sup> CS III, 1, p. 92.

<sup>47</sup> B. van Roermund, "Volksvertegenwoordiging", *supra* n. 26, pp. 100-103.



automatisch wordt betrokken bij die overheid. Hiermee verdwijnt de basis voor het onderscheid tussen individuele en soevereine belangen, iets dat Constant als zeer onberekenbaar en gevaarlijk beschouwt.

De soeverein kan volgens Constant niet zelfstandig de door het volk gegeven bevoegdheden uitoefenen waardoor deze bevoegdheden noodzakelijkerwijs worden gedelegeerd aan een regering. Hierdoor wordt het onderscheid tussen soevereine bevoegdheden en die van de regering slechts een abstractie. Stel dat de soeverein een grote mate van gezag bezit maar tegelijkertijd een klein deel delegeert aan de regering, dan leidt dit tot een verlies van bevoegdheden omdat slechts een fractie van de bevoegdheden daadwerkelijk kan worden uitgevoerd. Een bevoegdheid die men zelf niet kan uitoefenen, maar ook niet delegeert aan een ander die het kan uitvoeren is praktisch een niet bestaande bevoegdheid. De erkenning van dit probleem leidt automatisch tot de behoefte van de regering om ook het niet-gedelegeerde deel te mogen uitvoeren, wat kan leiden tot machtsmisbruik. Constant noemt een voorbeeld als bevestiging van het voorgaande en haalt de bevoegdheden met betrekking tot de inrichting van de overheid aan. Wanneer dit aan de overheid zelf zou worden overgelaten ontstaat er een vicieuze cirkel, die uiteindelijk kan ontaarden in tirannie. De soeverein delegeert deze bevoegdheid niet, noch voert hij deze zelf uit.<sup>48</sup>

*"The people, Rousseau observes, are sovereign in one respect and subject in another. In practice, however, the two cases are confused. It is easy for powerful men to oppress the people as their subjects, to force them to manifest in their sovereign role the will which these powerful men are dictating. To achieve this, all that is needed is that the individual members of society be terror-struck and then that a hypocritical homage be rendered to the society en masse."*

Benjamin Constant, 1815.

Constant heeft ook kritiek op de tweeledige verbinding binnen Rousseaus sociaal contract. Deze stelt dat een individu zich op twee manieren verbindt: enerzijds als lid van de soeverein jegens de andere individuen, anderzijds als lid van de staat jegens de soeverein.<sup>49</sup> Volgens Constant wordt dit theoretische onderscheid in de praktijk vertroebeld en zelfs misbruikt. Machthebbers kunnen gemakkelijk hun positie misbruiken door hun onderdanen te onderdrukken en op die manier leggen zij de soeverein hun wil op. De soevereiniteit is een abstract begrip dat vooral de legitimatiebasis van de publieke macht aanduidt, maar de daadwerkelijke uitvoering ervan is een praktische aangelegenheid die wordt gedelegeerd aan personen. Deze personen beschikken over een andere grondslag dan de soeverein omdat zij geen

abstracte figuur zijn, maar daadwerkelijk handelingsperspectief hebben. Dit is volgens Constant de reden waarom soevereiniteit moet worden beperkt, niet zozeer vanwege de aard van de soeverein zelf, maar vanwege de aard van de personen die de soevereiniteit uiteindelijk uitoefenen in de vorm van de regering.<sup>50</sup>

Ondanks zijn stelling dat soevereiniteit ondeelbaar is, zijn er binnen Rousseaus theorie ook mogelijkheden voor een representatief bestuur. Burgers zijn niet direct aan zichzelf onderworpen omdat de overheid de schakel vormt tussen de soeverein en de burgers.

<sup>48</sup> B. Constant, "Principles", Boek I, 5, pp. 17-18.

<sup>49</sup> CS I, 7, p. 55.

<sup>50</sup> B. Constant, "Principles", Boek I, 5-6, pp. 18-19.

Hierdoor ontstaat een nieuwe onderlinge verhouding die kansen biedt voor representatie.<sup>51</sup> Uit het geheel van het soevereine volk kan een regering worden gecreëerd. Op deze wijze kan het volk stemmen voor een bepaalde institutionele vorm en kiezen voor degenen die overheidsambten bekleden. Het stemmen voor een bepaalde institutionele vorm drukt de algemene wil uit en dus de wet in de meest pure vorm. Het kiezen van ambtsdragers is meer een praktische maatregel, en geen uitdrukking van de algemene wil. In het ene geval handelen individuen derhalve als een soeverein geheel en in het andere geval fungeren zij als een democratische regering. Het maken van wetten is een functie van de soeverein en dit kan alleen gebeuren door een vergadering van het hele volk. In dit geval is vertegenwoordiging uit den boze. Tegelijkertijd kunnen er wel afgevaardigden worden gekozen voor uitvoerende taken. Omdat dit slechts uitvoerenden zijn kennen zij geen autoriteit. Volgens Rousseau moeten er regelmatig van dit soort volksvergaderingen<sup>52</sup> plaatsvinden zodat de overheid de algemene wil niet kan vertroebelen. Deze bijeenkomsten zouden onafhankelijk moeten zijn van de regering, met het oog op het behoud van het sociaal contract. Het volk kan dan overwegen of de gekozen bestuursvorm moet worden behouden en of de uitvoerende taken aan de juiste mensen zijn toebedeeld.<sup>53</sup>

#### § 1.4. NEUTRALE MACHT

De theorie van de Trias Politica brengt een conceptueel probleem met zich mee omdat deze niet voorziet in een antwoord op de vraag wat er moet gebeuren wanneer het veronderstelde evenwicht onvoldoende gestalte krijgt. Constant erkende dit probleem en stelde dat diverse grondwetten een cruciale fout maakten door het zwaartepunt van de macht bij één van de drie machten uit de Trias Politica te leggen. Samenwerking binnen de Trias Politica is niet verzekerd: zij kunnen botsen, elkaar hinderen en elkaar tegenwerken wat uiteindelijk kan leiden tot totale ontsporing van de machtsbalans en het systeem.<sup>54</sup>

Constant ziet de verdeling van macht als een controlemechanisme. In eigentijdse termen zijn dit de zogenaamde *checks*. De afweging en strekking van de bevoegdheden ziet hij als de *balances*. Het bewaken van deze balans dicht hij toe aan een neutrale vorm van macht, de hoogste in een staatsvorm. Het 'hoogste' heeft geen betrekking op een bepaalde hiërarchische verdeling omdat de neutrale niet 'boven de partijen' staat, maar ernaast. Het is een opperste vorm van macht, maar moet niet worden verward met de soevereine macht. Met neutraal doelt Constant op de bevoegdheden waardoor deze macht het evenwicht tussen de drie andere staatsmachten kan bewaken. Dit is volgens hem noodzakelijk omdat juist dat evenwicht zorgt voor een zo groot mogelijke waarborg van individuele vrijheid.

Het constitutionele systeem zoals beschreven door Constant is een mengvorm van een monarchie en een representatieve democratie. Hij onderscheidt twee wetgevende instituties: een rechtstreeks verkozen Lagerhuis en een benoemd aristocratisch

---

<sup>51</sup> B. van Roermund, "Volksvertegenwoordiging", *supra* n. 26, pp. 100-103.

<sup>52</sup> Zie CS III, 13-14 voor de praktische uitwerking van deze volksvergaderingen.

<sup>53</sup> W.A. Dunning, "The Political Theories of Jean Jacques Rousseau", in: *Political Science Quarterly* 1909/3, pp. 337-408.

<sup>54</sup> B. Constant, "Principles", Boek X, 10-11, pp. 184-186.

Hogerhuis. Tevens is er een verantwoordelijke uitvoerende macht en een onafhankelijke rechterlijke macht. Deze drie machten zijn competitief en niet ondergeschikt aan elkaar. Het onderlinge evenwicht wordt niet door henzelf bewaakt, maar door de overstijgende neutrale macht. Deze hoogste vorm, bijvoorbeeld in de vorm van een koning of een president, wordt buiten het politieke spectrum geplaatst, vervult derhalve geen inhoudelijke rol in het politieke proces en komt alleen in actie als het politieke proces hapert of opnieuw op gang moet worden gebracht. De neutrale macht heeft daarvoor verschillende bevoegdheden. Hij kan het Lagerhuis ontbinden door algemene verkiezingen uit te roepen en hij kan de structuur van het Hogerhuis beïnvloeden door het aanwijzen van nieuwe leden. Tevens kan de neutrale macht ministers en rechters aanstellen en gratie verlenen. Idealiter wordt de neutrale macht gevormd door de koninklijke vorm van macht, omdat de vorst geen enkel ander belang heeft dan het handhaven van de openbare orde en veiligheid. Hierdoor vormt hij een superieure, maar tegelijkertijd ook intermediaire vorm van macht omdat de vorst geen belang heeft bij het verstoren van een evenwichtig staatsbestel.<sup>55</sup>

Politiek gaat volgens Constant over het kenbaar maken van het algemeen belang door middel van discussie en compromis. De afzonderlijke machten zijn ingesteld zodat het algemeen belang kan worden omgezet in wetgeving, wat wetgeving dus ontvankelijk maakt voor het algemeen belang. Hoewel de publieke opinie de algemene wil uitdrukt, betekent dit volgens Constant niet dat de algemene wil allesbepalend is. Er moeten duidelijke grondwettelijke bepalingen aanwezig zijn die het systeem institutionaliseren, bijvoorbeeld rondom vertegenwoordiging en verantwoordelijkheid.<sup>56</sup> Ook al bestaat er een algemene wil, het Lagerhuis representeert een compromis aan belangen. Tegelijkertijd respecteren de andere machten de constitutionele principes die geen enkele wil, hoe algemeen of soeverein ook, kan afschaffen.

Een cruciaal punt met betrekking tot de neutrale macht is dat deze macht op geen enkel vlak enige verantwoordelijkheid hoeft af te leggen. Deze macht is geen representatieve institutie en neemt geen deel aan het parlement, maar is slechts een waarborg voor machtsevenwicht. Daarom is de neutrale macht ook geen vorm van een soeverein of een verdediger van het algemeen belang, noch een wetgevende of uitvoerende macht. Maar wat is het dan wel? Men zou het kunnen vergelijken met de rol van een scheidsrechter. Deze neemt geen deel aan het spel, maar zorgt er slechts voor dat alles in goede banen wordt geleid.

Een belangrijke praktische vraag luidt hoe men de neutrale macht aanstelt. Dit raakt de spanning van de relatie tussen liberalisme en democratie. Aan de ene kant dient een constitutie vrijheid te garanderen. Dit vergt een machtsevenwicht, gewaarborgd door de neutrale macht. Aan de andere kant is democratie gebaseerd op soevereiniteit van het volk. Het volk kiest op haar beurt representanten die zorg dragen voor de representatie van belangen. Wanneer een neutrale macht wordt aangesteld op basis van verkiezingen wordt ook hij een vertegenwoordiger, iets dat niet strookt met het neutrale karakter. Constant lost dit probleem op met een zijstap. Hij stelt dat de macht van een Koning of president constitutioneel kan worden begrensd zodat deze strikt neutraal wordt. In dat

---

<sup>55</sup> B. Constant, "Principles of Politics Applicable to All Governments" in: B. Fontana (vert.), *Constant: Political Writings*, Cambridge: University Press, 1988, pp. 184-185.

<sup>56</sup> B. Constant, "De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes", *supra* n. 23, pp. 323-324.

geval maakt het dus niet uit op welke manier de neutrale macht wordt aangesteld. De soevereine beslissingen worden genomen door het volk, de Grondwet bepaalt wie welke beslissingen mag nemen, de machtsverdeling staat in dienst van deze Grondwet en de neutrale macht waarborgt de balans tussen de verschillende machten.<sup>57</sup> Metaforisch gesteld: wanneer er een weegschaal zou bestaan met drie schalen die elk een macht representeren, dan is de neutrale macht de weegschaal die de schalen bij elkaar houdt.

### § 1.5. DE WETGEVER

De theorie van Constant is niet de eerste waarin een autocratisch element wordt toegevoegd aan een democratisch staatsbestel. Ook Rousseau introduceert enige abstracte figuren die het idee van een neutrale macht raken. Eerder in dit hoofdstuk is genoemd dat hij machtscheiding niet toelaat, tenzij het wetgevend zwaartepunt bij de soevereiniteit van het volk blijft liggen. Om ervoor te zorgen dat deze soevereiniteit gewaarborgd blijft, beschrijft Rousseau de figuur van “de wetgever”.<sup>58</sup>

“Om de beste samenlevingsregels voor naties te ontdekken, zou een alles overtreffend intellect nodig zijn, dat alle hartstochten van mensen doorziet en er zelf geen enkele ondergaat, dat geen enkele band met onze natuur heeft maar haar toch volledig doorgrondt, wiens welzijn onafhankelijk is van ons maar zich wel voor dat van ons wil inzetten; dat, ten slotte, zich in de loop der tijden een ver weg gelegen roem weet te bereiden, door in de ene eeuw te werken in een andere daarvan het genot te smaken. Goden zouden er nodig zijn om de mensen wetten te geven.”

Jean-Jacques Rousseau, 1762.

Rousseau stelt dat wetten fungeren als voorwaarden van de maatschappij. Vanuit de soevereiniteitsgedachte moet het volk dat is onderworpen aan de wetten tevens de maker zijn van die wetten. Degenen die besluiten een samenleving te vormen, moeten zelf de kaders voor deze maatschappij construeren. Op die manier onderwerpt het volk zich aan zichzelf, waardoor het vrij kan blijven. Een goed gevormd volk is niet alleen het gevolg van een goede constitutie, maar zou ook aan de basis moeten staan van de constitutie om zo een optimale constitutie te verkrijgen. Goede burgers staan aan de basis van goede wetgeving en door goede wetgeving worden zij goede burgers.<sup>59</sup> Rousseau vraagt zich af op welke manier deze kaders kunnen worden vastgesteld en betwijfelt of er een institutie binnen het staatslichaam bestaat die deze taak op zich kan

nemen: “Hoe zou een blinde massa, die vaak niet weet wat ze wil omdat ze zelden weet wat goed voor haar is, uit zichzelf een onderneming kunnen volbrengen die zo groot, zo moeilijk is als een stelsel van wetgeving?”<sup>60</sup> Om een algemeen perspectief te bepalen dat individuele belangen overstijgt is participatie van allen in het wetgevingsproces noodzakelijk. Maar als ieder mens een individuele stem heeft, hoe kan er dan een algemeen perspectief ontstaan? Zowel de afzonderlijke personen, als het geheel van personen in een maatschappij hebben behoefte aan een gids, zodat verschillende

<sup>57</sup> B. Constant, “Principles of Politics Applicable to All Governments” *supra* n. 55, pp. 186-188.

<sup>58</sup> CS II, 7, p. 75.

<sup>59</sup> CS IV, 7, p. 159.

<sup>60</sup> CS II, 6, p. 75.

maatschappelijke delen zich uiteindelijk kunnen verenigen in de kracht van het geheel. Dit leidt tot de noodzaak van een wetgever.<sup>61</sup>

De term “wetgever” van Rousseau komt niet overeen met de hedendaagse opvatting van het concept, waarbij regering en parlement het volk representeren en wetten maken. Dit is opvallend gezien de nadruk die Rousseau legt op de soevereiniteit van het volk. In Rousseaus optiek is “de wetgever” een soort stichter die alleen oog heeft voor constitutionele wetgeving, dus wetgeving die in relatie staat tot de legitimiteit en het bestaansrecht van de staat. De wetgever is daardoor niet direct met het volk verbonden en heeft geen macht over hen. Hij kan wetgeving redigeren en voorstellen, maar niet opleggen. De wetgever beschikt dus over geen enkel daadwerkelijk wetgevend recht: dit recht behoort exclusief toe aan het volk en is onvervreemdbaar. De taken van de wetgever hebben daarom geen betrekking op bestuur of soevereiniteit. Volgens Rousseau is het werk waardoor een staat wordt geconstitueerd geen onderdeel van die constitutie, sterker nog: “het is een bijzondere en verheven werkzaamheid die niets gemeen heeft met menselijke heerschappij.”<sup>62</sup> Als de persoon die het gezag voert over de mensen tegelijkertijd geen gezag heeft over de wetten, kan dat ook niet andersom, aldus Rousseau.

Bovenstaande leidt tot de vraag wie of wat de taken van Rousseaus wetgever op zich zou kunnen nemen. Het wetgevend gezag en de soevereine macht mogen niet in dezelfde personen worden verenigd omdat dit leidt tot machtsmisbruik en tirannie. In dat geval zou de wetgever niet vrij zijn van eigen hartstochten en belangen waardoor onrechtvaardigheden kunnen sluipen in de fundamentele constitutionele beginselen. De wetgever staat voor een buitengewone opdracht, bovendien ontbreekt het hem aan het nodige gezag om deze opdracht te vervullen. Het is de kunst om de fundamentele wetten zo vorm te geven dat ieder individu vrijwillig zijn rechten opgeeft aan de soeverein, zodat iedereen vervolgens geniet van de voordelen die de staat biedt. Om in de staat de behoefte aan burgerlijke vrijheid te bewerkstelligen moet de wetgever capabel zijn om de aard van de mens te veranderen: kennelijk bestaat die behoefte niet zomaar in de natuurlijke toestand. Om een staat op te richten en een volk te voorzien van een goede constitutie is een buitengewoon vernuftig intellect nodig, een persoon die zich buiten het sociaal-politieke verband bevindt. Vanwege het gebrek aan wetgevende bevoegdheden dient de wetgever zich te beroepen op taal, rede en overtuigingskracht.

De wetgever lijkt door alle rollen die Rousseau hem toebedeelt en de daarbij vereiste competenties steeds meer op een goddelijk figuur. “Goden zouden er nodig zijn om de mensen wetten te geven”<sup>63</sup>, zo stelt Rousseau. Toch ziet hij de taak van de wetgever niet ingevuld door een god, maar door een goed man, wiens wetten overeenkomen met de algemene wil. Religie speelt echter wel een rol bij de manier waarop de wetgever te werk gaat. Door taal en wijsheid laat het volk zich niet zomaar en altijd overtuigen. Daarom moet de wetgever het voorbeeld van grote profeten zoals Mozes en Mohammed volgen en als spreekbuis van God fungeren. Hierdoor zal het volk geloven dat de wijsheid van de wetgever de enige juiste wijsheid is en hem volgen. Religie fungeert dus als retorisch instrument van politiek.

---

<sup>61</sup> Ibid.

<sup>62</sup> CS II, 7, p. 77.

<sup>63</sup> CS II, 7, p. 76.

Uiteindelijk is de wetgever slechts een instrument ter invoering van wat het volk wil, maar waarvan het volk nog niet in staat is om het te kunnen zien. Rousseau beschouwt het volk niet als dom, maar als onwetend omdat het voor hen onmogelijk is om een compleet afgesloten beeld te krijgen van alle afzonderlijke delen die het volk vormen en deze dus nooit in staat zijn om het geheel van het volk te bepalen. Wanneer mensen niet kunnen oordelen over de omvang van het geheel, dan kunnen zij ook niet de belangen van dat geheel bepalen, ofwel de algemene wil vaststellen. De wetgever is dus een symbool voor alles wat de mensen niet kunnen bepalen door hun onwetendheid. Dit leidt echter tot een principiële kwestie in elke democratie: het verenigen van vrijheid en autoriteit. De abstracte aanwezigheid van de wetgever is een autocratisch element dat is verbonden met de theorie van soevereiniteit en democratie. Politiek gaat over het algemeen belang van de samenleving, een belang dat altijd is verbonden met de oorsprong van de betreffende samenleving. De enige die volgens Rousseau deze verbinding kan maken is de wetgever.<sup>64</sup>

### § 1.6. HET TRIBUNAAT EN DE DICTATUUR

Behalve de figuur van de wetgever omschrijft Rousseau ook nog twee andere instituties die een bijzondere functie vervullen met betrekking tot het machtsevenwicht en behoud van de staat. Wanneer het evenwicht tussen de verschillende politieke instituties is verstoord, of wanneer de onderlinge verhoudingen constant worden gewijzigd, ontstaat er volgens Rousseau behoefte aan de instelling van een onafhankelijke bijzondere overheidsinstantie. Deze instantie bepaalt opnieuw de juiste verhoudingen tussen de instituties en vormt een intermediair tussen de vorst en het volk, de vorst en de soeverein of, wanneer noodzakelijk, aan beide kanten tegelijk. Het zogenoemde tribunaat fungeert als hoeder van de wetten en de wetgevende macht. Het is geen onderdeel van de staat en heeft geen enkel aandeel in de wetgevende of uitvoerende macht omdat dat de onafhankelijkheid in gevaar zou brengen. Juist omdat het tribunaat niet over uitvoerende of wetgevende macht bezit is de eigen macht erg groot. Als hoeder van de wetten heeft het tribunaat meer aanzien dan de uitvoerende macht (de vorst) of de wetgevende macht (de soeverein). Hierdoor kan er bij belangenconflicten tussen onderdanen en overheid worden gezocht naar hetgeen de partijen in beginsel bindt: een zoektocht naar het algemeen belang.<sup>65</sup>

Ondanks de hoeveelheid macht waarover het tribunaat beschikt, dient het zich gematigd op te stellen om zo een fundament van een goede staatsinrichting te vormen. Een té actief tribunaat kan bestaande machtsverhoudingen tussen soeverein, vorst, wetgevende en uitvoerende macht verstoren. Tevens kan er tirannie ontstaan wanneer het tribunaat zich taken van de wetgevende of uitvoerende macht toeëigent. Om dit te voorkomen stelt Rousseau dat het tribunaat geen structurele aanwezigheid hoeft te hebben in een staat. Er kunnen perioden worden vastgesteld waarin het tribunaat buiten werking wordt gesteld. Overigens mogen deze perioden niet te lang duren om op die manier excessen te voorkomen. Omdat het tribunaat geen constitutief onderdeel is van de staat kan het volgens Rousseau worden weggelaten zonder de staatsinrichting te

---

<sup>64</sup> B. van Roermund, "Volksvertegenwoordiging", *supra* n. 26, pp. 84-87.

<sup>65</sup> CS IV, 5, p. 153.

beschadigen. De periodieke afwezigheid van het tribunaat heeft ook als voordeel dat een nieuw lid niet uitgaat van de macht die zijn voorganger had, maar van de macht die hem is gegeven bij wet.<sup>66</sup>

Hoewel Rousseau wet- en regelgeving noodzakelijk acht als kader voor de maatschappij, ziet hij ook dat zo'n kader in uitzonderlijke gevallen een dreiging kan vormen voor het bestaansrecht van de staat. Het maken van wetten vergt zorgvuldigheid en tijd, aspecten die in bepaalde dringende omstandigheden niet wenselijk zijn. Er moet dus een mogelijkheid blijven om de werking van stevig verankerde staatsinstellingen tijdelijk op te schorten wanneer het voortbestaan van de staat ernstig wordt bedreigd. Wanneer hier sprake van is stelt Rousseau dat er twee manieren zijn om de opdracht tot herstel van de openbare veiligheid te geven.<sup>67</sup>

Allereerst is er de mogelijkheid om de werking van de regering te vergroten door de regeringsmacht te concentreren bij een of twee leden. Het gezag van de regering en de wetten wordt op die manier niet gewijzigd, slechts de wijze van uitvoering. Als het gevaar echter zo acuut is dat wet- en regelgeving de staatsveiligheid in de weg staan ontstaat er een tweede mogelijkheid. In dat geval wordt er een opperste gezaghebber benoemd, een dictator. Deze kan niet zelfstandig wetten maken, maar staat tijdelijk boven alle wetten en schort daarmee het soevereine gezag op. Hiermee wordt niet afgedaan aan de soeverein en de algemene wil: ieder individu zal immers altijd het behoud van de staat voorop stellen. Het gaat dus louter om opschorting van het soevereine gezag en niet om de afschaffing ervan.

### § 1.7. CONCLUSIE: NEUTRALE MACHT ALS WAARBORG?

Zowel Rousseau als Constant buigt zich over de vraag hoe vrijheid en autoriteit kunnen worden verenigd binnen een politieke context. Beide voegen in hun theorieën over staatsinrichting een autocratisch element toe aan een democratische traditie die wordt gekenmerkt door machtscheiding en machtsevenwicht. Een verschil hierbij is dat Constant machtscheiding essentieel acht wanneer individuele vrijheid moet worden gegarandeerd. Wanneer centrale macht wordt verdeeld over verschillende instituties wordt het individu tegen machtsconcentratie en daaruit volgend machtsmisbruik beschermd. Volgens Constant zorgt machtsverdeling ervoor dat de belangen van de *rulers* en de *ruled* worden samengetrokken. Een onderling evenwicht tussen die verschillende instanties is essentieel om instabiliteit te voorkomen. Ook Rousseaus theorie kent een vorm van machtsverdeling, maar zijn verdeling is functioneel en gebaseerd op de tweeledigheid van een vrije handeling. Hij benadrukt echter dat de uitvoerende macht ondergeschikt is aan de wetgevende macht: hij fungeert slechts als middel of instrument.

In hun zoektocht naar een constitutioneel systeem dat vrijheid garandeert binnen de bevoegdheidsgrenzen van de staat beschrijven Constant en Rousseau allebei de rol van de overheid. Rousseau kent echter een grotere rol aan de overheid toe dan Constant om zo vrijheid optimaal te kunnen waarborgen. Constant redeneert echter andersom en stelt dat de optimale waarborg van vrijheid juist een afzijdige overheid vergt die op de achtergrond opereert.

---

<sup>66</sup> CS IV, 5, p. 155.

<sup>67</sup> CS IV, 6, p. 156.

Een fundamenteel verschil tussen de theorieën van Constant en Rousseau is hun opvatting van het soevereiniteitsbegrip. Beiden zijn het eens over het feit dat alle autoriteit moet worden afgeleid uit de algemene wil wanneer autoriteit legitiem wil zijn. Maar waar Rousseau een onbeperkte opvatting van soevereiniteit kent, wordt deze door Constant beperkt. Volgens Constant is het geheel van alle burgers soeverein, maar vormt dit geheel geen legitieme reden om afbreuk te doen aan individuele vrijheid. Het lijkt daarom alsof Constant een meer absolute definitie van vrijheid hanteert dan Rousseau, of deze op zijn minst anders ontwerpt. Als gevolg daarvan verandert het soevereiniteitsbegrip van een handelingsprincipe – bij Rousseau – naar een legitimatieprincipe bij Constant. Het gaat er dan niet zozeer om *wie* er moet handelen als wel *hoe* men moet handelen in de politiek.

Rousseau maakt binnen de wetgevende macht een onderscheid tussen twee soorten wetgevers met elk eigen taken en bevoegdheden. De willende wetgever staat binnen de constitutie en de wetende wetgever erbuiten, als stichter en bewaker van die constitutie. De aanwezigheid van een dergelijke 'hogere' wetgevende figuur is een van de autocratisch getinte elementen in Rousseaus democratische theorie, naast het tribunaat en de dictatuur. Dit komt ook terug in Constants theorie wanneer hij spreekt over de neutrale macht. De verdeling en het onderlinge evenwicht van staatsmachten zorgt voor de waarborg van individuele vrijheid, maar deze waarborg kan alleen volledig tot zijn recht komen wanneer machtsevenwicht ook wordt bewaakt door een externe vorm van macht. Hierdoor worden disbalans en daaruit volgende maatschappelijke instabiliteit voorkomen. De neutrale macht is geen vertegenwoordiger of deel van de bestaande staatsmachten, maar slechts een waarborg.



## HOOFDSTUK 2:

### NEUTRALE MACHT EN HET MEERDERHEIDSBEGINSEL

---

In zijn beschrijving van de ideale staatkundige structuur erkent Constant het probleem van de machtsverdeling in de Trias Politica. Een machtsevenwicht is niet gegarandeerd: wanneer de diverse staatsmachten zodanig botsen dat dit het systeem verlamt, kan dit uiteindelijk leiden tot ontsporing van de machtsbalans en het staatsbestel. In Constants theorie wordt het evenwicht van machten dan ook niet veroorzaakt en bewaakt door de machten zelf, maar door een alles overstijgende neutrale vorm van macht die wanneer noodzakelijk optreedt als scheidsrechter. Deze macht ontleent zijn neutraliteit volgens Constant aan het feit dat het een niet-representatieve institutie is met slechts één belang: het handhaven van een evenwicht staatsbestel waarmee het voortbestaan van de staat wordt gegarandeerd.

Bovenstaande stelling roept een fundamentele vraag op. Wanneer een niet-representatieve institutie zoals de *pouvoir neutre* een belangrijke functie bekleedt binnen een democratisch staatsbestel, rijst de vraag in hoeverre dit is te verenigen met democratische grondbeginselen, bijvoorbeeld het meerderheidsbeginsel. Vanuit dit perspectief wordt Constants neutrale macht in dit hoofdstuk geanalyseerd.

#### § 2.1. DEMOCRATIE

Democratie is een begrip dat reeds eeuwenlang academisch wordt bediscussieerd.<sup>68</sup> Ondanks deze discussie bestaat er enige consensus over een algemene definitie, door Abraham Lincoln beschreven als “*government of the people, by the people, for the people*”.<sup>69</sup> Democratie verbindt het volk en het bestuur aan elkaar: bestuur *van* het volk, *door* het volk en *voor* het volk, maar de manier waarop deze verbinding wordt gemaakt kan verschillen. Wanneer alle individuen van een gemeenschap als geheel de soeverein vormen en deze soeverein de wetgevende macht vormt, wordt wetgeving automatisch een weerspiegeling van de volkswil. Het volk is dan, zoals Rousseau en Constant al stelden, in feite onderworpen aan zichzelf. Een democratische staatsvorm is dus primair afgeleid van de acceptatie van de volkssoevereiniteit. De soevereine macht wordt (in)direct door het volk uitgeoefend en is constitutioneel verankerd en gebonden zodat individuele vrijheid wordt gegarandeerd. Hierdoor heeft de burger het recht om deel te nemen aan politieke wilsvorming en is hij verzekerd van een staatsvrije sfeer. In een democratische rechtsstaat worden vrijheid en gelijkheid erkend en vormen onvervreembare grondrechten een waarborg voor het individu.<sup>70</sup>

Binnen de discussie over het concept democratie bestaat veel controverse over de interpretatie van grondrechten, voornamelijk over de vraag welke principes domineren wanneer zij onderling conflicteren. Andere discussies over het begrip democratie

---

<sup>68</sup> R.A. Dahl, *On Democracy*, Londen: Yale University Press, 1998 p. 1-4. In *A preface to democratic theory* (1956) stelt Dahl bijvoorbeeld dat er twee heersende democratietheorieën zijn en voegt daar zijn eigen theorie aan toe. Zie verder bijvoorbeeld A. Lijphart, *Patterns of Democracy*, Londen: Yale University Press, 1999.

<sup>69</sup> A. Lincoln, *Speech of the Gettysburg Address*, 1863. Ontleend aan <http://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=true&doc=36>, laatst geraadpleegd op 20 juli 2015.

<sup>70</sup> Ibid, pp. 36-37.

betreffen vragen rondom de verhouding tussen door, voor en van het volk, maar ook uit wie het volk eigenlijk bestaat.<sup>71</sup> Een van de fundamentele kenmerken van een democratie is de politieke gelijkheid van burgers. Deze gelijkheid komt tot uitdrukking in individuele politieke vrijheden en rechten waarover burgers beschikken.<sup>72</sup> Het begrip 'volk' slaat echter niet automatisch op iedereen. Politieke participatie en politiek burgerschap zijn onderhevig aan door de staat bepaalde grenzen waardoor bepaalde groepen worden uitgesloten. Nederland kent bijvoorbeeld lange tijd het censuskiesrecht en sinds 1919 een algemeen kiesrecht.<sup>73</sup> Zwitserland kende tot 1971 op federaal niveau geen algemeen vrouwenkiesrecht.<sup>74</sup> Tegenwoordig kennen veel staten een beperking op leeftijd en nationaliteit.<sup>75</sup> Het volk betekent dus nooit 'iedereen': het geeft een abstracte definitie weer van een ondeelbaar geheel, onderling verbonden door het algemeen belang.

Met betrekking tot de manier waarop het volk zichzelf bestuurt in een democratie bestaan er grofweg twee vormen: de directe en indirecte (representatieve) democratie. Een historisch voorbeeld van een directe democratie is die van Athene. Binnen de Atheense polis vormde de Ecclesia het belangrijkste wetgevende orgaan. Vrije mannen met een minimumleeftijd van twintig jaar vergaderden minstens veertig keer per jaar. Het minimum aantal personen voor een geldige stemprocedure was zesduizend en beslissingen werden genomen op basis van een meerderheid. Overheidsdienaars werden via loting of rotatie gekozen voor een korte zittingsperiode. Een klein comité van vijftig burgers bereidde besluitvorming voor een raad van vijfhonderd burgers voor. Deze raad, met een dagelijks wisselende voorzitter, vormde het uitvoerende orgaan van de Ecclesia.<sup>76</sup> Vanuit de moderne gedachte over gelijkheid is deze vorm van democratie overigens verre van ideaal omdat een groot deel van de inwoners geen politieke rechten bezat, zoals de slaven.

Bij een representatieve democratie kiest het volk een aantal vertegenwoordigers die het staatsbestuur vormen. Hierbij neemt het volk dus zelf niet direct politieke besluiten, maar laat dat over aan haar vertegenwoordigers. Dit uit zich in verschillende systemen, bijvoorbeeld een parlementair systeem zoals Nederland dat heeft. Hierbij ontleent de uitvoerende macht (de regering) haar legitimatie aan het vertrouwen van het parlement, gekozen door het volk. De Verenigde Staten zijn een voorbeeld van een presidentieel systeem, waarbij de gekozen president zowel staatshoofd als regeringsleider is en als enige de uitvoerende macht vertegenwoordigt.<sup>77</sup> Bij een semi-presidentieel systeem, zoals Frankrijk, maken zowel de president als de minister-president onderdeel uit van het dagelijks staatsbestuur.<sup>78</sup>

---

<sup>71</sup> Zie bijvoorbeeld H.D. Laswell, *Politics: who gets what, when and how*, New York: Whittlesey House, 1936; R. A. Dahl, *Modern Political Analysis*, Englewood Cliffs: Prentice-Hall, 1963; S.D. Tansey, *Politics: the basics*, Londen: Routledge, 2002 (2e druk).

<sup>72</sup> Zie bijvoorbeeld artikelen 1, 3, 4, 7, 8 en 9 van de Nederlandse Grondwet.

<sup>73</sup> G. Leenknecht, Commentaar op artikel 4 van de Grondwet. In: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2014 ([www.nederlandrechtsstaat.nl](http://www.nederlandrechtsstaat.nl)).

<sup>74</sup> T. Fleiner-Gerster et al, *Swiss Constitutional Law*, Den Haag: Kluwer International, 2005, p. 56.

<sup>75</sup> Zie wat Nederland betreft bijvoorbeeld de artikelen 2, 4, 54 en 56 van de Grondwet.

<sup>76</sup> D. Held, *Models of Democracy* (3e druk), Stanford: University Press, 1996, p. 17-19.

<sup>77</sup> P.J. Boon, *Amerikaans Staatsrecht* (2e druk), Deventer: Tjeenk Willink, 2001, pp. 60-67.

<sup>78</sup> L.F.M. Besselink et al., *Staatsrecht van de landen van de Europese Unie* (8e druk), Deventer: Kluwer, 2012, pp. 133-139.

Ongeacht de gekozen staatsvorm van een democratie bestaan er binnen elke vorm meerderheden en minderheden. Om tot besluitvorming te komen wordt de meerderheidsregel gehanteerd. Dit natuurlijke overwicht van de meerderheid baarde Aristoteles, die een democratie omschreef als heerschappij van de velen, reeds zorgen. Zodra de meerderheid de macht in handen krijgt, kan zij gemakkelijk de minderheden onderdrukken.<sup>79</sup> Het is dus van belang dat er binnen een bepaald staatsbestel structuren zijn die de minderheid beschermen, zoals grondrechten. Het wezenlijke aspect van een democratie wordt niet gevormd door de meerderheidsregel, maar door de onderkenning dat de meerderheid bij besluitvorming de rechten en opvattingen van minderheden respecteert. Het politieke gezichtspunt bij de te nemen besluiten moet dus samengaan met de vaste wil besluiten te nemen die voor iedereen aanvaardbaar zouden kunnen zijn, ook al betekent het democratisch besluitvormingsproces dat besluiten slechts door een meerderheid worden gedeeld.<sup>80</sup>

## § 2.2. “DE TIRANNIE VAN DE MEERDERHEID”

In de vorige paragraaf is al kort ingegaan op de spanning tussen meerderheden en minderheden binnen een democratisch staatsbestel. In dit kader spreekt de 19<sup>e</sup>-eeuwse Franse filosoof Alexis de Tocqueville over “de tirannie van de meerderheid”. Hiermee doelt hij op een meerderheid die haar macht gebruikt voor haar eigen belang en ten koste van de minderheid. Dit is inderdaad een risico binnen een democratie omdat de beslisregel is gebaseerd op de meerderheidsregel. De Tocqueville betoogt dat een meerderheid als collectief niet verschilt van een situatie waarin twee individuen onderling tegenstrijdige meningen hebben. Wanneer men toegeeft dat een almachtig individu misbruik kan maken van zijn positie ten opzichte van een onmachtig individu, dan geldt dit ook voor de meerderheid ten opzichte van de minderheid. Tevens heeft de meerderheid een grote invloed op de rede van een individu. In een samenleving van vrije en gelijke burgers speelt de afzonderlijke burger slechts een onbeduidende rol. Het enige dat groot en veelzeggend is, is de meerderheid. Hierdoor krijgt de mening van de meerderheid, verzameld in de publieke opinie, een enorm gewicht. Het gevolg is dat tegenstanders zwijgen, of veranderen van mening.<sup>81</sup>

“Wanneer een man of een partij in de Verenigde Staten onrecht wordt aangedaan, tot wie wilt u dat hij zich wendt? Tot de publieke opinie? Die wordt gevormd door de meerderheid. Tot de wetgevende macht? Die vertegenwoordigt de meerderheid en gehoorzaamt die blindelings. Tot de uitvoerende macht? Die wordt benoemd door de meerderheid en dient haar slaafs. Tot de gewapende macht? Dat is niet anders dan de meerderheid onder de wapens. Tot de jury? De jury, dat is de meerderheid, bekleed met het recht vonnissen te vellen: zelfs de rechters worden in bepaalde deelstaten door de meerderheid gekozen. Hoe onbillijk en onredelijk de maatregel die u raakt ook is, u moet zich er dus aan onderwerpen.”

Alexis de Tocqueville, 1835.

<sup>79</sup> Aristoteles, “Politica, Boek IV, deel IV,” in: B. Jowett (vert.), *Politics: Aristotle*, Kitchener: Batoche Books, 1999, Boek IV, deel IV. Origineel: Πολιτικά (Politika).

<sup>80</sup> E.M.H. Hirsch Ballin, *De Koning: Continuïteit en perspectief van het Nederlandse koningschap*, Den Haag: Boom Uitgeverij, 2013, p. 29.

<sup>81</sup> A. de Tocqueville, *Over de democratie in Amerika*, vertaald door H. Daalder & S. van Luchene. Rotterdam: Lemniscaat, 2011 (2<sup>e</sup> druk), Boek I, deel 2, VII, pp. 272-277. Origineel: *De la démocratie en Amérique I* (1835) en *II* (1840). Hierna afgekort als “De Tocqueville”.

In beginsel stelt De Tocqueville dat de wil van de meerderheid de bron van alle macht vormt, maar tegelijkertijd wijst hij de stelregel af dat de meerderheid van een volk het recht heeft alles te doen met betrekking tot bestuurlijke macht. Dit recht wordt volgens De Tocqueville begrensd door de algemeen bepaalde wet van rechtvaardigheid. Wanneer men een staat voorstelt als een jury die de algehele samenleving vertegenwoordigt en rechtvaardigheid toepast, kan het niet zo zijn dat deze jury meer macht heeft dan de samenleving als geheel. Het idee van absolute macht noemt De Tocqueville “iets slechts en gevaarlijks”<sup>82</sup>. Een democratische samenleving is volgens hem per definitie instabiel omdat er tegelijkertijd wordt gestreefd naar zowel ultieme vrijheid als gelijkheid. Dit leidt tot een open maatschappij met vervaagde grenzen tussen klassen en posities. Het grootste kritiekpunt van De Tocqueville met betrekking tot het Amerikaanse staatsbestel betreft de afwezigheid van staatsrechtelijke waarborgen tegen de tirannie van de meerderheid. Democratie moet vanwege het gevaar van de meerderheid worden beperkt en gestuurd, omdat de evolutie van de democratie anders uiteindelijk voor uitholling van de individuele vrijheid zorgt. Wanneer democratische staten ontaarden in anarchie wordt dit niet veroorzaakt door een van nature zwak en machteloos bestuur. Hoewel het staatsbestuur in dat geval zijn invloed op de maatschappij verliest, stelt De Tocqueville dat de anarchie het gevolg is van machtsmisbruik en verkeerde inzet van middelen. Anarchie ontstaat dus altijd als gevolg van tirannie of onbekwaamheid en niet vanuit onmacht.<sup>83</sup>

Het belang van het inperken van democratische macht wordt al eerder besproken door

“But what is government itself, but the greatest of all reflections on human nature? If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself.”

James Madison, 1788.

Madison en Hamilton in *The Federalist Papers*. Ook zij erkennen de spanning tussen meerderheden en minderheden binnen eenzelfde staatsbestel. Om te zorgen dat de tirannie van de meerderheid geen politiek probleem wordt moeten er staatsrechtelijke waarborgen zijn zodat de regering zich niet schuldig maakt aan machtsmisbruik. De politieke uitdaging hierbij is om een regering samen te stellen die niet alleen het volk bestuurt, maar ook zichzelf aan controle onderwerpt. De volksvertegenwoordiging moet dus een belangrijk aandeel in wetgeving hebben, maar ook zodanig worden begrensd dat dit aandeel niet omslaat naar de tirannie van de meerderheid.<sup>84</sup>

Kenmerkend voor de uitgangspunten in *The Federalist Papers* is het daarbij gehanteerde mensbeeld. In navolging van Thomas Hobbes<sup>85</sup> namen de *founding fathers* aan dat de mens van nature zelfzuchtig is en handelt uit eigen belang. Mensen worden geleid door

<sup>82</sup> Ibid., p. 274.

<sup>83</sup> Ibid., pp. 281-282.

<sup>84</sup> J. Madison, *The Federalist Papers*, no. 51, 8 februari 1788. Ontleend aan [http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed51.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed51.asp), laatst geraadpleegd op 6 juli 2015.

<sup>85</sup> T. Hobbes, “Leviathan”, in; R. Hay (red.) *Leviathan; or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth*

hun primaire behoeften en één daarvan is om anderen te overvleugelen en macht over hen uit te oefenen. Een individu dat eenmaal over enige macht beschikt, zal altijd proberen om deze macht te vergroten. Wanneer individueel belang richtinggevend is voor de staat, moet de staat op zijn beurt zorgen voor een kader dat dit individuele belang begrenst. Wanneer een individu of een groep individuen niet wordt beperkt door externe factoren, dan zullen zij uiteindelijk anderen tiranniseren. “Men love power (...) Give all power to the many, they will oppress the few. Give all power to the few, they will oppress the many”<sup>86</sup>, aldus Alexander Hamilton tijdens de grondwetgevende vergadering in 1787. De enige manier om tegenwicht te bieden aan de macht van de meerderheid is om macht te breidelen, door middel van een constitutie. De Amerikaanse Grondwet beschrijft niet alleen de structuur, reikwijdte, bevoegdheden en inrichting van de overheid, maar bevat ook een aspect van zelfbeperking. Het geeft aan dat het volk heeft besloten om bepaalde regels en beginselen buiten het bereik van de gewone meerderheid te houden omdat deze artikelen alleen kunnen worden gewijzigd door een gekwalificeerde meerderheid.<sup>87</sup> Dit impliceert erkenning van het feit dat meerderheden niet altijd gelijk hebben en het beschermt individuen tegen de gehaaste en irrationele politieke waan van de dag. Het belangrijkste mechanisme in de Amerikaanse constitutie om de tirannie van de meerderheid te voorkomen is echter horizontale en verticale machtenscheiding, consequent doorgevoerd op zowel federaal als niet-federaal niveau.<sup>88</sup>

Ook Benjamin Constant stelt beperkingen aan de rechten van de meerderheid. Hij betoogt dat veel politieke denkers de meerderheid omschrijven als een echt persoon, wiens voortdurend bestaan is gegarandeerd en wiens samenstelling altijd hetzelfde is. Constant wijst deze vergelijking af en ziet de meerderheid als een metafoor voor een steeds van samenstelling wisselende groep mensen. Rechten van minderheden zijn dus op eenzelfde manier af te leiden van het gehele volk als het recht van de meerderheid omdat elk individu zowel tot de meerderheid, als tot een minderheid behoort. Zodra onbeperkte macht wordt toegekend aan de meerderheid leidt dit uiteindelijk tot een vicieuze cirkel van onrechtvaardigheid en terreur. Omdat ieder individu een keer onderdeel uit zal maken van de meerderheid, zal iedereen elkaar uiteindelijk onderdrukken.<sup>89</sup> Ondanks zijn kritische beschouwing van de rechten van de meerderheid stelt Constant dat individuen zich

“In fact, however, it happens all the time that a section of the population which was in the majority yesterday forms today’s minority. To defend the rights of minorities is therefore to defend the rights of all. Everyone in turn finds himself in the minority. The whole society is divided into a host of minorities, which are oppressed in succession. Each one, isolated to be made a victim, becomes again, by a strange metamorphosis, a part of what is called the exalted whole, which serves as a pretext for the sacrifice of some other minority”

Benjamin Constant, 1815.

---

*Ecclesiasticall and Civill*, Hamilton: McMaster University, pp. 79-80. Origineel gepubliceerd in 1651. Hierna afgekort als “Leviathan”.

<sup>86</sup> A. Hamilton, “Speech June 18<sup>th</sup> 1787”, in: M.J. Frisch, *Selected writings and speeches of Alexander Hamilton*, Washington: American Enterprise Institute, 1985.

<sup>87</sup> Zie artikel V van de Amerikaanse Grondwet. Ontleend aan

[http://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm#a5](http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#a5), laatst geraadpleegd op 7 juli 2015.

<sup>88</sup> J.J.A. Thomassen, “Democratie en representatie”, in: J.W. van Deth (red.) *Handboek Politicologie*, Assen: Van Gorcum, 1993, pp. 337.

<sup>89</sup> B. Constant, “Principles”, Boek II, 2, pp. 34-35.

toch zullen moeten onderwerpen aan de meerderheid. Een collectief besluit, zijnde een besluit genomen door een bepaalde groep mensen, kent twee nadelen. Wanneer een besluit wordt genomen op basis van subjectieve gevoelens is het volgens Constant evident dat dit kan leiden tot fouten. Zelfs wanneer de meerderheid echter na kalme beraadslaging tot een besluit komt, schuilt er een gevaar in de besluitvorming omdat deze onderhevig is aan onderhandelingen op basis van tegengestelde belangen. Stel nu dat een van deze belangen in beginsel het juiste belang is waar uiteindelijk voor wordt gekozen, dan nog doet het proces van besluitvorming af aan de nauwkeurigheid van dat belang. Constant trekt deze vergelijking door bij het kiezen tussen verschillende kandidaten op een bepaalde bijeenkomst. De winnaar wordt meestal niet gekozen op basis van complete overeenstemming, maar op basis van de minste weerstand. Ondanks deze onvermijdelijke discrepantie tussen de meerderheid en minderheden concludeert Constant dat conformatie aan de meerderheid een beter alternatief is dan wanneer men zich aan de minderheid zou conformeren, omdat dat leidt tot gewelddadige en leugenachtige politieke instituties. Het recht van de meerderheid zijnde het recht van de sterkste mag dan onrechtvaardig zijn, het zou echter nog onrechtvaardiger zijn wanneer de wil van de minderheid zegeviert. In dat laatste geval wordt eventueel onrecht namelijk op een groter aantal mensen afgewenteld.<sup>90</sup>

### § 2.3 THE COUNTERMAJORITARIAN FORCE

Ook de 19<sup>e</sup>-eeuwse Britse filosoof John Stuart Mill is kritisch over het meerderheidsbeginsel. Hij stelt dat macht die wordt uitgeoefend door machthebbers namens het volk, nooit daadwerkelijk betrekking kan hebben op het gehele volk. Zelfbestuur, ofwel *government by the people*, wil niet zeggen dat elk individu over zichzelf regeert, maar dat 'de rest' over elk individu regeert. Praktisch betekent dit dat de volkswil de wil van het meest talrijke of het meest actieve deel van de bevolking is, maar niet van de bevolking als geheel. De volkswil is dus onlosmakelijk verbonden met de wil van de meerderheid. Hierdoor zullen mensen altijd tot de meerderheid willen behoren, wat kan leiden tot onderdrukking van de minderheid. Mill stelt dat deze vorm van onderdrukking minstens evenveel moet worden beperkt als elke andere vorm van machtsmisbruik. Het feit dat de volksvertegenwoordiging verantwoordig schuldig is aan het volk doet hier niet aan af, omdat het volk immers is verdeeld. De verantwoording heeft hierdoor ook betrekking op de meerderheid, en niet op het gehele volk.<sup>91</sup>

In een democratische samenleving geschiedt de uitoefening van staatsgezag op basis van instemming van haar burgers. Wanneer een democratische staat de wil van het volk tot uitdrukking moet brengen, althans de meerderheid van het volk, leidt dit tot een constante spanning tussen de meerderheid en minderheden. Meerderheids- en minderheidsleden zijn bereid om elkaar te beschouwen als gelijkwaardige medeburgers, met evenveel recht op het nastreven van hun politieke agenda. Hierdoor ontstaat een wederkerige erkenning van belangen tussen beide groepen, omdat zij beiden bereid zijn elkaar toe te staan hun visie op het algemeen belang na te streven. Wanneer men echter

---

<sup>90</sup> Ibid., p. 32.

<sup>91</sup> J.S. Mill, "On Liberty", in: S. Collini (red.), *On Liberty and other writings, Cambridge Texts in the History of Political Thought*, Cambridge: University Press, 1989, p. 7-8. Origineel: *On Liberty*, 1859.

weet dat de meerderheid haar zin zal kunnen doorzetten, zal men streven om in de meerderheid te komen.<sup>92</sup> Binnen een democratisch staatsbestel moeten er dus waarborgen zijn die de balans tussen beide groepen bewaken. Staatsrechtelijke mechanismen zorgen ervoor dat de meerderheid kan besturen, terwijl de minderheid wordt beschermd tegen diezelfde meerderheid. Grondrechten en machtenscheiding zijn voorbeelden van deze mechanismen.

Een ander voorbeeld in bovenstaand licht is dat van constitutionele toetsing, dat traditioneel haar belangrijkste legitimatie ontleent aan de bescherming van minderheden. Compatibiliteit van wetgeving en een grondwet kan worden getoetst op basis van twee modellen. Er bestaat een parlementair model waarbij de soevereiniteit van het parlement centraal staat. Hierbij is geen onafhankelijke rechter betrokken die wetgeving toetst aan de Grondwet; dit is exclusief voorbehouden aan het parlement.<sup>93</sup> Bij het tweede model is er wel sprake van een rechterlijke instantie die wetgeving beoordeelt in het licht van de Grondwet.<sup>94</sup> De gedachte achter het tweede, constitutionele, model is dat de Grondwet wetgevende bevoegdheden definieert en verdeelt. De autoriteit waar deze wetten van afkomstig zijn is superieur omdat zij wordt gevormd door het volk. Hamilton stelt in de *Federalist Papers* dat de rechterlijke macht de minst gevaarlijke is, omdat zij alleen de bevoegdheid heeft om te oordelen, en niet om te handelen. Politieke rechten, al dan niet van minderheden, worden dus het minst bedreigd door de rechterlijke macht. De Grondwet heeft een hoger rechtskarakter en wanneer deze Grondwet niet superieur zou zijn ten opzichte van overige wetgeving, impliceert dat de superioriteit van de volksvertegenwoordigers ten opzichte van het volk. Hierdoor wordt de Grondwet dus minderwaardig ten opzichte van de regering die haar heeft gemaakt. Het is dus niet alleen de taak van de rechter om de Grondwet hoger te plaatsen dan de wetten van de volksvertegenwoordiging, maar ook om de intenties van het volk hoger te plaatsen dan de intenties van haar vertegenwoordiging. Het gaat dus niet om de vraag of de rechterlijke macht superieur is aan de wetgevende macht, het gaat om het volk dat superieur is aan beide.<sup>95</sup>

Het dilemma dat speelt rondom constitutionele toetsing in een democratisch staatsbestel wordt ook wel *the countermajoritarian difficulty* genoemd. Wanneer democratie is geënt op uiting van de volkswil via het meerderheidsbeginsel, hoe kan dan een niet-democratisch gelegitimeerde institutie zoals de rechterlijke macht beslissingen

---

<sup>92</sup> Q.L. Hong, "Constitutionele toetsing in een democratie zonder volk", in: *Rechtsfilosofie en rechtstheorie*, 2010/2, pp. 115-116. Zie ook: H. Kelsen, "Foundations of Democracy", in: *Ethics: An international journal of social, political and legal philosophy*, 1955/1, pp. 21-25.

<sup>93</sup> Het Verenigd Koninkrijk is een voorbeeld van een parlementair model omdat er geen wet staat boven een parlementaire wet. Nederland zou kunnen worden beschouwd als een 'gematigd parlementair model', omdat parlementaire wetten zijn gebonden aan hoger internationaal recht. Overigens is Nederland een van de weinige democratische staten met een toetsingsverbod. Zie: C.J. Bax, "Commentaar op artikel 120 van de Grondwet", in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2014 ([www.nederlandrechtsstaat.nl](http://www.nederlandrechtsstaat.nl)).

<sup>94</sup> M. Tushnet, "Judicial review of legislation", in: P. Cane & M. Tushnet (red.), *Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford: University Press, 2003, pp. 164-182.

<sup>95</sup> A. Hamilton, *The Federalist Papers*, no. 78, 28 mei 1788. Ontleend aan [http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed78.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp), laatst geraadpleegd op 21 juli 2015. Opmerkelijk is dat het argument van de superioriteit van het volk ook wordt gebruikt als legitimatie van het parlementaire model. Wetgeving zoals aangenomen door de volksvertegenwoordiging is onaantastbaar voor zowel de rechterlijke macht en regering, als het volk zelf. Zie: M. Tushnet, "Judicial review of legislation", in: P. Cane & M. Tushnet (red.), *Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford: University Press, pp. 164-182.

van de meerderheid verwerpen?<sup>96</sup> En als de meerderheid moet worden beperkt, hoe ver mogen deze beperkingen zich dan strekken? In het kader van dit laatste stelt de 20e-eeuwse politicoloog Robert Dahl dat er in de "*Madisonian democracy*"<sup>97</sup> sprake is van een overschot aan beperkingen. Uiteindelijk concludeert hij zelfs dat er dermate veel beperkingen worden opgelegd aan de meerderheid dat deze vorm van democratie nauwelijks nog democratisch is. Hieronder schuilt de opvatting van Dahl dat de meerderheid, ook zonder constitutionele waarborgen, de minderheid niet snel zal onderdrukken. Vaak bestaat de numerieke electorale meerderheid uit een verzameling van diverse minderheden. Kiezers stemmen om verschillende redenen op een bepaalde politieke partij, wat ertoe leidt dat de winnende partij met betrekking tot een specifiek issue niet automatisch een electorale meerderheid vertegenwoordigt. Op deze manier wordt er vanzelf tegemoet gekomen aan de wensen van minderheden. De meerderheid regeert in dat geval niet, waardoor er ook nooit sprake kan zijn van een tirannie van de meerderheid.<sup>98</sup> Overigens is Dahl het eens met de stelling dat er binnen een democratisch bestel een spanning bestaat tussen de meerderheid en minderheden. De oplossing voor deze spanning ziet hij echter niet in constitutionele, maar in sociale mechanismen: "*In the absence of certain social prerequisites, no constitutional arrangements can produce a non-tyrannical republic*", aldus Dahl.<sup>99</sup> Wanneer er binnen een staat een groot aantal verschillende zelfstandige maatschappelijke organisaties bestaat, zal dit de mogelijkheden van het bestuur om burgers te beheersen enorm beperken. Goed georganiseerde groepen burgers staan sterker. Wanneer er meerdere organisaties bestaan is de kans groot dat mensen tegelijkertijd lid zijn van diverse organisaties, wat kan leiden tot het hebben van verschillende loyaliteiten. Hierdoor kunnen zij zich dus identificeren met de belangen van anderen. Een sociaal pluralistische maatschappij bevordert politieke concurrentie. Hierdoor wordt de macht van individuele leiders beperkt en groeit het aantal leiders waaruit kan worden gekozen. Dit vraagt om leiders die conflicterende belangen kunnen verbinden en compromissen kunnen sluiten.<sup>100</sup>

Ook De Tocqueville is voorstander van een sterk maatschappelijk middenveld. Hij spreekt in breed verband over (politieke) associaties, waaronder hij "het openbare toetreden van een aantal individuen tot een of andere doctrine, en de afspraak die zij maken om op een bepaalde manier samen te werken om die doctrine te verwezenlijken" verstaat.<sup>101</sup> Een van de paradoxen binnen een democratie is volgens De Tocqueville dat individuele vrijheid en sociale gelijkheid moeilijk te verenigen zijn met broederschap. Hij betoogt dat individualisme een democratische oorsprong heeft en dat mensen individualistischer worden naarmate hun onderlinge sociale omstandigheden gelijkjer worden. Democratie zorgt voor meer sociale gelijkheid, door De Tocqueville omschreven als het gegeven dat mensen globaal dezelfde kansen en maatschappelijke

---

<sup>96</sup> A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (2e druk), Yale: University Press, 1989, pp. 16-23.

<sup>97</sup> In deze vorm van democratie, hoofdzakelijk gebaseerd op de ideeën uit *The Federalist Papers*, wordt de spanning tussen de meerderheid en minderheden beheerst door het combineren van algemeen kiesrecht en de meerderheidsregel met machtscheiding en *checks and balances*. Zie R. Dahl, *A Preface to Democratic Theory* (3e druk), Chicago: University Press, 2006, pp. 4-8.

<sup>98</sup> R. Dahl, *A Preface to Democratic Theory* (3e druk), Chicago: University Press, 2006, pp. 131-133.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 83.

<sup>100</sup> *Ibid.*, pp. 134-135.

<sup>101</sup> De Tocqueville, Boek I, deel 2, IV, pp. 208-209.



ambities hebben. Naarmate mensen onderling meer sociaal gelijk zijn, zullen zij er fanatieker naar blijven streven. Democratisering is dus een proces dat zichzelf versnelt en het risico loopt aan het eigen succes ten onder te gaan. Door toenemend individualisme verliezen mensen de neiging tot het ontwikkelen van sociaal maatschappelijke relaties. “Elke klasse komt nader tot de andere en vermengt zich ermee, zodat haar leden onverschillig en vreemd voor elkaar worden. De aristocratie had van alle burgers een lange ketting gemaakt die van *paysan* tot koning liep; de democratie breekt de ketting en legt elke schakel apart.”<sup>102</sup> Om het gevaar van individualisme te bestrijden pleit De Tocqueville niet voor een sterke overheid. Dat zou tot gevolg hebben dat burgers geen initiatief meer tonen en zich niet verenigen, wat uiteindelijk leidt tot een dictatuur: “zo zijn de ondeugden die het despotisme doet ontstaan, precies die welke de gelijkheid begunstigt.”<sup>103</sup> Om maatschappelijke cohesie en solidariteit te bevorderen is een sterk verenigingsleven nodig. Dit ziet De Tocqueville ook als oplossing voor een andere paradox binnen de democratie: politieke democratische instellingen moeten worden ondersteund door democratische maatschappelijke waarden, maar kunnen deze zelf niet creëren omdat de staat wordt verondersteld neutraal te zijn. Het maatschappelijk middenveld vormt de voedingsbodem voor deze waarden.

Beginnelsen zoals de vrijheid van meningsuiting en een onafhankelijke pers vormen volgens De Tocqueville de grondslag tot het vormen van associaties. De aanwezigheid

”Zo brengen mensen die eenzelfde opinie delen in het eerste geval onderling een zuiver intellectuele band tot stand; in het tweede komen zij bijeen in kleine assemblees die slechts een fractie van de partij vertegenwoordigen; in het derde ten slotte vormen zij een aparte natie in de natie, een staat in een staat. Hun mandatarissen vertegenwoordigen, evenals de mandatarissen van de meerderheid, in hun eentje de gehele collectieve macht van hun partijgenoten; net zoals laatstgenoemden vertonen zij met een air dat ze de hele natie vertegenwoordigen, en met alle morele invloed van dien.

Alexis de Tocqueville, 1835.

van een groot aantal diverse maatschappelijke associaties zorgt ervoor dat macht wordt verspreid en overheidsmacht wordt beperkt. Vertegenwoordigers van associaties hebben niet, zoals vertegenwoordigers van de meerderheid, het recht om wetten te maken, maar zij kunnen wel degelijk het wetgevingsproces beïnvloeden. De vrijheid van associatie ziet De Tocqueville als een noodzakelijke waarborg tegen de tirannie van de meerderheid. Wanneer de staatsmacht in handen is van deze meerderheid, moeten minderheden buiten de greep van de staatsmacht een plek vinden om zich te associëren zodat zij toch invloed kunnen uitoefenen op het handelen van de meerderheid. Tevens biedt dit minderheden de kans om zich te ontwikkelen tot meerderheid. Een sterk maatschappelijk middenveld zorgt ook voor meer sociale cohesie, waardoor sociale ontbinding en de

<sup>102</sup> De Tocqueville, Boek II, deel 2, II, pp. 537-538.

<sup>103</sup> De Tocqueville, Boek II, deel 2, IV, p. 541.

daarop volgende vervreemding van het individu van de maatschappij voorkomen. Het maatschappelijk middenveld fungeert dus als een buffer tussen overheid en burger.<sup>104</sup> In tegenstelling tot Dahl en De Tocqueville is Rousseau erg kritisch op de aanwezigheid van een sterk maatschappelijk middenveld. Dit heeft te maken met het verschil tussen de wil van allen en de algemene wil. De wil van allen is slechts een optelsom van afzonderlijke individuen met een overeenkomstige mening. Dit heeft niets met de gemeenschappelijkheid van het algemeen belang te maken. Wanneer deelgroeperingen ontstaan, wordt de wil van elk van die groep algemeen ten opzichte van de leden, maar ook ten opzichte van de staat. Het aantal stemmen is dan niet afgeleid van het aantal mensen, maar van het aantal groepen. Deelgroeperingen bedreigen de algemene wil omdat leden niet meer vanuit zichzelf hun mening kunnen geven. Burgers die zich verenigen in groepen kunnen die groepsvorming gebruiken om minderheden te onderdrukken, wat uiteindelijk kan leiden tot een bedreiging van de staat. Toch laat Rousseau een kleine mogelijkheid open wanneer hij stelt: "Als er al deelgroeperingen zijn, moet men hun aantal vermeederen en zorgen dat ze even groot zijn (...)." <sup>105</sup> Evenals Rousseau erkent Madison dat een maatschappij theoretisch gezien beter af is zonder facties, maar hij acht dit praktisch onmogelijk. Een factie ziet hij als een groep burgers die zijn verenigd en worden gedreven door een gemeenschappelijk belang.<sup>106</sup> Facties verschillen van omvang en kennen onderling tegenstrijdige belangen. Factievorming is onlosmakelijk verbonden met een vrije samenleving omdat vrije burgers het recht hebben zich te verenigen en het ondenkbaar is dat iedere burger exact dezelfde interesses en belangen heeft. Toch schuilen er ook gevaren in factievorming, bijvoorbeeld wanneer het leidt tot politieke instabiliteit of wanneer een meerderheidsfactie een gevaar vormt voor het staatsbestel. Dit kan alleen worden afgewend wanneer men voorkomt dat een meerderheid over dezelfde gedeelde belangen beschikt, of wanneer er wordt voorkomen dat zo'n meerderheid tot politieke excessen leidt. Een meerderheid mag dus nooit minderheden onderdrukken, enkel op basis van het gegeven dat zij de meerderheid is. Omdat de ontwikkeling van dit soort organisaties onvermijdelijk is stelt Madison, evenals Rousseau, dat het totale aantal groepen zo groot mogelijk moet zijn. Hierdoor blijft de groeps grootte relatief klein en het verkleint de kans dat de meerderheid een gezamenlijk belang heeft om de minderheid te onderdrukken. Democratie in haar puurste vorm, bestaande uit een klein aantal burgers dat de overheid vormt en zichzelf direct bestuurt, is volgens Madison geen oplossing voor de gevaren van factievorming. Een republiek met een representatief bestuur biedt wel mogelijkheden.<sup>107</sup>

## § 2.4 CONCLUSIE: NEUTRALE MACHT IN DEMOCRATIE?

In eerdere paragrafen is besproken dat een democratie niet louter is gestoeld op het principe van het meerderheidsbeginsel, maar ook op wederkerigheid en dynamiek tussen meerderheden en minderheden. Dit betreft losse individuen en al dan niet

---

<sup>104</sup> De Tocqueville, Boek I, deel 2, IV., pp. 210-211.

<sup>105</sup> Ibid, p. 66.

<sup>106</sup> Madison hanteert een breder begrip van het concept 'deelgroepering' dan Rousseau en De Tocqueville omdat bij Madison georganiseerdheid geen voorwaarde vormt om een factie te vormen.

<sup>107</sup> J. Madison, *The Federalist Papers*, no. 10, 23 november 1787. Ontleend aan [http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed10.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed10.asp), laatst geraadpleegd op 6 juli 2015.

georganiseerde groepen van individuen. Binnen een democratisch staatsbestel genieten burgers een hoge mate van individuele vrijheid waardoor zij zich kunnen bewegen in het speelveld van de meerderheid en diverse minderheden. Voor een politiek stabiel staatsbestel is het dus noodzakelijk dat er een evenwicht bestaat tussen de mate van homogeniteit enerzijds, en de mate van heterogeniteit anderzijds.

Om genoemd evenwicht te bewaken is het van belang dat er binnen een democratie ruimte is voor een *countermajoritarian force*: mechanismen en instituties die tegenwicht bieden aan de meerderheid en op die manier minderheden beschermen. Tevens biedt het de garantie dat minderheden de mogelijkheid hebben om tot de meerderheid te behoren. Binnen het kader van *government of the people, by the people, for the people* is dus ook ruimte voor andere dan democratisch gekozen instituties. De rechterlijke macht, specifiek wanneer het gaat om constitutionele toetsing, is hier een voorbeeld van.

Bovenstaande biedt op het eerste gezicht ruimte voor een niet-representatieve institutie zoals een neutrale macht. Deze fungeert immers als waarborg voor het machtsevenwicht van de politieke arena waarin de meerderheid en minderheden zich bevinden. Bij een conflict tussen de meerderheid en minderheden dat dreigt te ontsporen en daardoor het staatsbestel bedreigt, kan de neutrale macht middels haar bevoegdheden ingrijpen in het belang van het voortbestaan van de staat. Problematisch aan de verbinding van democratie met een neutrale macht is het feit dat deze vorm van macht niet ter verantwoording kan worden geroepen en geen deel uitmaakt van de politieke arena van de meerderheid en minderheden. De neutrale macht is dus ook geen onderdeel van de bestaande wederkerigheid en dynamiek tussen de meerderheid en minderheden. Het gegeven dat de neutrale macht niet-representatief is zorgt er in beginsel niet voor dat zij niet is te rijmen met democratie, maar het gegeven dat zij geen onderdeel uitmaakt van de fundamentele structuren in een democratie wel. De *countermajoritarian force* kan dus niet bestaan uit een neutrale machtsinstantie, maar wordt gevormd door andere mechanismen, bijvoorbeeld periodieke verkiezingen. Deze institutionele garanties kunnen worden gezien als neutraliserende elementen die waarborgen dat de dynamiek tussen de meerderheid en minderheden stand houdt. Hierdoor vindt besluitvorming plaats op basis van de meerderheidsregel, maar houden minderheden altijd de mogelijkheid om ook tot de meerderheid te kunnen horen. In hoofdstuk vijf wordt uitvoeriger ingegaan op deze neutraliserende elementen.



## HOOFDSTUK 3:

### NEUTRALE MACHT EN REPRESENTATIE

---

In zijn beschrijving van de neutrale macht benadrukt Constant dat het gaat om een niet-representatieve institutie die op geen enkel vlak verantwoordelijkheid kent. Men zou hieruit de voor de hand liggende conclusie kunnen trekken dat een neutrale macht niet is te verenigen met representatie binnen een democratisch staatsbestel. In het vorige hoofdstuk is echter aangetoond dat ook niet-representatieve instituties passen binnen een democratisch staatsbestel. Het is daarom interessant om de verhouding tussen een neutrale macht en representatie nader te beschouwen.

#### § 3.1. REPRESENTATIE BINNEN DEMOCRATIE

Evenals de betekenis van het begrip democratie is ook het begrip representatie en haar betekenis onderwerp van discussie. In haar analyse over representatie hanteert Hanna Pitkin een brede definitie: *“Representation means, as the word’s etymological origins indicate ‘re-presentation’, as making present again”*.<sup>108</sup> Andrew Rehfeld stelt dat er sprake is van representatie wanneer een bepaald publiek een persoon als vertegenwoordiger van dat publiek aanvaardt.<sup>109</sup> In navolging van deze definities heeft politieke representatie betrekking op het zichtbaar maken van de stem van de burgers binnen het politieke bestel. Dit staat in relatie tot de vraag onder welke omstandigheden regeringen betreffende hun samenstelling en besluitvorming een weerspiegeling zijn van wat er onder de bevolking leeft. Meer specifiek behelst het de centrale kwestie welke instellingen er moeten zijn, over welke bevoegdheden zij moeten beschikken en hoe de uitvoerende organen ervan worden benoemd. Hierdoor worden de begrippen democratie en representatie met elkaar verbonden, waarbij de gerepresenteerde betrekking heeft op de individuele kiezer en de representant de volksvertegenwoordiger betreft.<sup>110</sup>

De kwaliteit van een representatieve democratie is niet alleen afhankelijk van de politieke structuur, maar ook van de verhouding tussen kiezers en gekozenen. Vaak wordt de beoordeling van deze kwaliteit gebaseerd op de mate van overeenkomst tussen de opvattingen van de kiezers en het gedrag van de leden van de volksvertegenwoordiging.<sup>111</sup>

Niettegenstaande de huidige verbondenheid van democratie en representatie kan er een problematische verhouding ontstaan tussen de twee concepten, mede veroorzaakt door hun verschillende, zelfs strijdige oorsprong. In beginsel is representatie helemaal niet verbonden met democratie of vrijheid en heeft het ook geen betrekking op representatief bestuur. Democratie stamt uit het klassieke Griekenland en is voortgekomen uit de strijd van de lagere sociale klasse om meer invloed te krijgen op het bestuur. De Griekse vorm van democratie was participierend en niet gerelateerd aan

---

<sup>108</sup> H.F. Pitkin, *The Concept of Representation*, Berkeley: University of California Press, 1967, p. 8.

<sup>109</sup> A. Rehfeld, “Towards a General Theory of Political Representation”, in: *The Journal of Politics*, 2006/68, p. 2.

<sup>110</sup> F.R. Ankersmit, “Politieke representatie: Betoog over de esthetische staat”, in: *BMGN – Low Countries Historical Review*, 1987/3, p. 360.

<sup>111</sup> J.J.A. Thomassen, “Democratie en representatie”, *supra* n. 88, pp. 349-350.

representatie.<sup>112</sup> Als politiek begrip ontstaat representatie pas in de Vroeg Moderne Tijd, tijdens de overgang van het middeleeuwse staatsbestel naar de moderne soevereine staat. Ook in die periode wordt representatie nog niet verbonden aan enige vorm van democratie. Bij het realiseren van een moderne dynastieke vorstenstaat proberen vorsten hun macht te centraliseren en monopoliseren. Vaak is er wel sprake van afgevaardigden, bijvoorbeeld van gewesten of graafschappen, maar hun inspraak is beperkt tot een minimum. Representatie wordt opgelegd door de vorst, voornamelijk vanwege administratieve controle.<sup>113</sup> Hierdoor is de representant slechts de mandataris of gedelegeerde van zijn opdrachtgevers.<sup>114</sup>

Geleidelijk worden gebruiken en praktijken tussen afgevaardigden en vorst geïnstitutionaliseerd. De afgevaardigden worden een belangrijkere schakel tussen hun gemeenschap en de vorst en hun instemming wordt gaandeweg afhankelijker van tegemoetkoming aan hun wensen. Vertegenwoordiging wordt steeds meer gezien als een recht in plaats van een door bovenaf opgelegde plicht, maar de selectie van afgevaardigden is dan nog verre van democratisch. Pas na de grote democratische revoluties van de 18<sup>e</sup> eeuw wordt representatie verbonden met democratie.<sup>115</sup> Representatie, inclusief uitgebreid kiesrecht, wordt vanaf dat moment gezien als een mogelijkheid voor een democratische staatsvorm. Critici, onder wie Rousseau, stellen dan al dat representatie juist een bedreiging kan zijn voor de democratie. Democratie, dan wel vrijheid in een wettige staat, betekent volgens Rousseau dat alle burgers actief en persoonlijk deelnemen aan het besluitvormingsproces, waarin zij gezamenlijk in vergadering besluiten nemen. Dit is niet verenigbaar met vertegenwoordiging omdat daarbij het enige moment van vrijheid tijdens de verkiezingen ontstaat, niet ervoor of erna. “De soevereiniteit kan niet worden vertegenwoordigd om dezelfde reden als waarom ze niet kan worden vervreemd; ze bestaat wezenlijk in de algemene wil en de wil laat zich niet vertegenwoordigen, hij is het zelf of hij is iets anders; er is geen tussenweg”, aldus Rousseau.<sup>116</sup> Toch scheidt hij een mogelijkheid voor vertegenwoordiging door volksvertegenwoordigers te beschouwen als actoren binnen de regering (de overheid), dat wil zeggen als lasthebbers. Wetten moeten een uitdrukking blijven van de soevereine volkswil waardoor de soevereine natie alleen zichzelf kan representeren. De lasthebbers kunnen dus nooit een definitieve beslissing nemen omdat het volk iedere wet moet bekrachtigen.<sup>117</sup> Op deze manier wordt de soevereine macht zelf niet gedelegeerd, alleen de uitoefening en uitdrukking ervan.

---

<sup>112</sup> H.F. Pitkin, “Representation and Democracy: Uneasy Alliance”, in: *Scandinavian Political Studies*, 2004/3, pp. 335-346.

<sup>113</sup> R.C.H. Lesaffer, *Inleiding tot de Europese rechtsgeschiedenis* (2<sup>e</sup> druk), Leuven: Universitaire Pers, 2008, pp. 290-291.

<sup>114</sup> F.R. Ankersmit, “Politieke representatie: Betoog over de esthetische staat”, *supra* n. 110, p. 365. Ankersmit noemt deze vorm van representatie ook wel ‘mimetische representatie’. Dit wordt nader uitgelegd in § 4.3 van dit hoofdstuk.

<sup>115</sup> *Ibid.*, pp. 362-363.

<sup>116</sup> CS III, 15, p. 127.

<sup>117</sup> *Ibid.*

### § 3.2. REPRESENTATIE NADER BEKEKEN

Bovenstaande opvatting van Rousseau over vertegenwoordiging is afgeleid van de acceptatie van een onlosmakelijke verbinding van volkssoevereiniteit met representatie. Het volk vormt de grondslag van de politieke ordening, maar is in beginsel onzichtbaar. Wet- en regelgeving moeten een expressie zijn van de volkswil en deze volkswil moet op een bepaalde manier zichtbaar worden waarbij de soevereine natie alleen door zichzelf

“A multitude of men are made one person when they are by one man, or one person, represented; so that it be done with the consent of every one of that multitude in particular. For it is the unity of the representer, not the unity of the represented, that maketh the person one. And it is the representer that beareth the person, and but one person: and unity cannot otherwise be understood in multitude.”

Thomas Hobbes, 1651.

kan worden gerepresenteerd. Hobbes stelt in zijn *Leviathan* al dat een groep mensen pas een eenheid wordt wanneer deze groep wordt gerepresenteerd door iemand. Het volk zelf kan niet spreken en wordt pas weergegeven als volk wanneer het wordt gerepresenteerd. Het is dus niet het volk dat de representatie maakt, maar de representatie maakt het volk. Hierbij onderscheidt Hobbes actoren en auteurs. Een representant is een actor die handelt in naam van het volk, zijnde de auteurs. De actor is onderdeel van het geheel dat hij representeert, treedt op als geautoriseerde representant van de auteurs, maar tegelijkertijd worden de auteurs pas zichtbaar wanneer de actor namens hen optreedt.<sup>118</sup> In een staat wordt

eenheid tot stand gebracht door een representatief bestuur dat alle individuele opvattingen en belangen reduceert tot een algemeen belang. Omdat hier een sociaal contract aan ten grondslag ligt, zijn de uitspraken van de representant te beschouwen als die van het volk.<sup>119</sup> Binnen dit kader doet representatie dus niets af aan soevereiniteit, maar is de volkssoevereiniteit juist afhankelijk van representatie. Soevereiniteit als hoogste macht van een politieke gemeenschap is niet alleen overstijgend, maar ook afwezig en algemeen. Het soevereine volk dient afwezig te zijn binnen een politieke gemeenschap omdat geen enkele politieke actor op zichzelf soeverein kan zijn, zij vertegenwoordigen slechts de soeverein. Soevereiniteit is ook algemeen, in die zin dat het volk optreedt als eenheid. Het volk kan echter ook optreden als verdeeldheid, bijvoorbeeld bij verkiezingen. Op dat moment wordt het volk geacht de algemene wil te uiten, maar valt het feitelijk uiteen in losse individuen.<sup>120</sup> Politieke representatie heeft hierdoor een bemiddelende functie, in die zin dat het de volkssoevereiniteit zichtbaar en aanwezig maakt.<sup>121</sup>

Uitgaand van bovenstaand perspectief is een representatieve democratie dus geen “*sorry substitute for the real thing*”, zoals Dahl stelt, omdat een democratie representatie

<sup>118</sup> T. Hobbes, “Leviathan”, XVI, pp. 100-101.

<sup>119</sup> Ibid., XVII, p. 106.

<sup>120</sup> Een typisch voorbeeld in deze context is artikel 20 van de Duitse Grondwet dat stelt: “*Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.*” In de eerste zin treedt het volk op als eenheid, in de tweede zin als verdeeldheid. Ontleend aan [http://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg\\_02/245124](http://www.bundestag.de/bundestag/aufgaben/rechtsgrundlagen/grundgesetz/gg_02/245124), laatst geraadpleegd op 6 augustus 2015.

<sup>121</sup> H. Lindahl, “Vorst, op God na. Politieke macht en de symbolisering van soevereiniteit”, in: *Nederlands tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie*, 1997/2, pp. 122-136.

vereist om te kunnen functioneren als democratie.<sup>122</sup> Wanneer wetgeving is gestoeld op het principe van de algemene wil, moet deze wil kenbaar worden gemaakt door middel van representatie. Kort samengevat bestaat politieke representatie uit een viertal aspecten:

1. Een bepaalde partij die fungeert als representant, bijvoorbeeld een politieke partij, een organisatie of een protestbeweging;
2. Een bepaalde partij die wordt gerepresenteerd, zoals burgers of cliënten;
3. Iets dat het onderwerp is van de representatie, bijvoorbeeld meningen, belangen of interesses;
4. Een politieke context waarbinnen de representatie plaatsvindt.<sup>123</sup>

De diverse theorieën over representatie verschillen door de manier waarop zij bovenstaande aspecten invullen. Democratische theoretici vinden bijvoorbeeld vaak dat men alleen representant kan zijn op basis van verkiezingen. In het algemeen zijn theorieën over representatie meestal louter van toepassing op bepaalde politieke actoren binnen een bepaalde context. Er wordt bijvoorbeeld anders gekeken naar de manier waarop individuen een bepaald kiesdistrict representeren, dan naar representanten van sociale bewegingen. De eerder aangehaalde brede definities van Pitkin en Rehfeld maken niet-democratische representatie mogelijk binnen een politieke context. Hieruit volgt de vraag wanneer een representant wordt erkend als vertegenwoordiger en hoe een representant zich moet gedragen wanneer hij de functie van vertegenwoordiger vervult.

Een rode draad door de discussie rondom representatie gaat over de vraag of een representant moet optreden als *delegate* (afgevaardigde) of *trustee* (gevolmachtigde). Het cruciale verschil tussen de twee typen is dat afgevaardigden een gebonden mandaat hebben en gevolmachtigden beschikken over een vrij mandaat. De 18<sup>e</sup>-eeuwse politicus en filosoof Edmund Burke is een bekend voorstander van het model waarin de representant optreedt als gevolmachtigde. In een van zijn redevoeringen waarin hij de kiezers van Bristol toespreekt, stelt Burke dat een parlement een overlegorgaan is van een bepaalde natie, waar een bepaald algemeen belang uit voortvloeit. Lokale belangen, of deelbelangen, zouden geen rol mogen spelen omdat het parlement uiteindelijk de algemene volkswil representeert. De rol van de representant is dan ook dat deze slechts functioneert als lid van het parlement en niet als afgevaardigde van bijvoorbeeld het district waarin hij is gekozen. Wanneer een representant zou beschikken over een gebonden mandaat zou het parlement bestaan uit representanten met onderling conflicterende belangen. Dit leidt tot een soort 'ruilhandel' van belangen en doet af aan het algemeen belang. Wanneer representanten echter autonoom handelen op basis van een vrij mandaat, kunnen zij op basis van de rede discussiëren om zo gezamenlijk tot een rationele oplossing te komen. Dit betekent overigens niet dat representanten geheel los staan van hun kiezers. Burke benadrukt dat kiesrecht een fundamenteel recht is, dat een representant altijd open moet staan voor de mening van zijn kiezers en deze mening zeer serieus moet nemen. Desondanks zal de representant uiteindelijk met een vrij

---

<sup>122</sup> R.A. Dahl, *Dilemmas of pluralist democracy: autonomy vs. control*, New Haven: Yale University Press, 1982, p. 13.

<sup>123</sup> S. Dovi, "Political Representation", in: E.N. Zalta (red.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (webeditie 2014). Ontleend aan <http://plato.stanford.edu/cgi-bin/encyclopedia/archinfo.cgi?entry=political-representation>, laatst geraadpleegd op 28 juli 2015.



mandaat zitting nemen in het parlement omdat de antwoorden op politieke vraagstukken niet zijn ontleend aan de kiezers, maar voortkomen uit rationeel parlementair overleg.<sup>124</sup>

Ook de 18<sup>e</sup>-eeuwse Franse politicus Emmanuel Sieyès bespreekt in zijn werk de spanning tussen de volksvertegenwoordiger als behartiger van de belangen van zijn achterban enerzijds en als behartiger van het algemeen belang anderzijds. In navolging van Rousseau vindt ook Sieyès dat een vergadering van afgevaardigden (bijvoorbeeld namens een stand of district) niet in staat is om de volkswil te uiten, noch het gehele volk kan representeren. Wanneer een vertegenwoordiger optreedt als afgevaardigde is hij een representant van een specifiek deelbelang met een gebonden mandaat. Hierdoor zal hij nooit in staat zijn het algemeen belang te dienen, laat staan te vertegenwoordigen.<sup>125</sup> Wanneer een parlement het gehele volk wil representeren mag het dus geen vergadering van afgevaardigden zijn. Elk verkozen lid van het parlement moet optreden als representant van de natie. Dit vergt dat het politieke systeem zodanig moet worden georganiseerd dat vertegenwoordiging van deelbelangen onmogelijk is. Sieyès erkent zowel de rol van afgevaardigde als gevolmachtigde wanneer het gaat om representanten. De representant met gebonden mandaat past in theorie beter bij de democratiegedachte dan een volledig autonome representant. Toch blijkt dat een gebonden representant niet kan optreden als vertegenwoordiger. Sieyès lost deze tegenstelling op door beide rollen onder te brengen in afzonderlijke politieke instituties. Een direct gekozen Tribunaat doet voorstellen tot wetgeving, waarbij de vertegenwoordiger dus optreedt als gevolmachtigde van het volk. Daarnaast bestaat een direct gekozen uitvoerende macht waarbij constante aansluiting tussen Tribunaat en uitvoerende macht van belang is. Tevens is er een direct gekozen wetgevende institutie. Hier bepleiten leden van het Tribunaat hun wetsvoorstellen en de leden van de uitvoerende macht geven hun eigen visie. Uiteindelijk velt de wetgevende institutie slechts een eindoordeel, zij kan dus zelf geen wetsvoorstellen doen.<sup>126</sup> Op deze manier vervat Sièyes het pure democratische element van de volksvertegenwoordiger als *delegate* in een verder representatief systeem.

Het model waarin een representant optreedt als afgevaardigde wordt ook verdedigd in *The Federalist Papers*. In het vorige hoofdstuk is reeds besproken dat factievorming kan leiden tot de overheersing van deelbelangen binnen politieke besluitvorming, maar dat deze diversiteit tegelijkertijd een van de waarborgen vormt tegen de tirannie van de meerderheid. Madison betoogt dat representanten kunnen dienen als intermediair tussen de mening van de kiezer en de uiteindelijke beslissing van het parlement. Niet alleen omdat zij het kiezersbelang representeren, maar ook omdat zij minder snel geneigd zullen zijn om tijdelijke overwegingen te laten prevaleren boven staatsbelang en gerechtigheid. Hierdoor is de kans groot dat de publieke opinie, zoals uitgedragen door representanten, beter in lijn is met het algemeen belang dan wanneer deze wordt

---

<sup>124</sup> E. Burke, "Speech to the electors of Bristol", in: F. Canavan (red.), *Select Works of Edmund Burke*, vol. 4: *Miscellaneous Writings*, Indianapolis: Liberty Fund, 1999, pp. 10-12.

<sup>125</sup> E.J. Sieyès, "Views of the executive means available to the representatives of France in 1789", in: M. Sonenscher (red.), *Sieyès: Political Writings*, Indianapolis: Hackett Publishing, pp. 10-12. Origineel: *Vues sur les moyens d'exécution dont les représentants de la France pourront disposer en 1789*.

<sup>126</sup> E.J. Sieyès, "What is the Third Estate?", in: M. Sonenscher (red.), *Sieyès: Political Writings*, Indianapolis: Hackett Publishing, pp. 138-145. Origineel: *Qu'est-ce que le Tiers-État?*, 1789.

uitgedragen door het volk zelf.<sup>127</sup> De invloed van deelbelangen via leden van de volksvertegenwoordiging wordt ook beperkt door de structuur van de Amerikaanse Grondwet waarin veel elementen van zowel machtenscheiding als *checks and balances* te vinden zijn. De verantwoordelijkheid voor het algemeen belang ligt hierdoor niet alleen bij het Congres, maar voor een groot gedeelte ook bij de president. In zo'n systeem is het minder problematisch wanneer congresleden lokale belangen behartigen dan in een parlementair systeem, waar de uitvoerende macht is afgeleid van het parlement.<sup>128</sup>

### § 3.3. VORMEN VAN REPRESENTATIE

In haar opvatting over representatie maakt ook Pitkin onderscheid tussen verschillende rollen van representanten. Zij beschrijft allereerst een formalistisch perspectief waarbij representatie wordt uitgelegd in termen van bepaalde formele procedures. Binnen dit perspectief stelt de *authorization view* een representant voor als iemand die door een ander is geautoriseerd tot handelen.<sup>129</sup> Op basis van de *accountability view* is een representant iemand die verantwoordelijk kan worden gehouden voor zijn handelen.<sup>130</sup> Binnen het tweede, substantiële perspectief wordt representatie niet uitgelegd in termen van handelen, maar in termen van waar een representant voor staat. De *descriptive view* stelt dat de representant een zo accuraat mogelijke weerspiegeling moet zijn van hetgeen hij representeert.<sup>131</sup> De *symbolic view* legt niet zozeer de nadruk op gelijkenis tussen representant en het gerepresenteerde, maar op de symbolische verbinding tussen beide.<sup>132</sup>

Bovenstaande perspectieven schieten tekort wanneer het gaat over het definiëren van politieke representatie. Dat een vertegenwoordiger is geautoriseerd tot handelen zegt bijvoorbeeld niets over de manier waarop hij dit handelen vormgeeft. Dit geldt ook voor een representant die een kopie is van het gerepresenteerde, of zijn legitimiteit ontleent aan andermans geloof in hem als representant. Uiteindelijk pleit Pitkin voor *'representing as acting for'*: een vorm van politieke representatie die een handeling vereist, waarbij niet alleen formele procedures worden gebruikt om te verklaren wat een bepaalde handeling tot representatie maakt. Zowel de representant als de personen die worden vertegenwoordigd zijn vrij in hun handelen. Hoewel de representant degene is die

"Representing here means acting in the interest of the represented, in a manner responsive to them. The representative must act independently; his action must involve discretion and judgement; he must be the one who acts. The represented must also be (conceived as) capable of independent action and judgment, not merely being taken care of."

Hannah Pitkin, 1967.

<sup>127</sup> J. Madison, "The Federalist Papers, no. 10", *supra* n. 94. Madison stelt in hetzelfde artikel overigens ook dat corruptie van vertegenwoordigers een gevaar vormt voor het algemeen belang. Dit tracht hij te ondervangen door in een klein land een relatief groot aantal parlementariërs aan te stellen en in een groot land een relatief klein aantal.

<sup>128</sup> P.J. Boon, "Amerikaans staatsrecht", *supra* n. 77, pp. 82-92.

<sup>129</sup> H.F. Pitkin, "The Concept of Representation", *supra* n. 108, pp. 38-39.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 55.

<sup>131</sup> *Ibid.*, pp. 60-61.

<sup>132</sup> *Ibid.*, pp. 92-93.

daadwerkelijk handelend optreedt, is er sprake van een dialoog tussen representant en het gerepresenteerde. Hierbij is het mogelijk dat er conflicten ontstaan, al mag dit niet structureel het geval zijn.<sup>133</sup>

De *acting for* representatie van Pitkin komt grotendeels overeen met de opvatting van Ankersmit over representatie. Hij spreekt over esthetische representatie, een theorie die is gebaseerd op de afwezigheid van identiteit van representant en gerepresenteerde. Hier tegenover stelt Ankersmit de mimetische representatietheorie, waarbij de volksvertegenwoordiging een zo accuraat mogelijke afspiegeling van het vertegenwoordigde volk moet zijn. De overeenkomstige identiteit van representant en gerepresenteerde is daarmee het ideaal van de politieke representatie. Geheel in lijn met Burke wijst Ankersmit dit ideaal af, omdat men alleen van representatie kan spreken wanneer er een verschil bestaat tussen representant en het gerepresenteerde. Een volksvertegenwoordiging is een substituut voor het gerepresenteerde volk. Hierbij is niet de gelijkenis bepalend voor de kwaliteit van de representatie, maar de functie. Institutionele mechanismen zoals verkiezingen laten zien of een volksvertegenwoordiging nog kan functioneren als representatie van het volk en zo niet, welke wijzigingen in haar samenstelling dan noodzakelijk zijn volgens datzelfde volk. De aard van eventuele wijzigingen wordt dus niet ingegeven op basis van gelijkenis, maar op basis van het vermogen van de representanten om te functioneren zoals het volk dat zelf zou hebben gedaan.<sup>134</sup>

De theorie van esthetische representatie heeft een aantal implicaties. Ankersmit ziet de verhouding tussen representanten en het volk als dezelfde verhouding tussen een kunstwerk en de werkelijkheid. Het is onmogelijk om te verlangen dat een kunstwerk identiek is aan wat het representeert. Dit geldt ook voor representanten ten opzichte van wat zij representeren.<sup>135</sup> Dit heeft tot gevolg dat er geen vaste en onveranderlijke regels kunnen zijn voor de verhouding tussen representant en gerepresenteerde. Hierdoor heeft de representant een hoge mate van autonomie, zoals ook bepleit door Burke en Sieyès. Ankersmit wijst echter op een belangrijk verschil tussen de politieke werkelijkheid en een kunstwerk wanneer het gaat om representatie. Waar de werkelijkheid voor de kunstenaar reeds is gegeven, geldt dat voor de politieke werkelijkheid niet. Deze ontstaat pas na en dankzij representatie. De politieke werkelijkheid is er pas als zodanig wanneer deze op een afstand tegenover ons wordt geplaatst, door middel van politieke representatie. Tevens zorgt de afwezigheid van een overeenkomstige identiteit tussen representant en gerepresenteerde voor een afwezigheid van de identiteit tussen de politieke wil van de representant en de wil van de gerepresenteerde. Dit is opvallend, omdat de wil van de

“Representatie is niet een ‘device’ ter oplossing van het praktische probleem om alle staatsburgers ergens bij elkaar te krijgen, niet een *faute-de-mieux* voor de directe democratie, maar de enige en onmisbare constitutionele procedure om de benodigde politieke macht te genereren voor de oplossing van onze moeilijkste politieke en sociale problemen.”

Frank Ankersmit, 1987.

<sup>133</sup> Ibid., pp. 209-210.

<sup>134</sup> F. R. Ankersmit, *Macht door representatie. Exploraties III: Politieke filosofie*, Kampen: Kok Agora, 1997, pp. 12-15.

<sup>135</sup> Ibid., p. 14.

representant uiteindelijk bindend zal zijn. Ankersmit is van mening dat de politieke werkelijkheid die wordt gecreëerd door esthetische representatie in essentie politieke macht is. Bij mimetische representatie vallen representant en gerepresenteerde samen. Wanneer er tussen beide een verschil ontstaat in politieke wil zal dat leiden tot een machtsuitoefening van de representant over het gerepresenteerde. Esthetische representatie schept ruimte tussen representant en gerepresenteerde, waardoor zij elk hun eigen bewegingsruimte hebben. Deze ruimte ziet Ankersmit als identiek aan politieke macht waardoor politieke problemen op een zinvolle wijze kunnen worden opgelost. Bovendien is macht die ontstaat uit representatie een vorm van legitieme macht. Macht die door de representant op een legitieme manier wordt gehanteerd kan door de kiezer op legitieme wijze worden teruggenomen. Hierbij is de politieke macht niet in bezit van de representant, noch in bezit van het gerepresenteerde. De macht ontstaat dus niet bij een van de twee partijen, maar tussen de partijen in.<sup>136</sup>

### § 3.4. THE MANDATE-INDEPENDENCY CONTROVERSY

In paragraaf twee van dit hoofdstuk is de discussie rondom het vrije of gebonden mandaat van de representant reeds kort behandeld, door Pitkin de *mandate-independency controversy* genoemd. Centraal binnen deze discussie staat de vraag of de representant moet handelen op basis van instructies of gebonden mandaat van zijn achterban, of dat hij moet beschikken over een vrij mandaat zodat hij autonoom kan oordelen over politieke beslissingen. Hoewel het idee van een representant met een gebonden mandaat verleidelijk lijkt in het licht van de democratiegedachte, stelt Pitkin vast dat dit bij nader inzien onmogelijk te realiseren is. Het roept bijvoorbeeld de vraag op hoe een representant moet handelen als hij meerdere, onderling verdeelde mensen vertegenwoordigt. Zelfs als het gaat om het vertegenwoordigen van slechts één persoon is mimetische representatie problematisch omdat handelen van de representant zoals de persoon die wordt vertegenwoordigd dat zelf zou doen, niet altijd het belang van die persoon dient.<sup>137</sup>

De *mandate-independency controversy* kent twee extreme, tegenovergestelde visies. Enerzijds is er de visie waarbij de representant gebonden is aan het mandaat van zijn kiezers. De representant handelt dus op basis van de wensen en instructies van zijn achterban, waarbij elke afwijking ervan afdoet aan de kwaliteit van de representatie. Anderzijds bestaat de visie zoals onder meer beschreven door Burke en Sieyès, waarbij de representant optreedt als autonome vertegenwoordiger. Vaak hangt dit samen met de opvatting dat complexe politieke kwesties het vermogen van de gewone burger te boven gaan. Representanten zijn door hun opleiding en functie geschikter om deze kwesties op te lossen, wat een bepaalde mate van autonomie vereist.<sup>138</sup> Tevens bestaat een verzameling kiezers nooit uit een uniforme groep met een kant-en-klare mening. Mimetische representatie kan niet representeren wat er nog niet is, representatie moet het onzichtbare juist zichtbaar maken. Dit gaat alleen wanneer de representant autonoom kan handelen.<sup>139</sup>

---

<sup>136</sup> F.R. Ankersmit, "Politieke representatie: Betoog over de esthetische staat", *supra* n. 110, p. 374-375.

<sup>137</sup> H.F. Pitkin, "The Concept of Representation", *supra* n. 108, pp. 144-145.

<sup>138</sup> E.J. Sieyès, "What is the Third Estate?", *supra* n. 126, pp. 110-112.

<sup>139</sup> H.F. Pitkin, "The Concept of Representation", *supra* n. 108, pp. 146-147.

Pitkin concludeert dat de betekenis van het concept representatie elementen van beide polen heeft. In de vorige paragraaf is bij de uitleg van esthetische representatie al besproken dat de fundamentele betekenis van representatie impliceert dat er ruimte bestaat tussen de politieke wil van de representant en die van het gerepresenteerde. Hierdoor is er sprake van een dialoog en wederkerigheid, waardoor de representant nooit los kan worden gezien van het gerepresenteerde, noch van bijbehorende belangen. Eulau et al. onderscheiden in dit kader vier rollen van een representant. Deze moet handelen in overeenstemming met wat het electoraat wil (1); wat in het belang is van het electoraat (2); wat de natie wil (3) en wat in het belang is van de natie (4). Alleen in de eerste rol zou de representant slechts als *delegate* kunnen optreden. In de praktijk vervullen representanten echter verschillende rollen, bijvoorbeeld die van een 'politico', waarbij een representant optreedt als *delegate*, maar ook als *trustee*, afhankelijk van de politieke kwestie.<sup>140</sup> De discussie rondom de rol van een representant heeft overigens niet alleen betrekking op de verhouding tussen de representant en de kiezer, maar ook op de relatie van de representant met zijn politieke partij. Hierdoor bestaat er niet alleen een spanning tussen de relatie van de belangen van bijvoorbeeld een individuele kiezer of een district met de belangen van de gehele natie, maar komt er een derde belang bij in de vorm van het partijbelang.

Zowel de *mandate-independency controversy* als de esthetische representatietheorie laten zien dat er een kloof bestaat tussen de representant en het gerepresenteerde. Representatie en volkssoevereiniteit zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden omdat het volk en de volkswil zichtbaar worden middels het principe van representatie. Representanten beschikken echter over een bepaalde mate van autonomie en dienen meer belangen dan alleen het belang van de kiezer. Voorts is een democratische volksvertegenwoordiging is echter per definitie verdeeld omdat haar taak onder andere bestaat uit het beslechten van meningsverschillen. Een niet verdeelde volksvertegenwoordiging zou overbodig zijn omdat deze beslissingen neemt die anders ook zouden worden genomen. De noodzaak om op basis van verdeeldheid beslissingen te nemen leidt tot een systematische discrepantie tussen volksvertegenwoordiging en electoraat.

### § 3.5. HET ALGEMEEN BELANG ALS ONDERWERP VAN REPRESENTATIE

In het vorige hoofdstuk is beschreven hoe niet-representatieve instituties passen binnen een democratische samenleving vanuit het perspectief van de *countermajoritarian force*. Hoewel hun benaming in beginsel anders doet vermoeden, zijn 'niet-representatieve' instituties (in de zin dat zij niet democratisch zijn gekozen) ook te verenigen met politieke representatie. Bovenstaande paragrafen laten immers zien dat een representant als zodanig kan optreden wanneer hij zijn legitimiteit ontleent aan het volk: hij representeert het volk en hij is geautoriseerd door het volk om namens hen te handelen. Hieruit volgt dat een representant moet kunnen claimen dat hij enerzijds handelt op basis van het gezag dat hij heeft verkregen van het volk en anderzijds in het algemeen belang van het volk. De vraag die hier uit voortvloeit is of er binnen een

---

<sup>140</sup> H. Eulau et al., "The Role of the Representative: Some Empirical Observations on the Theory of Edmund Burke", in: H. Eulau & J. Wahlke, *The Politics of Representation: Continuities in Theory and Research*, Londen: Sage Publications, 1978, pp. 111-126.

democratie ook andere dan parlementaire instituties kunnen bestaan, gerelateerd aan politieke representatie.

Lindahl beantwoordt bovenstaande vraag positief door te betogen dat de rechter evenzeer een volksvertegenwoordiger is als de wetgever. Net als de wetgever stelt de rechter vast wat algemeenheid en gemeenschappelijkheid inhouden in de context van de te stellen norm (het vonnis). Hierdoor wordt rechtspraak ook een vorm van politieke vertegenwoordiging.<sup>141</sup> Deze zienswijze is gebaseerd op het standpunt dat representatie is gekoppeld aan rechtsvorming. Eerder in dit hoofdstuk kwam al naar voren dat politieke representatie een bemiddelende functie heeft omdat het de volkssoevereiniteit zichtbaar maakt en het algemeen belang concretiseert. Dit zorgt voor een wederzijdse afhankelijkheid tussen het algemeen belang en de concretisering (individuele belangen) ervan. Alleen als concretisering van het algemeen belang kan een individueel belang aanspraak maken op legitimiteit, waardoor de representant afhankelijk wordt van het gerepresenteerde. Hieruit volgt dat elke politieke partij zal claimen dat haar programma de beste concretisering van het algemeen belang vormt omdat dit legitimiteit verschaft. Andersom is het algemeen belang afhankelijk van de concretisering omdat het anders onzichtbaar blijft.<sup>142</sup> In navolging hiervan stelt Lindahl dat rechtsvorming zowel een toepassende als scheppende handeling behelst. Een hogere norm wordt toegepast waardoor een lagere norm wordt geschapen. Dit leidt tot een representatieve structuur omdat het moment van toepassing en het moment van schepping eenzelfde wederzijdse afhankelijkheid kennen als het algemeen belang en de concretisering ervan.<sup>143</sup> Het algemeen belang wordt gepresenteerd door rechtsvorming, een proces dat bestaat uit een hiërarchisch normenstelsel waarin recht wordt toegepast, alsmede wordt geschapen. De hoogste norm wordt ingevuld door het algemeen belang, waarvan de betekenis primair wordt vormgegeven door grondwetgeving. Deze grondwetgeving wordt vervolgens weer vormgegeven in lagere wet- en regelgeving. De laagste norm wordt ingevuld door een rechterlijk vonnis, dat een wettelijke norm toepast, maar tegelijkertijd ook haar meest concrete betekenis schept. Een rechterlijk vonnis is legitiem omdat dit het algemeen belang toepast, maar tegelijkertijd geeft het vonnis ook invulling aan het algemeen belang.<sup>144</sup> Dit zorgt ervoor dat alle varianten van rechtsvorming zijn te beschouwen als politieke representatie en alle rechtsvormers kunnen worden gezien als representanten, onder wie de rechter. Net als het parlement ontleent ook de rechter zijn legitimiteit aan de rechtsvormende handeling waarin het algemeen belang wordt geconcretiseerd, oftewel het volk wordt gepresenteerd.<sup>145</sup>

---

<sup>141</sup> H. Lindahl, "Rechtsvorming als politieke representatie: de kwestie van constitutionele toetsing", in: B. van Klink & E.J. Broers (red.), *De rechter als rechtsvormer*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2001, pp. 193-194.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 188.

<sup>143</sup> H. Lindahl, "De Staten-Generaal vertegenwoordigen het gehele Nederlandse volk: Over representatie als rechtsfilosofisch probleem", in: *Nederlands tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie*, 1999, pp. 17-18.

<sup>144</sup> H. Lindahl, "Rechtsvorming als politieke representatie: de kwestie van constitutionele toetsing", *supra* n. 118, p. 176.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 191.

### § 3.6. CONCLUSIE: NEUTRALE MACHT ALS SCHAKEL TUSSEN REPRESENTANT EN VOLK?

Op basis van eerdere paragrafen kan een aantal conclusies worden getrokken. De betekenis van de concepten representatie en democratie veronderstelt dat elke vorm van democratie representatief is. De volkssoevereiniteit die ten grondslag ligt aan de democratie is immers in beginsel onzichtbaar en wordt aanwezig gesteld door middel van representatie. Democratie impliceert participatie van iedereen, maar dit vergt ook representatie van iedereen, als eenheid. De representatie maakt het volk zodat het zichtbaar wordt als politieke eenheid. Politieke representatie concretiseert het algemeen belang en deze vorm van representatie is niet louter voorbehouden aan het parlement omdat ook andere instituties, bijvoorbeeld de rechterlijke macht, het algemeen belang concretiseren.

Ondanks de noodzakelijke verbinding tussen volkssoevereiniteit en representatie bestaat er een spanning tussen de representanten en hun achterban, samengevat in de *mandate-independency controversy*. Representanten dienen niet enkel het belang van hun achterban, maar ook dat van hun politieke partij en uiteindelijk alleen het algemeen belang. Maar juist zij moeten dat algemeen belang articuleren, en wel vanuit een veelheid van belangen. Op basis van die verdeeldheid vindt besluitvorming plaats door middel van de meerderheidsregel, waardoor er altijd discrepantie bestaat tussen representant en gerepresenteerde(n).

De vraag rijst nu of een neutrale macht past binnen een democratische staatsvorm vanuit het perspectief van representatie. In eerste instantie is het antwoord op deze vraag bevestigend. Op basis van de betekenis van politieke representatie bestaat er binnen een democratie ruimte voor niet-parlementaire instituties. Wanneer een handeling van de neutrale macht zowel rechtsschepping als rechtstoepassing inhoudt is er sprake van rechtsvorming waarmee het algemeen belang wordt gerepresenteerd. De neutrale macht ontleent dan, net als het parlement en de rechter, zijn legitimiteit aan de rechtsvormende handeling. Wanneer er nader wordt gekeken naar de aard en functie van een neutrale macht in het licht van representatie ontstaat er een problematische situatie. De kwestie is of een neutrale macht kan fungeren als schakel tussen volksvertegenwoordiging en electoraat, ofwel representanten en het volk, waardoor de discrepantie tussen beide polen wordt opgeheven of wordt beheerst. Het opheffen van deze spanning is in beginsel onmogelijk omdat dit zou afdoen aan het principe van volkssoevereiniteit, dan wel representatie. Wanneer de neutrale macht zou fungeren als scheidsrechter, die afwisselend voorrang geeft aan een van de twee polen, ontstaan er twee mogelijkheden. Een eerste mogelijkheid is dat de neutrale macht de plaats inneemt van de representanten en het volk representeert, waarmee hij nog steeds 'slechts' een representant is en dus in verhouding staat tot volkssoevereiniteit. Een andere mogelijkheid is dat de neutrale macht wordt toebedeeld aan het volk zelf, maar dan is een vorm van representatie onvermijdelijk. Uiteindelijk leidt dit tot eenzelfde situatie als in het begin: een noodzakelijke discrepantie tussen representant en het gerepresenteerde. Constant beschrijft de neutrale macht als een macht die geen enkele verantwoordelijkheid kent, ook niet met betrekking tot het soevereine volk. Het is daarom ook geen verdediger van het algemeen belang. Deze vorm van macht is niet direct verbonden met de politieke arena vanwege zijn vermeende neutraliteit, maar

indirect wel omdat de neutrale macht de verhouding tussen de afzonderlijke machten - die het algemeen belang omzetten in wetgeving - kan beïnvloeden. Dit botst met de principes van volkssoevereiniteit en representatie omdat de neutrale macht het soevereine volk op die manier niet kan representeren.



## HOOFDSTUK 4:

### NEUTRALE MACHT IN MACHTSEVENWICHT

---

In de twee eerdere hoofdstukken is het idee van een neutrale macht geanalyseerd vanuit de perspectieven democratie en representatie. In dit hoofdstuk wordt het probleem van het machtsevenwicht nader besproken aangezien dit de grondslag vormt voor het instellen van een neutrale macht. Allereerst wordt de oorsprong van het idee van machtenscheiding en machtsevenwicht uiteengezet om zo te kijken waar het vandaan komt en hoe het zich historisch heeft ontwikkeld. Daarna wordt bekeken waarom juist deze drie machten – wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht – onderdeel van het evenwicht vormen. Voorts is de vraag wat deze machten onderling bindt, op basis waarvan zij elkaar in evenwicht houden en of de neutrale macht past bij deze structuur.

#### § 4.1. OORSPRONG VAN DE DOCTRINE

De moderne invulling van het begrip machtenscheiding is het resultaat van een langdurige ontwikkeling. Het uitgangspunt dat publieke macht moet worden gescheiden en dat dit kan worden gedaan op basis van drie functies - wetgevend, uitvoerend, rechtsprekend - is het resultaat van verschillende ideeën over de onderliggende vraag waaraan de staat zijn legitimiteit ontleent. Voordat de Trias Politica nader wordt besproken, is het van belang om eerst te verkennen welke machten nu precies in evenwicht moeten zijn en waarom juist die machten onderdeel uitmaken van dat machtsevenwicht. De leer van de machtenscheiding berust op twee fundamenteën. Primair stelt de leer van de Trias Politica dat beheersing en controle van politieke macht noodzakelijk is om zo te voorkomen dat deze politieke macht willekeurig wordt en zo individuele burgerlijke vrijheid bedreigt. Ten tweede geeft de Trias-leer een basis voor het eerste idee: strikte scheiding van machten, zowel formeel als materieel, eventueel gecombineerd met wederzijdse controle en/of onafhankelijkheid.<sup>146</sup> Deze grondslagen geven echter nog geen duidelijk antwoord op de vraag waarom de Trias-leer drie bepaalde machten onderscheidt. Met andere woorden: waarom juist een wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht als onderdelen van de machtenscheiding?

Om bovenstaande vraag te beantwoorden is het nuttig om te kijken naar de fundamentele beginselen van een staat, vanuit daar vloeien immers bepaalde functies voort. Enkele basisprincipes over het gebruik van macht om een samenleving te besturen, zijn al zichtbaar in de Klassieke Oudheid. Hoewel de structuur van de Griekse samenleving anders is dan die van een moderne samenleving speelt dan al de vraag over de vereniging van vrijheid en autoriteit. Het begrip vrijheid wordt op dat moment vooral opgevat als de mogelijkheid om vrij te kunnen debatteren in een publieke omgeving. In de moderne tijd verschuift de invulling van het begrip naar het perspectief van het individu.<sup>147</sup> Voornamelijk de ideeën over het begrip ‘overheid volgens de wet’ en de daaruit voortvloeiende functies van die overheid zijn relevant voor de latere doctrine van de machtenscheiding. De legitimiteit die de overheid krijgt op basis van de wet

---

<sup>146</sup> P.B. Cliteur & M.R. Rutgers, “De Trias: een inleiding”, in: P.B. Cliteur & M.R. Rutgers (red.), *De Trias onder spanning*, Groningen: Wolters-Noordhoff, 1999, pp. 14-15.

<sup>147</sup> J.A.O. Larsen, “Freedom and its Obstacles in Ancient Greece”, in: *Classical Philology* 1962/4, pp. 230-234.

veronderstelt twee functies: het maken van wetten en het in werking stellen van wetten. In dit verband maakt Aristoteles reeds het onderscheid tussen de legislatieve en politieke wijsheid. Hierbij is de legislatieve wijsheid de verantwoordelijkheid van de wetgever, die voor controle en orde zorgt door middel van algemene wetten en regels. De politieke wijsheid heeft betrekking op handelingen en beraadslagingen, maar ook op judiciële decreten.<sup>148</sup> Dit grove onderscheid tussen wetgeving en politiek is niet geheel gelijk aan het moderne onderscheid tussen de wetgevende en uitvoerende macht omdat de taak van de wetgever bij de oude Grieken anders was dan die van de moderne wetgever. In de moderne opvatting over de taakstelling van de wetgever gaat het om een continue proces van wetgeving. Volgens Aristoteles legt een door de goden geïnspireerde wetgever de basis van de constitutie, die niet aan constante verandering onderhevig is omdat dit zou afdoen aan het fundament van de staat.<sup>149</sup> Hier is dus geen sprake van een continue wetgevingsproces zoals in de hedendaagse betekenis.

Een ander basisprincipe dat reeds naar voren komt in de Oudheid is dat van de *rule of law*: het uitgangspunt dat eenieder, dus ook de overheid zelf, zich aan de wet moet houden. Plato en Aristoteles stellen dat heersers die volledige wijsheid en deugden bezaten niet moeten worden onderworpen aan wetten. Tegelijkertijd erkennen zij dat de aanwezigheid van dergelijke verlichte heersers zeldzaam is, waardoor de *rule of law* noodzakelijk is voor gerechtigheid en gelijkheid in een staat.<sup>150</sup> Uit deze opvatting vloeit ook het idee voort van de algemene strekking van de wet. Tegelijkertijd moet er concrete invulling worden gegeven aan deze algemeenheid, door het toekennen van bevoegdheden aan hen die het recht nader mogen invullen of mogen toepassen op individuele gevallen. Hoewel het onderscheid dat Aristoteles maakt met betrekking tot het wetgevingsproces niet hetzelfde is als het moderne onderscheid tussen de wetgevende en uitvoerende macht, werd er in de Oudheid al wel een onderscheid gemaakt tussen enerzijds een algemene regel en anderzijds de concrete invulling ervan.<sup>151</sup>

Het idee dat er een autonome wetgevende macht bestaat, hangt samen met de aanname dat recht maakbaar is door de mens en zijn handelen. In de Vroege Middeleeuwen speelt deze aanname nog een ondergeschikte rol omdat recht wordt gezien als onveranderlijk en goddelijk geïnspireerd. Dit recht kan weliswaar worden geïnterpreteerd en toegepast door de mens, maar niet structureel worden veranderd. Een wet wordt gezien als het recht van God, omgezet in de gewoonte van een gemeenschap, door de koning en zijn raad. Gezien de vaak individuele en concrete toepassing vormt het maken van wetgeving vaak een onderdeel van de gerechtelijke procedure. De overheid heeft daardoor vooral een judiciële functie, omdat al haar handelen in zekere zin wordt gerechtvaardigd in het licht van wetstoepassing en wetsinterpretatie.<sup>152</sup>

---

<sup>148</sup> Aristoteles, "Ethica Nicomachea", in: W.D. Ross (vert.), *Nicomachean Ethics: Aristotle*, Kitchener: Batoche Books, 1999, p. 98.

<sup>149</sup> Aristoteles, "Politica", *supra* n. 61, pp. 39-40.

<sup>150</sup> F.D. Miller, "The Rule of Law in Ancient Greek Thought", in: M. Sellers (red), *The Rule of Law in Comparative Perspective*, Dordrecht: Springer, 2010, p. 11-18.

<sup>151</sup> M.J.C. Vile, "Constitutionalism and the separation of powers", *supra* n. 2, p. 23-24.

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 24. Het hier opgemerkte geldt alleen voor recht dat is afgekondigd in de vorm van opgelegde regels, niet voor recht in de vorm van door traditie gevormde rechtsgewoonten.

Er is een duidelijke connectie tussen moderne opvattingen over recht en soevereiniteit, en de opkomst van het idee dat overheidsoptreden kan worden gescheiden in verschillende functies. De 16<sup>e</sup>-eeuwse Franse filosoof Jean Bodin werkt als een van de eersten het soevereiniteitsbegrip uit. Omdat hij hiermee een theoretische basis legt voor het moderne staatsgezag vormt zijn theorie een belangrijke schakel in de overgang van het middeleeuwse denken over de staatsinrichting naar het modernere denken hierover. Bodin leeft in een tijd van godsdienstoorlogen en zoekt in zijn werk naar een manier waarop het staatsgezag kan worden versterkt. Hierbij richt hij zich voornamelijk op de legitimatie van de staat en de verhouding tussen de soeverein en zijn onderdanen. Volgens Bodin is soevereiniteit eeuwig, absoluut en ondeelbaar. Binnen zijn theorie wordt de soevereiniteit belichaamd door de vorst, die slechts is onderworpen aan het goddelijk recht en het natuurrecht.<sup>153</sup> Deze soeverein kent in vergelijking met zijn onderdanen een aantal exclusieve rechtsvormende bevoegdheden, die kunnen worden uitgevoerd door anderen, maar altijd in bezit blijven van de soeverein. Wanneer de soeverein zijn bevoegdheden immers zou moeten delen, dan doet dit af aan zijn absolute en ondeelbare karakter. De soevereine bevoegdheden betreffen wetgevende en

“Before going any further, one must consider what is meant by law. The word law signifies the right command of that person, or those persons, who have absolute authority over all the rest without exception, saving only the law-giver himself, whether the command touches all subjects in general or only some in particular.”

Jean Bodin, 1576.

uitvoerende taken die betrekking hebben op de staat. Hierbij gaat het niet slechts om bestaande bevoegdheden, want soevereiniteit is eeuwig, dus ligt het voor de hand dat rechtsvorming ook in de toekomst kan plaatsvinden.<sup>154</sup>

Bodin dicht verschillende functies toe aan de soeverein, waarbij de soeverein zelf boven het positieve recht staat.<sup>155</sup> De wetgevende functie ziet Bodin eigenlijk als de enige soevereine functie, maar omdat het wetsbegrip onnauwkeurig en algemeen is specificeert hij de wetgevende functie.<sup>156</sup> Een wet ziet hij als een rechtmatig bevel van de soeverein dat betrekking heeft op al zijn onderdanen zonder enige uitzondering en op

aangelegenheden van algemene aard. Regels kunnen ook worden uitgevaardigd door anderen dan de soeverein – bijvoorbeeld zij die zijn belast met bestuur -, alleen is er dan geen sprake van een wet, maar van een bevel. Dergelijke bevelen zijn slechts bindend voor een bepaalde jurisdictie of een bepaalde termijn. De belangrijkste functie van de

<sup>153</sup> J. Bodin, “Les Six Livres de la Republique”, in: M.J. Tooley (vert.), *Six Books of the Commonwealth*, Oxford: Alden Press, 2007, Boek I, VIII, p. 25. Origineel gepubliceerd in 1576. Volgens de middeleeuwse denkers zijn natuurrecht en goddelijk recht sterk met elkaar verweven. Vanaf de 13<sup>e</sup> eeuw krijgt het natuurrecht een meer zelfstandige plaats naast het goddelijk recht. Ook Bodin noemt beide afzonderlijk, maar stelt dat het natuurwetten in eerste instantie openbaringen zijn van het goddelijk recht. Zie ook R.C.H. Lesaffer, “Inleiding tot de Europese Rechtsgeschiedenis”, *supra* n. 113, pp. 243-245.

<sup>154</sup> *Ibid.*, Boek I, X, pp. 41-42.

<sup>155</sup> Desondanks is de soeverein minder absoluut dan deze in eerste instantie lijkt. De soeverein wordt beperkt door het goddelijk recht en het natuurrecht, het eigendomsrecht en fundamentele constitutionele wetten.

<sup>156</sup> J. Bodin, “Les Six Livres de la Republique”, *supra* n. 153, pp. 43-44.

soeverein is zijn wetgevende functie, waarbij het zowel gaat om algemene wetten als individuele privileges.<sup>157</sup>

Op basis van de exclusieve soevereine wetgevende bevoegdheid leidt Bodin de volgende functies af. De soeverein is ook bevoegd tot het sluiten van oorlog en vrede. Tevens stelt hij de belangrijkste staatsfunctionarissen aan. Ook vormt de soeverein het hoogste rechtscollege van de staat. Bodin benadrukt dat elke burger altijd het recht van beroep bezigt, ook al zou de soeverein een wet uitvaardigen waarin deze mogelijkheid wordt verboden.<sup>158</sup> Voorts vaardigt de soeverein wetten uit betreffende de valuta en belastingen. Ook hierbij is zijn bevoegdheid niet onbegrensd: het recht op eigendom maakt onderdeel uit van het natuurrecht, met als gevolg dat de soeverein geen bezit kan toe-eigenen zonder toestemming. Dit geldt ook voor financieel eigendom, waardoor belasting alleen met instemming van de onderdanen kan worden geheven.<sup>159</sup> Genoemde bevoegdheden komen alle toe aan de soeverein en kunnen niet worden overgedragen aan een ander. Voor de praktische uitvoering van deze bevoegdheden kan de soeverein echter wel bevoegdheden delegeren aan anderen. Gezien het scala aan bevoegdheden en het feit dat Bodin uitgaat van één persoon die de soevereiniteit belichaamt lijkt delegatie dan ook noodzakelijk.

#### § 4.2. JOHN LOCKE (1632-1704)

Groot-Brittannië kan worden gezien als de eerste parlementaire en constitutionele monarchie van Europa en vormde een bron van inspiratie voor verschillende vroegmoderne en verlichte denkers. Nadat geruime tijd onder invloed van Bodins staatsleer de soevereiniteit wordt geacht uit de hierboven beschreven functies te bestaan, komt op basis van de ideeën van onder andere John Locke in theorie en praktijk het onderscheid in drie staatsfuncties op. De Britse filosoof Locke adviseerde de politieke leiders van het parlement gedurende de *Glorious Revolution* in de 17<sup>e</sup> eeuw. Deze revolutie zorgt voor een nieuwe verhouding tussen de vorst en het parlement en hun taakverdeling.<sup>160</sup> In zijn werk zoekt Locke naar de legitimatie van een samenleving en een staat. De behoefte tot het vormen van een samenleving komt volgens Locke voort uit de menselijke rede, die zich voordoet in de natuurtoestand. Hierin zijn alle mensen vrij en gelijk omdat zij individueel recht hebben op leven, gezondheid, vrijheid en bezittingen. Dit leidt automatisch tot de plicht voor elk individu om deze rechten als zodanig te respecteren jegens een ander. Uit de natuurlijke rechten vloeien dus natuurlijke plichten voort: de plicht om ruimte te geven aan de ander zodat deze optimaal kan genieten van zijn individuele natuurlijke rechten, tot het punt waar zij andermans rechten raken.<sup>161</sup> Zodra deze gedeelde individuele waarden worden gewaarborgd en beschermd is het niet meer dan redelijk dat individuen gezamenlijk een samenleving vormen. Vervolgens kan er een bestuur worden aangewezen dat erop

---

<sup>157</sup> Onder privileges verstaat Bodin "a concession to one or a small group of individuals which concerns the profit or loss of those persons only".

<sup>158</sup> J. Bodin, "Les Six Livres de la Republique", *supra* n. 153, pp. 45-46.

<sup>159</sup> *Ibid.*, pp. 47-48.

<sup>160</sup> D. van Hinloopen Labberton, *De middeleeuwse oorsprong en geschiedenis van het Engelsche parlementaire stelsel*, Den Haag: Martinus Nijhoff, 1931, p. 137.

<sup>161</sup> J. Locke, "Second Treatise of Government", in: P. Laslett (ed.), *John Locke: Two Treatises of Government*, Cambridge: University Press, 1960, pp. 106-107. Origineel gepubliceerd in 1689. Hierna afgekort als "Locke".

toeziet dat natuurlijke rechten en plichten worden gegarandeerd. Deze overeenstemming tussen samenleving en bestuurder leidt tot een sociaal contact dat daardoor een bekrachtiging van de natuurtoestand vormt.<sup>162</sup>

Uit de natuurrechten volgen ook natuurwetten. De natuurwet zelf is uiteindelijk door God geven: ieder mens maakt deel uit van het goddelijke en is Gods 'bezit'. Dit is de reden waarom een individu geen inbreuk mag maken op het recht van een ander: hiermee berokkent hij God schade. Omdat vrijheid en gelijkheid centrale waarden zijn in het werk van Locke is het sociaal contact tussen samenleving en bestuur gebaseerd op algemene maatschappelijke consensus. Vrije en gelijke burgers stemmen in met een bestuur om hun rechten te waarborgen en hun belangen te behartigen. De macht van het bestuur is dus niet absoluut omdat deze macht wordt gedeeld tussen het bestuur en de maatschappij. Het bestuur dient verantwoording af te leggen aan de maatschappij en conflicten moeten op een vreedzame manier bediscussieerd worden. Uiteindelijk leidt dit volgens Locke tot een echte burgermaatschappij.<sup>163</sup>

De gedachte dat de staat doelgebonden is en in dienst staat van de gemeenschap is niet nieuw, dit komt reeds in de Middeleeuwen naar voren. De grootste historische betekenis van het werk van Locke zit vooral in de praktische uitwerking van dit idee.<sup>164</sup> Met zijn theorie over de inrichting van het bestuur legt Locke de basis voor de leer van de machtenscheiding. In zijn *Two Treatises of Government* onderscheidt hij een legislatieve, een executieve en een federatieve vorm van macht, allen voortvloeiend uit de natuurtoestand. Wanneer de leden van een samenleving het volle genot willen halen uit hun rechten, vormt het recht het aangewezen instrument om dit te waarborgen. De primaire en meest fundamentele vorm van positief recht is het instellen van de wetgevende macht, die zijn grondslag ontleent aan de meest fundamentele natuurwet. De wetgevende macht is de hoogste macht van een staat, kan niet worden afgestaan aan een ander dan aan wie de macht door het volk is gegeven en alle wet- en regelgeving moet uiteindelijk te herleiden zijn naar de wetgevende macht.

"The great end of men's entering into society being the enjoyment of their properties in peace and safety, and the great instrument and means of that being the laws established in that society, the first and fundamental positive law of all commonwealths is the establishing of the legislative power, as the first and fundamental natural law which is to govern even the legislative."

John Locke, 1689.

Het volk dient dus ook enkel en alleen verantwoording af te leggen jegens de wetgevende macht.<sup>165</sup> Ondanks het feit dat de wetgevende macht de hoogste is in het staatsbestel, kan zij haar bevoegdheden niet arbitrair uitoefenen jegens het volk. Deze vorm van macht is een gezamenlijke kracht die haar legitimatie vindt in het sociaal contract, waarin burgers een deel van hun individuele vrijheid opgeven zodat deze kan worden beschermd. Hierdoor kunnen zij juist als vrij en gelijke burgers acteren. Een individu kan niet meer macht overdragen dan het zelf heeft en geen enkel individu heeft willekeurige macht over zichzelf of anderen. De wetgevende macht heeft dus niet meer

<sup>162</sup> B.J. de Clerq, *Macht en principe: over rechtvaardiging van politieke macht*, Tielt: Lannoo, 1991, p. 150.

<sup>163</sup> Locke, Essay Two, VII, pp. 142-143.

<sup>164</sup> R.C.H. Lesaffer, "Inleiding tot de Europese Rechtsgeschiedenis", *supra* n. 113, p. 355.

<sup>165</sup> Locke, Essay Two, XI, pp.162-163.

bevoegdheden dan de afzonderlijke leden in de natuurtoestand hebben, voordat zij een samenleving vormen.<sup>166</sup>

Volgens Locke vormt de wetgevende macht de basis van de staat met als hoofdtaak het behoud van de gemeenschap. Deze macht is niet altijd actief, omdat de wetten die de constitutionele basis van de staat vormen nauwelijks aan verandering onderhevig zijn, dit zou immers botsen met hun oorspronkelijke taak. Juist omdat zij het raamwerk van de staat vormen, moet de macht om wetten uit te voeren niet bij eenzelfde macht liggen als de wetgevende. Hoewel mensen van nature redelijk zijn, zijn zij ook zwak en kunnen zij in de verleiding worden gebracht om zichzelf meer macht toe te eigenen. Wanneer dit gebeurt met betrekking tot de wetgevende macht komt het voortbestaan van de samenleving in gevaar. Het scheiden van wetgevende en uitvoerende taken zorgt ervoor dat de wetgever zelf ook aan wet- en regelgeving wordt onderworpen. De uitvoerende macht is verantwoording schuldig aan de wetgevende macht. Er is geen afzonderlijke rechterlijke macht, ook het afdwingen van respect voor de wet behoort tot de taak van de uitvoerende macht. Het bestuur is in staat om op basis van redelijkheid een uitspraak te doen bij geschillen.<sup>167</sup>

De derde vorm van macht die voortvloeit uit de natuurtoestand noemt Locke de federatieve macht. Deze heeft betrekking op een natuurlijk recht dat ieder individu toekomt in de natuurlijke toestand: het recht op zelfbehoud. Individuen verenigen zich in een gemeenschap, waardoor er een onderlinge wederkerige relatie ontstaat die wordt gestuurd door de gemeenschappelijke wetten. De natuurlijke rechten die toekomen aan het individu komen dus ook toe aan het geheel dat zij vormen. Het feit dat er een sociaal contract wordt gesloten tussen bestuur en samenleving waarmee de natuurtoestand wordt bekrachtigd betekent niet dat de samenleving vrij is van conflicten. Dit heeft in het bijzonder betrekking op externe conflicten die niet alleen de samenleving als geheel bedreigen, maar automatisch ook de afzonderlijke individuen. Zelfs individuele conflicten tussen een lid van de samenleving en iemand die daar buiten staat kan de samenleving als geheel bedreigen. Dit geheel heeft, net als de individuen, een recht op zelfbehoud, waardoor het bij bedreiging zal moeten optreden, ook als het een individueel conflict van een van de leden betreft. De federatieve macht heeft betrekking op het voeren van oorlog en het bewaken van de vrede. Dit houdt ook het sluiten van verdragen in met personen of gemeenschappen buiten de eigen gemeenschap wanneer daarmee het behoud van de eigen gemeenschap wordt gegarandeerd.<sup>168</sup>

Locke stelt zelf al dat de naam 'federatieve macht' de lading niet geheel dekt en dat deze veel weg lijkt te hebben van de uitvoerende macht. Beide machten verschillen in karakter, maar praktisch vallen zij vaak samen, ook al worden zij uitgeoefend door verschillende instituties. Beide hangen samen met de gemeenschappelijke kracht van de samenleving omdat deze hen legitimeert, maar ook noodzakelijk acht voor het voortbestaan ervan. Het is praktisch bijna onhaalbaar om de kracht van de samenleving te vertegenwoordigen in afzonderlijke en niet-ondergeschikte instituties of onafhankelijk van elkaar te laten uitvoeren door eenzelfde institutie. Dit zou leiden tot

---

<sup>166</sup> Ibid.

<sup>167</sup> Ibid., Essay Two, XII, p. 168.

<sup>168</sup> Ibid.

verschillende benaderingen van het publieke belang, wat uiteindelijk resulteert in wanorde of zelfs ondergang van de gemeenschap.<sup>169</sup>

Binnen de samenleving zoals voorgesteld door Locke is er geen sprake van totale onderwerping van de individuen aan de staat. Staatsmacht staat te allen tijde in dienst van het algemeen belang en in dat licht is een aantal rechten overgedragen aan de staat. Het volk deelt de macht met het bestuur, waardoor de positie van het bestuur niet absoluut is. Burgers houden het recht om in opstand te komen tegen het bestuur wanneer zij zich niet op een juiste manier vertegenwoordigd voelen.<sup>170</sup> Met zijn theorie heeft Locke de basis gelegd voor een van basisstellingen van het politiek liberalisme: de relatieve positie van de staat. De staat is slechts bevoegd tot het regelen van aangelegenheden die door de leden van de gemeenschap aan hem zijn opgedragen. Gezien de natuurrechtelijke grondslag van Locke's theorie is dat logisch: vrijheid en macht van de mens worden in de natuurtoestand beperkt door natuurlijke plichten. Omdat staatsmacht en staatsvrijheid zijn afgeleid van deze natuurlijke rechten en plichten zijn zij dus ook per definitie beperkt.<sup>171</sup>

### § 4.3. MONTESQUIEU (1689-1755)

De theorie van John Locke heeft grote invloed op de Franse verlichte denkers uit de 18<sup>e</sup> eeuw. Deze stroming domineert Europa in de 18<sup>e</sup> eeuw en ligt in het verlengde van de wetenschappelijke revolutie en het rationalisme van de 17<sup>e</sup> eeuw. In het bijbehorende politieke denken staan waarden als vrijheid en gelijkheid centraal omdat een mens als redelijk wezen van nature vrij is. Dit moet worden gerespecteerd en beschermd door de overheid.<sup>172</sup>

Montesquieu werkt Locke's theorie van de machtscheiding verder uit in de vorm van de Trias Politica. Hij hanteert een ruime opvatting van het wetsbegrip: noodzakelijke relaties die automatisch voortvloeien uit de natuurlijke staat van bepaalde wezens, zoals God, mensen of dieren. Deze natuurlijke staat, gebaseerd op vaststaande en onveranderlijke regels, is af te leiden uit het feit dat de wereld blijft bestaan, ondanks de sterfelijkheid van mens en dier. Dit wereldse voortbestaan duidt op een onderliggende basis van onveranderlijkheid.<sup>173</sup> Evenals Hobbes en Locke gaat Montesquieu dus uit van een natuurtoestand. Hobbes beschouwt deze natuurtoestand als een constante machtsstrijd gebaseerd op individuele belangen en angsten. Omdat deze twee laatste aspecten het menselijk bestaan beheersen gaat het opkomen voor een ieders belang ten koste van dat van een ander. Dit leidt tot het verlangen van de mens naar een bestuur dat boven hen staat en hen beschermt.<sup>174</sup> Montesquieu stelt echter dat er andere natuurwetten bestaan die ten grondslag liggen aan de behoefte van mensen om een samenleving te vormen. Hoewel hij net als Hobbes stelt dat de mens van nature angstig is, heeft dit binnen de opvattingen van Montesquieu tot gevolg dat de mens in beginsel

---

<sup>169</sup> Ibid., Essay Two, XIII, p. 169.

<sup>170</sup> Ibid., pp. 169-170.

<sup>171</sup> R.C.H. Lesaffer, "Inleiding tot de Europese rechtsgeschiedenis", *supra* n. 113, p. 355.

<sup>172</sup> Ibid., p. 356.

<sup>173</sup> Montesquieu, "The Spirit of the Laws", in: T. Nugens (vert.) *The Spirit of Laws: Charles de Secondat Baron de Montesquieu*, Kitchener: Batoche Books, 2001, Boek I, hoofdstuk 1. Origineel: *Defense de l'esprit des lois*, 1748. Hierna afgekort als "Montesquieu".

<sup>174</sup> T. Hobbes, "Leviathan". XIII, p. 76.

niet denkt in termen van gelijkwaardigheid, maar zichzelf inferieur acht. Deze inferioriteit heeft tot gevolg dat er reden is voor de mens om elkaar onderling aan te vallen zodat de behoefte tot vrede de eerste natuurwet is.<sup>175</sup> Naast het zich bewust zijn van zijn zwakte is de mens zich ook bewust van zijn behoefte om te overleven, wat leidt tot de tweede natuurwet: de zoektocht naar voeding. De natuurlijke angst die de mens ervaart is wederkerig omdat zij dat allen van nature ervaren, waardoor zij zich verenigen, versterkt door de aantrekking der seksen. Dit is de derde natuurwet. De vierde en laatste natuurwet wordt gevormd door de behoefte van de mens tot het vergaren en vergroten van zijn kennis, waardoor hij zich wil verenigen in een maatschappij.<sup>176</sup>

Zodra mensen een samenleving vormen en daarmee hun zwakte en hun gelijkheid verliezen, ontstaat het gevaar van conflicten en oorlog. Ook dit is een verschil tussen Hobbes en Montesquieu: waar Hobbes de natuurlijke toestand ziet als een toestand van conflicten, stelt Montesquieu dat conflicten pas ontstaan nadat er een samenleving is gevormd. Op dat moment worden individuen zich pas bewust van hun gezamenlijke kracht en de voordelen die hun samenleving hen biedt, waardoor er conflicten tussen naties kunnen ontstaan. Omdat de leden van de samenleving ook individueel maximaal willen profiteren ontstaan er tevens conflicten tussen individuen. Dit vormt de basis voor door de mens gemaakte wetten. De wereld bestaat uit verschillende naast elkaar levende naties, wat regels over onderlinge omgang vergt: het volkenrecht. Afzonderlijke naties vergen regels voor regering en bestuur, het zogenaamde politieke recht. Het burgerlijk recht betreft de onderlinge verhoudingen tussen leden van eenzelfde samenleving.<sup>177</sup>

Volgens Montesquieu heeft elke natie wetten die in relatie staan tot de aard en het principe van de regering. Hij analyseerde diverse naties en bijbehorende regeringsvormen in zijn werk: de republiek, de monarchie en de despotie. Elke regeringsvorm heeft zijn eigen principe, waardoor ook het positieve recht verschilt per vorm.<sup>178</sup> Het wetsbegrip is ook afhankelijk van de onderlinge verhoudingen tussen de burgers van een staat. Een republikeinse samenleving die bestaat uit verschillende maatschappelijke standen zal een ingewikkelder wetsprocedure kennen omdat rekening moet worden gehouden met de verschillende belangen behorende bij deze standen.<sup>179</sup>

In een democratie behoort de soevereine macht toe aan het volk. Hierdoor is het volk enerzijds de soeverein die de wetten maakt, en anderzijds het onderwerp van diezelfde wetten.<sup>180</sup> Politieke vrijheid bestaat volgens Montesquieu echter niet uit oneindige vrijheid. Wanneer het de overheid betreft, ofwel het bestuur van een door wetten geregelde samenleving, bestaat vrijheid uit het gegeven dat het volk zou moeten kunnen doen wat het wil. Het gaat dus niet om vrijheid uitgedrukt in de beperking van wat het volk niet zou moeten willen. In dit opzicht wijst Montesquieu op het verschil tussen vrijheid en onafhankelijkheid. Vrijheid is het recht om te handelen binnen de grenzen

---

<sup>175</sup> Montesquieu, Boek I, hoofdstuk 2.

<sup>176</sup> Ibid., Boek I, hoofdstuk 3.

<sup>177</sup> Ibid., Boek I, hoofdstuk 3.

<sup>178</sup> Ibid., Boek II, hoofdstuk 1.

<sup>179</sup> Ibid., Boek VI, hoofdstuk 1.

<sup>180</sup> Ibid., Boek II, hoofdstuk 2.



van de wet. Wanneer een burger ongestraft wetten kan overtreden raakt hij die vrijheid dus kwijt, omdat andere burgers dan ook de macht hebben om buiten de grenzen van de wet te treden.<sup>181</sup> Verder stelt Montesquieu dat democratische en aristocratische staatsvormen niet vanzelfsprekend politieke vrijheid waarborgen, alleen een gematigd overheidsbestuur doet dat, mits er geen sprake is van machtsmisbruik. Omdat elk deugdelijk mens die belast wordt met een bepaalde mate van macht geneigd zal zijn om deze macht te misbruiken moeten er dus grenzen worden gesteld. Hieruit volgt het beroemde citaat *“le pouvoir arrête le pouvoir”* waarmee Montesquieu doelt op het bestaan van verschillende machten binnen de overheid die elkaar begrenzen.<sup>182</sup>

Hoewel elk bestuur gericht is op het behoud van de samenleving die het vertegenwoordigt, onderscheidt Montesquieu hierbij verschillende doelen zoals religie of uitbreiding van territorium. Tevens zijn er naties die politieke vrijheid als uitgangspunt voor hun constitutie nemen. Wanneer hierbij aan een aantal basisprincipes wordt voldaan, wordt volgens Montesquieu de hoogste mate van vrijheid bereikt.<sup>183</sup> Als burgers zich veilig voelen kunnen zij hun politieke vrijheid benutten. Het bestuur moet zich dus richten op het behoud van deze veiligheid zodat burgers niet bang zijn voor elkaar of het bestuur en zo hun politieke vrijheid vol kunnen benutten. De relatie tussen politieke vrijheid en het individu heeft dus betrekking op het aspect veiligheid. De relatie tussen politieke vrijheid en de constitutie heeft betrekking op de machtsverdeling binnen de overheid.<sup>184</sup> Elke overheid bestaat uit drie soorten macht: de wetgevende macht, de uitvoerende macht betreffende het volkenrecht en de uitvoerende macht betreffende het burgerlijke recht. Op basis van de wetgevende macht worden nieuwe wetten uitgevaardigd en reeds vastgestelde wetten indien nodig geamendeerd. Oorlogsvoering, internationale betrekkingen en openbare orde en veiligheid vallen onder de uitvoerende macht betreffende het volkenrecht. Op basis van de uitvoerende macht die het burgerlijke recht betreft worden criminelen gestraft en geschillen beslecht, vandaar dat deze in tweede instantie de rechterlijke macht wordt genoemd. Hiermee plaatst Montesquieu de rechterlijke macht, in tegenstelling tot Locke, in zekere zin buiten de uitvoerende macht. Wanneer deze machten en bijbehorende taken door elkaar zouden lopen omdat zij worden samengevoegd in een enkele persoon of in een enkele institutie, bestaat er geen vrijheid.<sup>185</sup>

“In every government there are three sorts of power: the legislative; the executive in respect to things dependent on the law of nations; and the executive in regard to matters that depend on the civil law. By virtue of the first, the prince or magistrate enacts temporary or perpetual laws, and amends or abrogates those that have been already enacted. By the second, he makes peace or war, sends or receives embassies, establishes the public security, and provides against invasions. By the third, he punishes criminals, or determines the disputes that arise between individuals. The latter we shall call the judiciary power, and the other, simply, the executive power of the state.”

Montesquieu, 1748.

<sup>181</sup> Ibid., Boek XI, hoofdstuk 3.

<sup>182</sup> Ibid., Boek XI, hoofdstuk 4.

<sup>183</sup> Ibid., Boek XI, hoofdstuk 5.

<sup>184</sup> Ibid., Boek XII, hoofdstuk 1.

<sup>185</sup> Ibid., Boek XI, hoofdstuk 6.

Bovenstaande indeling van de overheid volgens Montesquieu duidt in eerste opzicht wellicht op een strikte scheiding van machten en taken. Toch wordt dit later door hem genuanceerd. In de ideale vorm bestaat de wetgevende macht uit twee delen die elkaar controleren door een wederzijds vetorecht. In haar geheel wordt de wetgevende macht begrensd door de uitvoerende macht, en vice versa. De uitvoerende macht kan dus een aandeel hebben in het wetgevingsproces, zolang iedere macht maar voldoende aandeel heeft in haar eigen taken en bevoegdheden. De drie staatsmachten verkeren van nature in een toestand van rust of inactiviteit. Omdat de samenleving echter altijd in beweging is zullen de staatsmachten dat ook moeten doen, daarbij elkaar en hun onderlinge relaties in acht nemend.<sup>186</sup>

#### § 4.4. THE FEDERALIST PAPERS

De theorieën van Locke en Montesquieu hebben veel invloed op het politieke denken tijdens de Amerikaanse revolutie. Kolonisten, in grote meerderheid afkomstig uit Groot-Brittannië, richten zich tegen de tirannie van het koloniserende moederland. Het tirannieke gezag moet worden vervangen door een betrouwbaar gezag met een basis in de grondwet die niet alleen de burgers zou binden, maar ook het gezag zelf.<sup>187</sup> In de theorie van Locke vinden zij de grondslag tot zelfbestuur van een volk en de legitimatie voor het verbreken van het sociaal contract wanneer het bestuur zich niet houdt aan de gemaakte afspraken. Aanvankelijk wordt de strikte machtenscheiding gehanteerd, bijvoorbeeld in de grondwetten van Virginia uit 1776 en die van Georgia uit 1777, maar wanneer alle staten hun vrijheid hebben veroverd en er wordt gezocht naar een duurzame en efficiënte staatkundige structuur, komt het idee van machtsevenwicht meer naar voren.<sup>188</sup>

In *The Federalist Papers* wordt betoogd dat de voorgestelde Grondwet politieke vrijheid waarborgt door de staatsrechtelijke beginselen die daarin worden neergelegd.<sup>189</sup> De verschillende overheidstaken worden formeel vastgelegd om machtsconcentratie en machtsmisbruik te voorkomen. Deze externe manier van controle is echter niet voldoende, de overheid moet ook interne controlemechanismen bevatten. De overheidsstructuur moet worden ingericht op een manier waarbij de verschillende machten elkaar door hun wederzijdse relatie op hun plaats houden. Hierbij is het noodzakelijk dat elke macht een eigen 'wil' moet hebben, wat er toe leidt dat leden van de ene macht zo min mogelijk invloed hebben op de samenstelling van een andere macht. In de meest ideale situatie komt dit principe er op neer dat alle benoemingen van de leden van de drie machten uiteindelijk zijn te herleiden naar één bron van gezag: het volk. Er wordt een uitzondering gemaakt voor de rechterlijke macht omdat onafhankelijkheid bij deze macht voorop staat.<sup>190</sup>

Volgens Madison is bovenstaande machtsverdeling onvoldoende om geleidelijke machtsconcentratie in een of meerdere overheidsmachten te voorkomen. De Grondwet

---

<sup>186</sup> Ibid., Boek XI, hoofdstuk 6.

<sup>187</sup> R.C. van Caenegem, *Geschiedkundige inleiding tot het recht, deel II: Publiekrecht*, Deurne: Kluwer, 1994, pp. 125-126.

<sup>188</sup> W.J. Witteveen, *De geordende wereld van het recht: een inleiding* (2<sup>e</sup> druk), Amsterdam: University Press, 2001, p. 263.

<sup>189</sup> A. Hamilton, *Federalist Paper no. 1*, 27 oktober 1787.

<sup>190</sup> J. Madison, *Federalist Paper no. 51*, 6 februari 1788.

moet ook voorzien in voldoende bevoegdheden voor het bestuur van elke macht, om zo eventuele inbreuken van andere machten te kunnen voorkomen. Verder merkt Madison op dat de overheid in beginsel een spiegel is van de menselijke natuur en juist daarom controlemechanismen binnen de overheid onmisbaar zijn. De grootste uitdaging bij het samenstellen van een bestuur is hen in staat stellen om daadwerkelijk te besturen en tegelijkertijd te zijn onderworpen aan hun eigen wet- en regelgeving. De primaire controle op het bestuur wordt gevormd door haar afhankelijkheid van het volk, maar aanvullende controlemechanismen zijn noodzakelijk om machtsmisbruik te voorkomen en vrijheid te waarborgen, aldus Madison.<sup>191</sup>

Het concept van machtsevenwicht, *checks and balances*, wordt verder geconcretiseerd wanneer Madison de verschillende machten nader beschrijft. Omdat de wetgevende macht de grootste kans heeft tot overheersing in relatie tot de andere twee machten moeten er binnen de wetgevende macht ook tegenkrachten worden ingebouwd, bijvoorbeeld door de wetgevende macht te verdelen in een bicameraal stelsel. De Kamers zijn dan onderling slechts verbonden door hun relatie met het soevereine volk en de wetgevende aard van hun werkzaamheden, niet door de manier waarop zij invulling geven aan die werkzaamheden. De wetgever heeft in beginsel het zwaarste gewicht, wat er voor kan zorgen dat de uitvoerende macht moet worden versterkt om zo het evenwicht te bewaren.<sup>192</sup> Om voldoende tegenwicht te kunnen bieden moet de uitvoerende macht worden toegekend aan één persoon met diverse bevoegdheden: de president.<sup>193</sup> Ook rondom de president worden *checks and balances* ingebouwd door de wijze van verkiezingen en zijn vetorecht.<sup>194</sup>

In een *limited Constitution*, een grondwet die beperkingen stelt aan de wetgevende macht, moet ook een plaats worden ingeruimd voor de rechterlijke macht om deze beperkingen in de praktijk vorm te geven. De rechterlijke macht wordt door Hamilton beschouwd als de minst bedreigende macht in vergelijking met de andere twee machten betreffende politieke rechten en vrijheden. De rechter velst slechts een oordeel en is uiteindelijk afhankelijk van de uitvoerende macht bij de toepassing van arresten. Hoewel het constitutionele toetsingsrecht wellicht anders doet vermoeden, heeft de rechter slechts een controlerende taak. Een overheidsorgaan mag geen gedelegeerde bevoegdheid uitoefenen in strijd met de strekking op grond waarvan de bevoegdheid is verleend. Dit is de reden waarom een wet niet in strijd mag zijn met de Grondwet. Wanneer dit het geval is zou dat betekenen dat de vertegenwoordigers van het volk (de wetgevende macht) superieur zijn aan het volk zelf, terwijl het volk via de Grondwet de wetgevende bevoegdheden delegeert aan vertegenwoordigers. Ook hierin komt het machtsevenwicht naar voren omdat de wetgevende macht niet zelf haar eigen

---

<sup>191</sup> Ibid.

<sup>192</sup> Ibid.

<sup>193</sup> A. Hamilton, *Federalist Paper no. 67*, 11 maart 1788.

<sup>194</sup> De president wordt indirect gekozen door het volk via een kiescollege. Hierdoor ontleent hij zijn legitimiteit uiteindelijk aan het volk, maar wordt hij niet verleid tot inschikkelijkheid met degenen die hem hebben gekozen omdat dit het kiescollege betreft. Hij beschikt ook over een vetorecht, waarmee hij wetgeving van het Congres kan tegenhouden, mits het geen grondwetswijziging betreft. Overigens kan een wetsvoorstel in dat geval alsnog worden aangenomen wanneer beide huizen met twee derde meerderheid akkoord gaan, maar in de praktijk is het behalen van zo'n meerderheid vaak lastig door de sterk gepolariseerde huizen. A. Hamilton, *The Federalist no. 68*, 12 maart 1788. Zie ook P.J. Boon, *Amerikaans staatrecht* (2<sup>e</sup> druk), Deventer: Tjeenk Willink, 2001, p. 60-64.

bevoegdheden kan controleren. Het toetsen van wetten aan de Grondwet wordt daarom overgelaten aan de rechterlijke macht. Hiermee heeft deze macht dus een bemiddelende functie tussen volk en wetgever. De enige macht die uiteindelijk superieur is aan alle machten is die van het volk en de uiting van de volkswil vindt plaats in de Grondwet.<sup>195</sup>

#### § 4.5. ANALYSE VAN DE EVENWICHTSMETAFOOR

Bovenstaande uiteenzetting van de theorie van machtsverdeling laat zien dat er vanuit dat beginsel twee mogelijkheden voortvloeien: machtenscheiding en machtsevenwicht. Locke beschrijft een strikte scheiding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht, terwijl in de *Federalist Papers* een model van macht en tegenmacht naar voren komt. De theorie van Montesquieu heeft kenmerken van beide modellen. Ook in de moderne staatkundige praktijk is een systeem van *checks and balances* gebruikelijk. Het onderscheid van de Trias Politica is enerzijds gebaseerd op het onderscheiden van verschillende functies, anderzijds op het onderscheiden van personen of colleges die die functies moeten vervullen. De in dit hoofdstuk gegeven historische schets laat zien dat vooral vanaf de Middeleeuwen en de overgang naar de Moderne Tijd het denken over staatsinrichting zich toespitst op het denken over soevereiniteit en legitimiteit van de staat. Hierbij speelt ook de vraag welke functies binnen een georganiseerde staat moeten worden vervuld, alsmede de vraag wie deze functies moet vervullen. Deze ideeëngeschiedenis en zal uiteindelijk uitmonden in de Trias-leer van de tweede helft van de 18<sup>e</sup> eeuw.

Om het machtsevenwicht nader te bekijken en te beoordelen op basis waarvan machten elkaar in evenwicht kunnen houden is het ook van belang om te kijken naar het begrip 'macht', in het bijzonder politieke macht. De Franse filosoof Michel Foucault bekijkt met welke middelen macht wordt uitgeoefend en wat er gebeurt wanneer iemand macht uitoefent over een ander. Macht heeft een tweezijdig karakter, enerzijds produceert het (mede) subjecten, anderzijds oefenen die subjecten macht uit. Hierbij duidt macht op relaties tussen individuen, meer specifiek duidt het op de manier waarop bepaalde handelingen andere handelingen veranderen.<sup>196</sup> Macht kan ontstaan als gevolg van een voorafgaande of permanente overeenstemming, maar het is niet van nature de uitdrukking van een dergelijke overeenstemming. Het bestaat dus enkel uit handelingen, in die zin dat een op macht gebaseerde handeling niet direct en onmiddellijk inwerkt op anderen, maar wel hun handelen beïnvloedt. Dit betreft zowel bestaande handelingen als handelingen die in het heden of toekomst kunnen worden verricht. Macht is daardoor betrekkelijk, in die zin dat het alleen bestaat in een relatie.<sup>197</sup>

Foucault benadrukt het verschil tussen macht en geweld. Waar een geweldsrelatie op een direct dwingende manier inbreuk maakt op een lichaam of op dingen, bestaat het uitoefenen van macht in het sturen van gedragsalternatieven en het arrangeren van de mogelijke uitkomst. Macht is hierdoor niet zozeer een confrontatie tussen twee tegenstanders of de binding aan elkaar, maar meer een kwestie van bestuur. Hierbij

---

<sup>195</sup> A. Hamilton, *The Federalist no. 78*, 14 juni 1788.

<sup>196</sup> M. Foucault, "The Subject and Power", in: H. Dreyfus & P. Rabinow, *Michael Foucault. Beyond Structuralism and Hermeneutics*, Chicago: University Press, 1983, p. 217. Het complete artikel bestaat uit twee delen: deel 1 "Why Study Power: the Question of the Subject" is in het Engels door Foucault geschreven; deel 2 "How is Power Exercised" is vanuit het Frans vertaald door Leslie Sawyer.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 219.

verwijst het woord 'bestuur' niet alleen naar politieke structuren, maar ook naar de manier waarop het gedrag van individuen of groepen kan worden gestuurd. 'Besturen' houdt dus in dat handelingsalternatieven worden gestructureerd. Dit impliceert volgens Foucault automatisch dat vrijheid een belangrijk onderdeel vormt van machtsuitoefening. Macht wordt alleen over vrije subjecten uitgeoefend voor zover zij vrij zijn. Op die manier beschikken zij over een scala aan mogelijkheden waarin diverse vormen van gedrag, reacties en houdingen mogelijk zijn. Wanneer dat scala wordt gekenmerkt door bepalende factoren, kan er geen machtsrelatie bestaan. Hierdoor is het onmogelijk en te simpel om te stellen dat macht en vrijheid tegenover staan en elkaar uitsluiten.<sup>198</sup>

Ook politiek filosoof Hannah Arendt maakt een duidelijk onderscheid tussen macht en geweld. Zij stelt dat het belangrijk is om verschillende politieke concepten zoals macht, kracht, dwang, autoriteit en geweld te onderscheiden bij het beantwoorden van de meest fundamentele politieke vraag: wie regeert over wie? Hierbij beschouwt zij macht als het vermogen van mensen om gezamenlijk te handelen, waardoor macht nooit het eigendom kan zijn van een individu. Macht behoort toe aan een groep en is daardoor afhankelijk van het voortbestaan van die groep. Wanneer iemand 'de macht heeft' betekent dit dat hij is gemachtigd door een bepaald aantal mensen om namens hen te handelen. Wanneer deze groep verdwijnt, verdwijnt ook de macht. Autoriteit heeft zowel betrekking op persoonlijke als op institutionele relaties. Hierbij is geen sprake van macht of dwang: autoriteit wordt erkend door degene die gehoorzaamt. Het begrip 'kracht' heeft betrekking op een object of individu en is inherent aan het karakter ervan. Dwang wordt in het dagelijks taalgebruik vaak gebruikt als synoniem voor geweld, maar Arendt beschrijft een duidelijk verschil. 'Dwang' omschrijft zij meer metaforisch als zijnde de 'drang der natuur' of 'druk van de omstandigheden', waarmee het concept slaat op fysieke en sociale bewegingen. Geweld ziet Arendt als een instrument om iets te bereiken en zij stelt dat macht en geweld tegengestelde concepten zijn. Macht ontstaat door de machtiging van het volk en wanneer deze machtiging vervalt, zal de gemachtigde geweld nodig hebben. Wanneer geweld onbeperkt wordt toegestaan verdwijnt alle macht, waardoor deze concepten dus niet samen gaan.<sup>199</sup>

In bovenstaande schets van het machtsbegrip keert een aantal begrippen steeds terug. Macht heeft betrekking op relaties en de daarbij behorende handelingen. Het uitoefenen van macht door de één werkt in op het handelen van de ander, waardoor er sprake is van machtshebbers en machtssubjecten. Macht is betrekkelijk en daardoor veranderlijk, omdat onderdelen die leiden tot een evenwichtige machtsrelatie tussen betrokken actoren nooit vooraf kunnen worden vastgesteld. Dit leidt er toe dat machtsrelaties dynamisch zijn, omdat een machtsbalans constant aan verandering onderhevig is en dus constant opnieuw moet worden vastgesteld. Het heeft eveneens tot gevolg dat politieke machtsrelaties altijd te maken hebben met zowel een intern, als een extern perspectief. Intern omdat de actoren zelf oordelen over en invloed hebben op de machtsrelatie. Extern omdat een politieke actor altijd naar iets buiten zichzelf moet verwijzen om daadwerkelijk van politieke betekenis te zijn. Claude Lefort noemt de symbolische structuur van de plaats van de macht in een samenleving bepalend voor de aard van het

---

<sup>198</sup> Ibid, p. 220.

<sup>199</sup> H. Arendt, *On Violence*, New York: Harcourt, Brace and World, 1970, p. 44-46.

politieke. De structuur van een samenleving is gebaseerd op de manier waarop deze samenleving zichzelf vormgeeft, ofwel haar politieke dimensie. Politiek ordent de samenleving en maakt de samenleving tot wat zij is.<sup>200</sup> Lefort maakt een duidelijk onderscheid tussen ‘de politiek’ (de feitelijke politieke instellingen en gebruiken) en ‘het politieke’ (hetgeen deze politieke instellingen en gebruiken constitueert). Hierbij verklaart de specifieke wijze waarop de politieke macht en de structuur van de maatschappij op elkaar ingrijpen ‘het politieke’, zij doen dat niet afzonderlijk.<sup>201</sup> Voorafgaand aan elke vorm van politiek vindt begrenzing van de samenleving plaats, er moet immers worden vastgesteld wie tot die samenleving behoren om vast te stellen wat het algemeen belang is. Zelfs het ‘algemene’ van het algemeen belang is dus onderhevig aan begrenzing en is in die zin een relatief algemeen belang. Lefort stelt dat deze begrenzing voortkomt uit de samenleving zelf, want wanneer een groep zichzelf als groep bestempelt is er weliswaar sprake van insluiting, maar ook van uitsluiting. De zelfbegrenzing van een samenleving heeft een externe component, in die zin dat zij is gebaseerd op een abstracte bron van macht die buiten de samenleving staat.<sup>202</sup> Voorafgaand aan de rationele tijdsgeest die in Europa geleidelijk terrein wint vanaf de 17<sup>e</sup> eeuw, wordt dit abstracte punt bijvoorbeeld gevormd door het christelijke geloof. De vorst fungeert daarbij als belichaming van de macht binnen een staat en als bemiddelaar tussen staat en God. Binnen een democratie is de plaats van de macht leeg, in die zin dat er geen vaste bezetting is in de vorm van regeerders. De soevereiniteit wordt bij het volk gelegd, wat een abstracte grootheid vormt. Hierdoor is permanente bemiddeling en vertegenwoordiging onvermijdelijk en blijft de plaats van de macht leeg. Niemand kan zich immers constant identificeren met het volk en wanneer iemand spreekt namens het volk, spreekt hij ook voor het volk.<sup>203</sup> Dit in tegenstelling tot een totalitair regime waarbij één persoon of één groep de macht belichaamt en de samenleving representeert. Een democratie voorkomt door diverse mechanismen – algemene verkiezingen, grondrechten, machtenscheiding en het meerderheidsbeginsel – dat de plaats van de macht wordt toegeëigend door iets of

“De plaats van de macht is zo leeg en onbezikbaar (...) dat ze onvoorstelbaar is. Alleen de mechanismen van haar uitoefening of de mensen die als eenvoudig stervelingen het politiek gezag bekleden, zijn zichtbaar. Het zou een vergissing zijn te denken dat de macht, nu ze voortvloeit uit een volksstemming, voortaan huist in de maatschappij. Zij blijft de instantie op grond waarvan de maatschappij zichzelf als eenheid kan begrijpen en zich in tijd en ruimte op zichzelf kan betrekken. Maar deze instantie verwijst niet meer naar een absoluut punt en markeert dus een breuk tussen het *binnen* en het *buiten* van het sociale, een breuk die aan de basis staat van hun wisselwerking; stilzwijgend wordt zij erkend als iets zuiver symbolisch.”

Claude Lefort, 1986.

<sup>200</sup> D. Loose, *Democratie zonder blauwdruk: de politieke filosofie van Claude Lefort*, Best: Uitgeverij Damon, 1997, pp. 50-51.

<sup>201</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>202</sup> In die zin is Rousseau's "wetgever" ook een abstracte bron van macht, hoewel deze wetgever niet over enige bevoegdheden beschikt. Zie hoofdstuk 2.

<sup>203</sup> Dit illustreert Lefort aan de hand van verkiezingen: op het moment dat het volk zich kan uitspreken als soeverein, wordt juist de onzichtbaarheid van deze soeverein duidelijk omdat ieder optreedt als afzonderlijke kiezer, waardoor de soeverein in losse delen uiteenvalt.

iemand. Het feit dat de plaats van de macht leeg is en blijft maakt haar onvoorstelbaar, waardoor zij stilzwijgend wordt erkend als symbolisch.<sup>204</sup>

In bovenstaande alinea is reeds 'het politieke' aan bod gekomen: de constituerende basis van de feitelijke politieke instellingen en gebruiken. Lefort ziet strijd als het constituerende voor 'het politieke'. Vanuit dit perspectief is politiek het beheersen van het maatschappelijke krachtenveld, waaronder het machtsevenwicht. De beheersing van maatschappelijke krachten en conflict staat aan de basis van de democratie, volgens Lefort de enige samenlevingsvorm die conflicten erkent en institutionaliseert, bijvoorbeeld door het constante gevecht om de lege plaats van de macht.<sup>205</sup> Dit leidt tot een democratische paradox: politieke macht komt voort uit de verdeeldheid van de maatschappij, terwijl tegelijkertijd de erkenning van de representativiteit van die macht zorgt voor het aanvaardbare beeld van de eenheid van de verdeelde maatschappij, gegrond in haar constante verdeeldheid.<sup>206</sup>

#### **§ 4.6. CONCLUSIE: NEUTRALE MACHT ALS SCHEIDSRECHTER?**

De drie machten uit de Trias Politica die samen een evenwicht moeten vinden ontlenen hun legitimatie aan het algemeen belang. Allen representeren zij het volk en behartigen zij, vanuit hun eigen perspectief en bevoegdheden, het algemeen belang. Enerzijds is dit wat hen onderling bindt, anderzijds zorgt het voor een constante zoektocht naar de onderlinge machtsbalans omdat deze vooraf niet is vast te stellen. Die balans is daarom dynamisch, voorlopig en wordt permanent geherwaardeerd. De strijd om de macht, of om het machtsevenwicht, in combinatie met de gedeelde legitimititeit vormt de basis waarop de drie machten elkaar in evenwicht kunnen houden.

Wanneer de traditionele drie-eenheid niet in staat is om een onderling evenwicht te bewerkstelligen of het evenwicht voldoende gestalte te geven introduceert Constant de figuur van de neutrale macht. Deze vorm van macht heeft diverse bevoegdheden op zowel wetgevend, uitvoerend als rechtsprekend niveau en bewaakt daarmee het evenwicht tussen de drie machten. Omdat hij wordt geacht op te treden als scheidsrechter vormt de neutrale macht metaforisch gezegd de weegschaal die de schalen bij elkaar houdt.

Bovenstaande oplossing van Constant roept twee vragen op. Ten eerste is het de vraag of het probleem van een ontbrekende machtsbalans in essentie niet hetzelfde blijft wanneer er een extra machtsfiguur wordt geïntroduceerd. Wanneer een machtshebber het handelingsperspectief van de machtssubjecten bewust beïnvloedt strookt dit niet met enige vorm van neutraliteit. Neutraliteit veronderstelt een afwezigheid van betrokkenheid bij belangen van deze of gene zijde. Constant ziet de neutrale macht idealiter belichaamd in de vorst, omdat deze enkel en alleen belang heeft bij het handhaven van openbare orde en veiligheid. Dit belang impliceert dat de vorst er naar zal handelen. Gezien de bevoegdheden waarover de neutrale macht beschikt valt het te

---

<sup>204</sup> C. Lefort, "De vraag naar democratie", in: H. van der Waal (vert.) *Het democratisch tekort: over de noodzakelijke onbepaaldheid van de democratie*, Amsterdam/Meppel: Boom, 1992, pp. 44-45. Origineel: *La question de la démocratie* uit *Essais sur le politique*, 1986.

<sup>205</sup> Ibid., pp. 42-43.

<sup>206</sup> D. Loose, "Politieke representatie: partijpolitiek tussen totale vervreemding en onbetwiste identiteit", in: *Ethiek & Maatschappij* 2010/3, pp. 32-44.

betwijfelen of deze daadwerkelijk neutraal is en dus geschikt is als aangewezen institutie om de machtsbalans tussen de machten uit de Trias-leer te bewaken.

Een tweede vraag betreft de legitimiteit van de neutrale macht. Het tweeledige karakter van macht zorgt ervoor dat de machtssubjecten de legitimiteit verschaffen voor het handelen van de machthebbers. Het is de vraag of er voldoende legitimatie is voor de aanwezigheid van de neutrale macht in het kader van democratie en representatie, maar ook in het kader van het algemeen belang. De machten uit de Trias-leer vinden hun legitimatie en binding in het algemeen belang, maar Constant benadrukt dat de neutrale macht in geen enkel opzicht is verbonden met of verantwoordelijk is voor het algemeen belang. In beginsel lijkt dit wellicht te rijmen met het neutrale karakter van die macht, maar gezien het feit dat er geen sprake is van afwezigheid van belangen en het feit dat de neutrale macht over diverse bevoegdheden beschikt lijkt een verbinding met het algemeen belang als legitimatie noodzakelijk.

De oplossing voor een verstoord machtsevenwicht ligt dus niet in het aanstellen van een neutrale macht zoals betoogd door Constant. Dit laat het conceptuele probleem van de Trias Politica echter onverlet. In het volgende hoofdstuk wordt bekeken of het mogelijk is om de oplossing te zoeken binnen het systeem van de Trias Politica, in de vorm van neutraliserende elementen.



## HOOFDSTUK 5:

### NEUTRALE MACHT IN NEUTRALISERENDE ELEMENTEN

---

In vorige hoofdstukken is aangetoond dat een neutrale macht, zoals beschreven door Benjamin Constant, niet strookt met de rechtsstatelijke beginselen als het meerderheidsbeginsel, representatie en machtenscheiding. Dit neemt niet weg dat het probleem waar zowel Constant als Rousseau een oplossing voor zoeken blijft bestaan. Het is dus interessant om dit te benaderen vanuit een ander perspectief. In dit hoofdstuk wordt dat gedaan op basis van twee mogelijkheden: het constitutioneel neutrum *tussen* instituties en neutraliserende elementen *binnen* instituties. Beide mogelijkheden worden geïllustreerd met een concreet voorbeeld, respectievelijk de positie van de Nederlandse koning en het Nederlandse tweekamerstelsel.

#### § 5.1. CONSTITUTIONEEL NEUTRUM

Bij de bespreking van Constants theorie in het eerste hoofdstuk kwam reeds naar voren dat hij tegen het onbeperkte soevereiniteitsbegrip van Rousseau is omdat dit zou kunnen leiden tot absolutisme. Om te zorgen dat het politieke proces niet uit de hand loopt ontwerpt Constant een constitutioneel stelsel waarin afhankelijkheden en onafhankelijkheden bestaan, bijvoorbeeld een systeem van machtsevenwicht. Elzinga stelt dat een van de belangrijkste kenmerken van deze doctrinaire constitutionele concepten is dat zij ruimte scheppen voor allerlei politieke constellaties. Een onderdeel hiervan is de aanwezigheid van een sterk 'constitutioneel neutrum'.<sup>207</sup> Hieronder verstaat Elzinga een a-politieke, neutrale institutie die waakt over het politieke verkeer. Iedere democratie kent zowel politieke als a-politieke instituties. Deze laatste categorie wordt gevormd door regels, gewoonten en politieke culturen en door functionarissen die deze regels en conventies toepassen en handhaven. De a-politieke sfeer moet dienstbaar zijn aan de politieke instituties; alleen die instituties zijn immers terug te voeren op uitspraken van kiezers. Toch is ook het a-politieke onmisbaar.<sup>208</sup> Elzinga refereert in dit licht aan de Republiek van Weimar, die heeft bewezen hoezeer de afwezigheid van a-politieke instituties een democratie kan schaden. Wanneer alles 'politiek' wordt gemaakt en het constitutioneel neutrum wordt verwaarloosd, kan dit een bedreiging vormen voor de democratie.<sup>209</sup> Ook Hirsch Ballin stelt dat er in een democratische rechtsstaat institutioneel ruimte moet zijn voor wat a-politiek is. Politiek is een bepaalde visie op het algemeen belang, die al concurrerend met andere visies

---

<sup>207</sup> D.J. Elzinga, "Monarchie en constitutioneel neutrum", in: D.J. Elzinga (red.), *De Nederlandse constitutionele monarchie in een veranderend Europa*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2006, p. 16.

<sup>208</sup> D.J. Elzinga, "De constitutionele monarchie", in: *Ars Aequi*, 2009/6, pp. 415-417.

<sup>209</sup> Zie bijvoorbeeld H. Mommsen, *The Rise and Fall of Weimar Democracy*, in: E. Forster & L.E. Jones (vert.), Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1996. Origineel: *Die Verspielte Freiheit: Der Weg der Republik von Weimar in den Untergang 1918-1933*, 1989. Het parlement van de Weimarrrepubliek bestond uit diverse partijen met sterk ideologische tegenstellingen. Mommsen stelt dat de rechtse politieke partijen de democratie structureel aanvielen en vele verkiezingen en minderheidskabinetten elkaar opvolgden. Beide aspecten ziet hij als oorzaken voor de politieke instabiliteit van de Weimarrrepubliek en de uiteindelijke ondergang ervan. Zie ook: A.J. Jacobson & B. Schlink (red.), *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, Berkeley: University of California Press, 2000; P.C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: Theory and Practice of the Weimar Republic*, Durham: Duke University Press, 1997; H.W. Koch, *A Constitutional History of Germany in the 19<sup>th</sup> and 20<sup>th</sup> centuries*, Londen: Longman, 1984, voornamelijk hoofdstuk 7 en 8.

zeggenschap over de staatsfuncties van wetgeving en regeringsbeleid nastreeft. “Een verabsolutering van het politieke als een tot vijand maken van de andersdenkende past niet in een democratische rechtsstaat”, aldus Hirsch Ballin.<sup>210</sup> Los van de vraag of politiek op consensus of antagonisme is gericht, zijn gemeenschappelijke vrijheid en respect onmisbaar voor het idee van de democratie.

Tussen het constitutionele neutrum van Elzinga en de neutrale macht van Constant bestaat enige gelijkenis. Constant ziet deze vorm van macht eveneens als a-politiek en neutraal waardoor deze kan waken over de politieke instituties in de vorm van een scheidsrechter. Het fundamentele verschil is dat het constitutioneel neutrum wordt gevormd door meerdere elementen en dat dit neutrum onderdeel uitmaakt van het gehele politieke bestel. Zoals beschreven staat de neutrale macht als absoluut, niet-representatief en niet verantwoordelijk buiten de Trias Politica.

De noodzakelijke aanwezigheid van een constitutioneel neutrum openbaart zich enerzijds in de aanwezigheid van (grond)wettelijke regels, reglementen van orde, adviserende instituties, politieke mores en culturen. Anderzijds kan dit neutrum ook worden gepersonaliseerd.<sup>211</sup> Elzinga noemt enkele verschillende mogelijkheden. Neutrale voorzitters van volksvertegenwoordigingen en presidia treden bijvoorbeeld op als procesbegeleider van de politiek. Tevens zijn adviesorganen actief en soms zijn het rechters die politieke conflicten beslechten.<sup>212</sup> In hoofdstuk twee en drie is reeds uiteengezet hoe een ‘niet-representatieve’ institutie zoals de rechterlijke macht ook verenigbaar is met democratie en representatie. Ook De Tocqueville noemt de constitutionele rechter als mogelijke invulling van het constitutioneel neutrum. Door de bevoegdheid om wetten onconstitutioneel te verklaren dringt de rechter door in politieke zaken. Volgens De Tocqueville “vormt het korps van juristen het enige aristocratische element dat zich ongestoord onder de natuurlijke elementen van de democratie kan mengen en met succes een duurzaam verbond met hen kan sluiten”.<sup>213</sup> Hij ziet de rechterlijke macht als een van de belangrijkste politieke machten, omdat de rechter fungeert als scheidsrechter, hij zich alleen uitspreekt over concrete gevallen en omdat hij passief is, in die zin dat hij moet wachten tot hij wordt ingeschakeld. De reden waarom de rechter in het Amerikaanse staatsbestel zo’n belangrijke politieke macht vormt, dicht De Tocqueville toe aan het feit dat de rechters de bevoegdheid hebben om uitspraken te baseren op de constitutie en niet zozeer op de wetten.<sup>214</sup>

In het licht van het constitutioneel neutrum benadrukt Elzinga ook het belang van de aanwezigheid van een staatshoofd - een neutrale president of een monarch - dat bijdraagt aan vaste vormen en rituelen voor de politiek. Bij haperingen van het politieke proces kan een staatshoofd helpen datzelfde proces weer op gang te brengen. Wanneer de positie van de Nederlandse koning vanuit dit perspectief wordt bekeken zou de keuze voor een representatief koningschap geen gelukkige zijn. Als de monarch uit het constitutionele neutrum wordt gehaald moet zijn functie worden overgenomen.

---

<sup>210</sup> E.M.H. Hirsch Ballin, “De Koning: Continuïteit en perspectief van het Nederlandse koningschap”, *supra* n. 80, p. 31.

<sup>211</sup> D.J. Elzinga, “Monarchie en constitutioneel neutrum”, *supra* n. 207, p. 17.

<sup>212</sup> D.J. Elzinga, “De constitutionele monarchie”, *supra* n. 208, pp. 415-416. Zie ook E.M.H. Hirsch Ballin, “De Koning: Continuïteit en perspectief van het Nederlandse koningschap”, *supra* n. 80.

<sup>213</sup> De Tocqueville, Boek I, deel 2, VIII, p. 289.

<sup>214</sup> De Tocqueville, boek I, deel 1, VI, pp. 116-117.

Invoering van een neutraal presidentschap is geen optie, aangezien de combinatie van republiek en monarchie niet goed voorstelbaar is. Er zit dan niets anders op dan dat de politiek zichzelf over de hele linie ritualiseert. Hoewel dat niet onmogelijk is, is het tegelijkertijd onwenselijk, aldus Elzinga.<sup>215</sup>

### § 5.2. ‘LE ROI REGNE, MAIS NE GOUVERNE PAS’

In het kader van de vorige paragraaf over het constitutioneel neutrum, eventueel gepersonaliseerd in de vorm van een monarch, is het interessant om te kijken naar de rol van de Nederlandse koning. Sinds 1813 is Nederland een koninkrijk met een koning als staatshoofd. Diens positie en opvolging zijn geregeld in de Grondwet, waardoor er sprake is van een constitutionele monarchie.<sup>216</sup> In de beginjaren van de monarchie bezit de koning veel macht. Artikel 105 van de Grondwet van 1815 stelt dat de wetgevende macht gezamenlijk wordt uitgeoefend door de koning en de Staten-Generaal.<sup>217</sup> In de praktijk heeft de vorst echter grote invloed op het wetgevingsproces, bijvoorbeeld door zijn recht van initiatief en zijn invloed op de benoeming van Eerste Kamerleden. Sommige onderwerpen zijn onderhevig aan een ‘regeling bij wet’, maar andere onderwerpen kennen een specifiek aan de koning toegekende bevoegdheid.<sup>218</sup> Dit wordt ook wel aangeduid met de term ‘omgekeerd legaliteitsbeginsel’, omdat alles wat door de Grondwet niet uitdrukkelijk is opgedragen aan de wetgever tot de bevoegdheden van de koning behoort.<sup>219</sup> Vanaf de 19<sup>e</sup> eeuw ontwikkelt de Nederlandse parlementaire democratie zich geleidelijk, daarbij gekenmerkt door een machtsstrijd tussen de Koning en het parlement. Waar de macht van de koning afneemt, verwerft het parlement juist meer macht, voornamelijk in de late decennia van de 19<sup>e</sup> eeuw. In de Grondwet van 1848 wordt de rol van de koning herijkt, welke sindsdien op hoofdlijnen vrijwel ongewijzigd is.<sup>220</sup>

Tegenwoordig kent de koning grondwettelijk gezien drie verschijningsvormen: als staatshoofd, als onderdeel van de regering en als natuurlijk persoon. Artikel 42 van de Grondwet geeft de verhouding tussen de koning en de ministers weer: de koning is onschendbaar en de ministers zijn verantwoordelijk.<sup>221</sup> Deze combinatie creëert vanaf 1848 een constitutioneel concept, waarbij de politiek neutrale positie van de koning ruimte moet bieden aan het politieke primaat van de ministers en parlement. Volgens de visie van Constant zou de afnemende koninklijke macht (*potestas*) worden gecompenseerd door een toenemend gezag (*auctoritas*), maar de meeste 19<sup>e</sup>-eeuwse vorsten hebben grote moeite met deze opvatting. Ook in Nederland staat de spanning

---

<sup>215</sup> D.J. Elzinga, “De constitutionele monarchie”, *supra* n. 208, p. 417.

<sup>216</sup> G. Leenknecht, “Commentaar op artikel 24 van de grondwet”, in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2014 ([www.nederlandrechtsstaat.nl](http://www.nederlandrechtsstaat.nl)). Zie in dit licht ook de artikelen 25 t/m 41 van de Grondwet.

<sup>217</sup> Grondwet 1815, *Vijfde Afdeling: Van de wetgevende magt*. Ontleend aan [www.denederlandsegrondwet.nl/9353000/1/j9vvihlf299q0sr/vi6jlb9zubzc](http://www.denederlandsegrondwet.nl/9353000/1/j9vvihlf299q0sr/vi6jlb9zubzc), laatst geraadpleegd op 15 augustus 2015.

<sup>218</sup> C.W. van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht* (15<sup>e</sup> druk, bewerkt door A.M. Donner), Deventer: Kluwer, 2006, p. 481.

<sup>219</sup> G. Leenknecht, R. Kubben & B.C.M. Jacobs, *Opstand en eenwording: een institutionele geschiedenis van het Nederlandse openbaar bestuur*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2008, p. 125.

<sup>220</sup> C.W. van der Pot, “Handboek van het Nederlandse staatsrecht”, *supra* n. 218, p. 481-482.

<sup>221</sup> Zie over de historische ontwikkeling van de ministeriële verantwoordelijkheid bijvoorbeeld P. van Velzen, *De ongekende ministeriële verantwoordelijkheid: theorie en praktijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2005.

tussen het koningschap en de zich ontwikkelende democratie nog centraal in de eerste decennia na de Grondwet van 1848.<sup>222</sup> Pas vanaf de jaren '30 van de 20<sup>e</sup> eeuw wordt in brede kring gepleit voor een herwaardering van het koningschap, onder andere omdat de grote economische crisis, de verdeeldheid in het parlement en de moeizame regeringsvorming het parlementair idealisme doen afnemen. Mede dankzij de houding van koningin Wilhelmina jegens de bezetter in de Tweede Wereldoorlog ontstaat er een basis voor maatschappelijke en politieke consensus omtrent het koningschap.<sup>223</sup>

### § 5.3. DE KONING ALS POUVOIR NEUTRE

De invulling van de *pouvoir neutre* dicht Constant idealiter toe aan de koninklijke macht. Deze heeft geen enkel ander belang dan dat van de openbare orde en de staat, is geen politiek orgaan en kan daardoor een intermediair vormen tussen wetgever, bestuur en rechter. Hoewel de neutrale macht en het constitutioneel neutrum niet in alle opzichten hetzelfde zijn, vervullen zij wel dezelfde functie en impliceren beide het belang van het a-politieke. In die zin is het de vraag of het Nederlandse staatshoofd invulling kan geven aan de rol van de neutrale macht, dan wel het constitutioneel neutrum.

Er is een aantal argumenten dat een positief antwoord op bovenstaande vraag ondersteunt. Ten eerste is het politieke besluitvormingsproces in hoge mate geritualiseerd, in die zin dat de vorst formeel is betrokken bij verschillende grondwettelijke bevoegdheden en procedures. Voorbeelden hiervan is het contraseign zoals vastgelegd in artikel 47 van de Grondwet, evenals de benoemings- en beëdigingsprocedure van ministers en staatssecretarissen op basis van artikel 42 en 47. Overigens geldt hierbij altijd de ministeriële verantwoordelijkheid, waardoor de koning slechts formele betrokkenheid geniet en geen inhoudelijke. Volgens Elzinga wordt deze ritualisering niet alleen gerechtvaardigd door de historische continuïteitswaarde, maar ook door het feit dat het een bepaalde heteronomie creëert. Hierdoor krijgen politici een stabiel en vast kader aangereikt. Bovendien zorgt de ritualisering voor een sacraal getint element, waardoor het politieke eenvoudiger van het a-politieke is te scheiden.<sup>224</sup> In het licht hiervan is een gekozen president veel moeilijker te verenigen met een neutrale macht omdat een president een bepaalde partij representeert, wat samen met een vaak uitgebreid scala aan bevoegdheden zorgt voor een duidelijk politiek profiel. Een tweede argument ten gunste van de stelling dat de Nederlandse koning past in het constitutionele neutrum, is zijn lidmaatschap van de regering. Hierdoor zijn regeringsbevoegdheden verbonden met het koningschap, zij het

“De waarde van het koningschap is daarin gelegen dat het staatshoofd, zich baserend op a-politiek gezag, het mogelijk maakt dat ministers bij wijze van spreken komen en gaan, terwijl de regering dezelfde blijft: niet in politieke, maar in constitutionele zin. Ook in de bekrachtiging van wetten en het nemen van koninklijke besluiten is de continuïteit in het koningschap van betekenis; veranderingen in beleid worden mogelijk gemaakt als legitieme uitdrukking van het parlementair-democratisch systeem. Het koningschap is dus de stabiele constitutionele verankering die transitie mogelijk maakt, waaronder die bij een kabinetsformatie.”

Ernst Hirsch Ballin, 2013.

<sup>222</sup> D.J. Elzinga, “Monarchie en constitutioneel neutrum”, *supra* n. 207, p. 10-11.

<sup>223</sup> *Ibid.*, p. 14-15.

<sup>224</sup> *Ibid.*, p. 18.

wederom inhoudelijk beperkt door de ministeriële verantwoordelijkheid.<sup>225</sup> De eenheid van de Kroon en 'het geheim van Noordeinde'<sup>226</sup> voeden weliswaar de discussie over de mate van invloed van de vorst, maar in het algemeen geldt ook hier dat continuïteit, zorgvuldigheid van constitutionele procedures en neutraliteit voorop staan. Als derde argument kan de ceremoniële taak van de koning worden genoemd. Maatschappelijk gezien heeft de vorst een verbindende rol, bijvoorbeeld tijdens staatsbezoeken waarbij hij de gehele natie vertegenwoordigt. Ook is hij aanwezig bij de belangrijkste gebeurtenissen op sociaal-cultureel gebied, evenals gebeurtenissen rondom rampen met een nationaal karakter, zoals recentelijk de MH-17 vliegramp.

Het ceremoniële karakter van het koningschap leidt echter ook tot een discrepantie met betrekking tot de invulling van het constitutionele neutrum. Jaarlijks leest de koning op Prinsjesdag de troonrede voor, waarin het regeringsbeleid wordt gepresenteerd. Dit is opvallend omdat het een politiek moment betreft, uitgevoerd door een a-politiek orgaan. Het zou de indruk kunnen wekken dat de vorst inhoudelijk is betrokken bij de totstandkoming van het regeringsbeleid. Het is de vraag of deze rol op Prinsjesdag strookt met de gewenste politiek-neutrale houding van de koning. Elzinga betoogt van niet en stelt een alternatief voor, waarbij de koning een ceremoniële taak houdt en de premier het regeringsbeleid presenteert.<sup>227</sup> Een ander punt dat lastig is te verenigen met de invulling van het constitutionele neutrum is het vorstelijk voorzitterschap van de Raad van State. Ondanks de historische basis van dit voorzitterschap ziet Elzinga geen basis meer om dit te handhaven. Zowel de Raad van State als de vice-president hebben een constitutionele rol die niet in overeenstemming is met de rol van het staatshoofd. In dit licht is het des te opmerkelijker dat de vorst als lid van de regering advies vraagt aan de Raad van State, terwijl hij tegelijkertijd voorzitter is van deze Raad.<sup>228</sup>

De monarchale formele betrokkenheid bij politieke en wetgevende activiteiten wordt door tegenstanders van de monarchie vaak gebruikt als argument om hun these te ondersteunen. In het licht van het constitutionele neutrum is dat – hoe paradoxaal dat in beginsel ook mag lijken – ongewenst. Wanneer het koningschap slechts ceremonieel van aard is, kan dit leiden tot een verbroken verbinding tussen het politieke en het a-politieke. De permanente betrokkenheid van de vorst bij politieke processen maakt de noodzaak tot neutraliteit groter. Bovendien is het de vraag hoe het constitutionele neutrum wordt gepersonaliseerd wanneer het koningschap slechts ceremonieel van aard is. Gezien de moeilijke combinatie van monarchie en republiek doorkruist handhaving van een representatief koningschap het aanstellen van een neutrale president.<sup>229</sup> In dat geval zal de rechterlijke macht aan invloed winnen betreffende de invulling van het constitutioneel neutrum. Het is echter de vraag of dat de geschikte

---

<sup>225</sup> Tot 2012 was het staatshoofd bijvoorbeeld nauw betrokken bij de kabinetsformatie, door het aanwijzen van de (in)formateur en de (in)formatieopdracht.

<sup>226</sup> Dit duidt op het standpunt dat de vorst in het parlement buiten het debat moet blijven omdat hij niet ter verantwoording kan worden geroepen. Zie hierover bijvoorbeeld de oratie van H.A. van Wijnen, *De pers en het geheim van het Noordeinde*, Amsterdam: Balans uitgeverij, 1997. Van Wijnen stelt het geheim van Noordeinde ter discussie en betoogt onder andere dat de taak van de pers niet bestaat uit het beschermen van de monarchie, noch uit het ontzien van de onschendbaarheid van de Koning. "Als de monarchie tegen kritiek uit de pers niet bestand is, ligt dat niet aan de pers. De onschendbaarheid staat of valt trouwens niet met een paar onthullingen meer of minder."

<sup>227</sup> D.J. Elzinga, "Monarchie en constitutioneel neutrum", *supra* n. 207, p. 20.

<sup>228</sup> Zie artikel 74 van de Grondwet en hoofdstuk I, afdeling 1 van de Wet op de Raad van State.

<sup>229</sup> D.J. Elzinga, "Monarchie en constitutioneel neutrum", *supra* n. 207, p. 18-19.

institutie is om politieke conflicten te beslechten en zo het politieke met het a-politieke te verbinden, gezien het feit dat de rechter wetten niet mag toetsen aan de Grondwet.

#### § 5.4. NEUTRALISERENDE ELEMENTEN

Wanneer er een patstelling ontstaat binnen het machtsevenwicht is er naast de neutrale macht van Constant ook nog een andere oplossing: het scheppen van neutraliserende elementen in een of meerdere vormen in de constitutionele rol van de betrokken machten zelf. Het neutraliseren van conflicten beoogt namelijk dat de machten gericht blijven op hun gezamenlijke doel, in plaats van dat zij elkaar in een verlamdende greep houden. De metafoor van het machtsevenwicht vraagt zagezegd om rechtsstatelijke invulling van de rol die bij mechanisch evenwicht door de zwaartekracht wordt gespeeld. In beginsel zal deze invulling worden bepaald door de bipolariteit van de rechtsstaat. De rechtsstaat wordt gekenmerkt zowel door het samengaan van democratie en fundamentele rechten als door de spanning tussen beide. Vier stellingen zijn hier te onderscheiden:

1. Zonder grondrechten (bijv. vrije meningsuiting) geen democratie;
2. Zonder democratie (bijv. wat geldt als 'mening?') geen grondrechten;
3. Democratie kan niet alle rechten afschaffen of beperken in naam van het algemeen belang;
4. Grondrechten mogen geen staatsideologie worden.

Bovendien wordt op dit niveau van beginselen het begrip 'rechtsstaat' als normatieve oriëntatie niet empirisch gegeven met het rechtsbestel van deze of gene nationale staat. Het bestaat feitelijk alleen in datgene wat staten in hun onderlinge rechtsverbanden (bijv. de EU, de VN, de WTO) nastreven. Democratie en fundamentele rechten zijn dus onlosmakelijk met elkaar verbonden omdat zulke rechten worden ingevuld door middel van democratische processen, terwijl deze rechten tegelijkertijd de democratische processen mogelijk maken en waarborgen.<sup>230</sup>

Op basis van bovenstaande kan er worden gekeken naar het machtsevenwicht binnen de wetgevende macht, meer specifiek naar de verhouding tussen beide Kamers van het Nederlandse bicamerale stelsel. Om de kracht van zo'n stelsel te meten gebruikt Lijphart de termen 'symmetrie' en 'congruentie'. Hierbij heeft symmetrie betrekking op de formele bevoegdheden en mate van democratische legitimiteit die beide Kamers kennen. Congruentie doelt op de wijze van verkiezing en de kracht van de representatie van de leden van het Hogerhuis. Vaak wordt een Hogerhuis op een andere manier verkozen dan een Lagerhuis waardoor het kan voorkomen dat een Hogerhuis bepaalde minderheden 'overrepresenteert'. Denk hierbij aan de Verenigde Staten, waarbij elke staat twee senatoren afvaardigt, onverschillig de grootte van de staat. Wanneer de twee kamers in een bicameraal stelsel op een andere manier worden gekozen waardoor 'overrepresentatie' optreedt is er sprake van incongruentie. Een symmetrisch en incongruent stelsel wordt door Lijphart beoordeeld als een sterk stelsel.<sup>231</sup> Knippenberg voegt hier de aspecten 'rivaliteit' en 'assistentie' aan toe. Rivaliteit staat voor de mate waarin het Hogerhuis tegenover het Lagerhuis eigen beleidsmatige accenten kan

---

<sup>230</sup> J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, (vertaald door W. Rehg), Cambridge: MIT Press, 1996, p. 127-128.

<sup>231</sup> A. Lijphart, *Patterns of Democracy*, Londen: Yale University Press, 1999, pp. 205-207.

afdwingen, wat een sterke democratische legitimatie vergt. Assistentie houdt in dat het Hogerhuis voornamelijk een rechtmatigheidscorrectie verricht om zo de kwaliteit van wetgeving te verbeteren. Dit vergt adequate wetgevende bevoegdheden en een inhoudelijk effectieve werkwijze.<sup>232</sup>

Waar Knippenberg de mate van rivaliteit verbindt aan de totale kracht van het bicamerale stelsel, stelt Van den Berg dat een hoge mate van rivaliteit tussen de huizen juist ongewenst is. Gezonde rivaliteit gaat niet om het weloverwogen dwarsliggen door een Hogerhuis, maar om een geordende taakverdeling tussen beide huizen. Uiteindelijk zal de Eerste Kamer, net als veel andere Hogerhuizen, wijken voor de direct gekozen Tweede Kamer.<sup>233</sup> Een andere reden waarom rivaliteit in een bicameraal stelsel ongewenst is heeft te maken met de bemiddelende werking van het meerderheidsbeginsel. Hantering van de meerderheidsregel bij (politieke) besluitvorming volgt uit het democratieprincipe, op voorwaarde dat de meerderheid aan elke minderheid de institutioneel gewaarborgde kans laat, bijvoorbeeld door periodieke vrije verkiezingen, om een meerderheid te worden.<sup>234</sup> In hoofdstuk twee kwam reeds naar voren dat er een wederkerigheid bestaat tussen de meerderheid en de minderheid. Meerderheids- en minderheidslieden zijn bereid om elkaar te beschouwen als gelijkwaardig, met evenveel recht op het nastreven van hun eigen belangen. Maar wanneer men weet dat de meerderheid haar zin zal kunnen doorzetten, zal men ernaar streven om in de meerderheid te komen, bijvoorbeeld door het sluiten van compromissen en coalitievorming. Deze bereidheid wordt minder, in ieder geval uitgesteld, wanneer deelnemers aan politieke besluitvorming in het Hogerhuis een “tweede kans” krijgen in het Hogerhuis. Hierdoor zou een rivaliserende relatie tussen beide Kamers problematisch zijn.

## § 5.5. HET NEDERLANDSE TWEKAMERSTELSEL

In het algemeen ontleent een tweekamerstelsel vooral betekenis aan de overweging dat het wenselijk is dat een tweede staatslichaam nog eens oordeelt over wetgeving. Een groot gedeelte van Europa kent een dergelijk bicameraal stelsel, zowel in federale staten als in eenheidsstaten.<sup>235</sup> De argumentatie voor een bicameraal stelsel in eenheidsstaten kan worden gevonden in de theorieën van Locke en Montesquieu, beide hevig geïnspireerd door de Britse parlementaire monarchie van de 18e eeuw. In die tijd berust de wetgevende macht bij het parlement en berusten de uitvoerende en federatieve macht bij de Koning.<sup>236</sup> Deze verschillende machten zijn in Groot-Brittannië al vroeg geïntegreerd in een bicameraal stelsel, al is het onduidelijk wanneer dit exact heeft plaatsgevonden.<sup>237</sup> Montesquieu kent de wetgevende macht toe aan een

---

<sup>232</sup> E.T.C. Knippenberg, *De Senaat: Rechtsvergelijkend onderzoek naar het House of Lords, de Sénat, de Eerste Kamer en de Bundesrat*, Den Haag: SDU Uitgevers, 2002, p. 239-240.

<sup>233</sup> J. Th. van den Berg, *De Eerste Kamer, of: de zin van rivaliteit*, Leiden: Universiteit Leiden, 2006, p. 5.

<sup>234</sup> M.C. Burkens et al, *Beginselen van de democratische rechtsstaat* (6e druk), Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2006, p. 196.

<sup>235</sup> C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht* (7e druk), Deventer: Kluwer, 2012, p. 219.

<sup>236</sup> R.C.H. Lesaffer, “Inleiding tot de Europese rechtsgeschiedenis”, *supra* n. 113, p. 355-356.

<sup>237</sup> Zie hierover bijvoorbeeld A.F. Pollard, *The evolution of parliament*, Londen: Longmans Green & Co, 1920; W. Bagehot, *The English constitution*, Londen: Oxford University Press, 1867; F.P. Longford, *A History of the House of Lords*, Stroud: Sutton Publishing, 1999.

vertegenwoordigend lichaam dat is verdeeld in verschillende kamers: een aristocratisch samengestelde kamer die is gebaseerd op erfelijkheid en een burgerlijke kamer.<sup>238</sup>

De Nederlandse Eerste Kamer bevindt zich in een spanningsveld. Enerzijds heeft zij grondwettelijke taken, die op zichzelf al kunnen leiden tot discussie. Zo stelt artikel 85 van de Grondwet slechts dat de Eerste Kamer het wetsvoorstel zoals door de Tweede Kamer aan haar is gezonden “overweegt”, een term die voor meerdere interpretaties vatbaar is. De normatieve kracht van de Grondwet rijmt echter niet altijd met de politieke praktijk. Zo is het bijvoorbeeld de vraag in hoeverre artikel 85 strookt met de novelle-praktijk. Maar ten principale is de kwestie vooral in welk licht deze overwegingen plaatsvinden en welke specifieke opdracht daaruit volgt (toetsing aan de Grondwet, bijvoorbeeld). Anderzijds is de Eerste Kamer onderdeel van een politiek bestel, wat extra wordt benadrukt nu de huidige regering geen meerderheid heeft in deze Kamer. Ondanks haar getrapte verkiezingswijze kent de Eerste Kamer een relatief sterke democratische legitimatie vergeleken met andere hogerhuizen.<sup>239</sup> Het is een vertegenwoordigend orgaan, waar burgers een beroep op kunnen doen. Denk bijvoorbeeld aan de brandbrief die het Joods-Islamitisch platform aan de Eerste Kamer heeft gestuurd omtrent de behandeling van het initiatiefvoorstel-Thieme over ritueel slachten. De formele bevoegdheden van de Eerste Kamer zoals neergelegd in de Grondwet geven dus maar een beperkt beeld van de positie van de Eerste Kamer in het nationale staatsbestel. Los van een aantal specifieke bevoegdheden bevat de Grondwet een relatief open normenstelsel waarbinnen zich in de loop van de tijd diverse politieke en constitutionele praktijken hebben ontwikkeld, naast een bescheiden hoeveelheid ongeschreven staatsrecht.<sup>240</sup>

De heroverwegingsfunctie van de Eerste Kamer botst met haar gebrek aan corrigerende en amenderende mogelijkheden. Wanneer de Eerste Kamer wordt geacht te oordelen over rechtmatigheid, uitvoerbaarheid en de mogelijkheid tot effectief handhaven heeft zij ruime mogelijkheden nodig om dit te doen in plaats van een vetorecht waarmee alleen een simpel ja of nee kan worden gegeven.<sup>241</sup> Een assisterende en complementaire rol voor de Eerste Kamer zou het machtsevenwicht goed doen. De vraag die daaruit volgt betreft hoe deze rol kan worden ingevuld vanuit het perspectief van machtsevenwicht en de rechtsstatelijke bipolariteit. Een neutraliserende machtsinstantie als oplossing voor een vastlopend machtsevenwicht leidt tot eenzelfde probleem omdat ook die instantie uiteindelijk onderdeel wordt van de machtsstrijd. Wanneer zo'n instantie buiten het evenwicht staat zoals in de theorie van Constant ligt

---

<sup>238</sup> Montesquieu, Boek XI, hoofdstuk 6.

<sup>239</sup> A. Lijphart, “Patterns of Democracy”, *supra* n. 231, p. 210.

<sup>240</sup> H.R.B.M. Kummeling, B. van Mourik & R. Nehmelman, *Enkele staatsrechtelijke reflecties op de positie van de Eerste Kamer in het kader van de Europese Unie*, Den Haag: Eerste Kamer, 2009, p. 6. Het spanningsveld rondom de Eerste Kamer heeft ook te maken met haar aparte geschiedenis. Na de hereniging van de Noordelijke en Zuidelijke Nederlanden werd een grondwetscommissie in het leven geroepen, bestaande uit zowel Belgische als Nederlandse leden. De Belgische leden drongen aan op een sterke vertegenwoordiging van de aristocratie in het parlement. Een ander deel van de grondwetscommissie was tegen de oprichting van een adelskamer. Uiteindelijk kregen de Belgische leden hun zin, mede omdat de toenmalige Koning Willem I niet afkerig was van een Eerste Kamer, zolang hij maar invloed kon uitoefenen op haar samenstelling. Zie hierover B.H. van den Braak, *De Eerste Kamer: Geschiedenis, samenstelling en betekenis*, Den Haag: SDU Uitgevers, 1995; P.P.T. Bovend'Eert & H.R.B.M. Kummeling, *Het Nederlandse Parlement* (11e druk), Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2010.

<sup>241</sup> J. Th. van den Berg, “De Eerste Kamer, of: de zin van rivaliteit”, *supra* n. 233, p. 5.



het gevaar van machtsmisbruik op de loer. Bovendien rijmt dit niet met rechtsstatelijke beginselen zoals het meerderheidsbeginsel en representatie. De oplossing ligt dus in het bestaande evenwicht door de betrokken machten te binden aan neutraliserende elementen. Betreffende de wetgevende macht in het Nederlandse parlementaire stelsel ligt dit neutraliserende element vooral in de verschillende benaderingswijzen van beide Kamers, uitgaande van de bipolariteit van de rechtsstaat.

Vanuit haar heroverwegingsfunctie kan de Eerste Kamer aandacht besteden aan rechtsstatelijke grondbeginselen en internationale wet- en regelgeving. Een voorbeeld waarin dit duidelijk naar voren komt is het eerder aangehaalde initiatiefvoorstel-Thieme over ritueel slachten. Dit wetsvoorstel is door de Eerste Kamer verworpen vanwege strijdigheid met de godsdienstvrijheid. Het voorbeeld illustreert de inhoudelijk verschillende benaderingswijzen van beide Kamers. Het internationale karakter is amper aan bod gekomen bij de behandeling van het betreffende wetsvoorstel door de Tweede Kamer daar deze vooral was gericht op nationale wet- en regelgeving.<sup>242</sup> Los van de inhoudelijke discussie over de kwaliteit van het wetsvoorstel kan worden gesteld dat het bij dit soort gecompliceerde onderwerpen nuttig is wanneer een tweede wetgevende institutie zoals de Eerste Kamer een wetsvoorstel heroverweegt. De Tweede Kamer belichaamt dan de pluraliteit van de samenleving en het bijbehorend democratisch proces, terwijl de Eerste Kamer aandacht heeft voor rechtsstatelijke grondbeginselen en internationale wet- en regelgeving. Vooral omtrent dit laatste aspect kan er een steeds belangrijker wordende taak zijn weggelegd voor de Eerste Kamer. Andere Europese hogerhuizen hebben reeds een stevige positie gekregen op dit gebied, terwijl het de meeste lagerhuizen niet lukt om zich te ontwikkelen tot orgaan van (voornamelijk) Europese besluitvorming en wetgeving vanwege gebrek aan tijd en expertise. Op dit gebied ligt dus een terechte en noodzakelijke taak voor de Eerste Kamer.<sup>243</sup>

Een ander voorbeeld dat te maken heeft met een veranderende dynamiek binnen de wetgevende macht is het wetsvoorstel Taverne. Hiermee wordt beoogd dat rechters wetten in formele zin niet meer mogen toetsen aan internationale verdragen. Het voorstel heeft gemengde reacties opgeroepen dus het is zeer de vraag of het wordt aangenomen, maar het toont wel aan dat de discussie over de Eerste Kamer relevant blijft. Het doel van het wetsvoorstel is om de volksvertegenwoordiging te stimuleren om wetten uitvoeriger op verenigbaarheid met bepalingen van internationaal recht te toetsen. Volgens Taverne behoort deze toets naar zijn aard onderdeel uit te maken van het wetgevingsproces en moet deze beoordeling niet grotendeels worden overgelaten aan een rechter, zoals in het huidige systeem. Dit zorgt voor een nieuw evenwicht tussen democratisch gelegitimeerde besluitvorming en rechterlijke toetsing in concrete gevallen.<sup>244</sup> Het wetsvoorstel spreekt voornamelijk over een nieuw evenwicht tussen wetgever en rechter. Het is echter ook van belang om te kijken naar het evenwicht binnen de wetgever, dus tussen de Eerste en Tweede Kamer. Een deel van het controlemechanisme van de Trias Politica wordt gevormd door de rechterlijke macht. Wanneer daar een deel wegvalt, bijvoorbeeld de toets van formele wetten aan

---

<sup>242</sup> Handelingen II, 2010-2011, n. 54, p. 4.

<sup>243</sup> J. Th. van den Berg, "De Eerste Kamer, of: de zin van rivaliteit", *supra* n. 233, p. 17.

<sup>244</sup> Kamerstukken II, 2011-2012, 33 359, nr. 3.

internationale verdragen, en dit deel zich verplaatst naar de wetgevende macht, is het niet ondenkbaar dat ook daar een herijking van het machtsevenwicht plaatsvindt. Niet alleen omdat er in het algemeen een extra taak bij komt voor de wetgever, maar ook omdat er een belangrijke taak lijkt weggelegd voor de Eerste Kamer waar het gaat om de toetsing van wetsvoorstellen aan Europees en internationaal recht. Dit zou dus een aanleiding kunnen vormen om de mogelijkheden tot een neutralere positie van de Eerste Kamer te verkennen.

## § 5.6. LEGITIMITEIT IN NEUTRALITEIT

De discussie rondom de Eerste Kamer speelt al geruime tijd en verschillende hervormingsvoorstellen zijn de revue gepasseerd.<sup>245</sup> Sommige richten zich op haar samenstelling, andere op haar bevoegdheden of positie. Wat zij gemeenschappelijk hebben is dat alle voorstellen afhankelijk zijn van de wenselijkheid van een bicameraal parlement en de daaruit volgende taakstelling van de Eerste Kamer. Is zij nu wel of geen politiek orgaan? Zo ja, mag zij zich dan wel of niet politiek opstellen? Zolang er geen duidelijke taakstelling is, is het ook niet duidelijk waar de ruimte tot hervorming zit. De kernvraag is wat de Eerste Kamer nu werkelijk kan toevoegen aan het proces van wetgeving en welke bevoegdheden dit vergt. Deze vraag heeft invloed op het machtsevenwicht binnen de wetgevende macht. Als het uitgangspunt van een tweekamerstelsel is dat de uitoefening van de wetgevende macht wordt beperkt door deze te verdelen over twee Kamers, waarin zit dan de balans en hoe wordt deze bewaakt?

Vanuit de revisiegedachte en vanuit de oorspronkelijke legitimiteit in neutraliteit van de Eerste Kamer dient zij een assiserende en complementaire rol te krijgen binnen de wetgevende macht. Op die manier krijgt het evenwicht tussen beide Kamers beter gestalte. Wanneer dit wordt vertaald naar concrete voorstellen kan er worden gedacht aan een terugzendrecht. Hierdoor kan de Eerste Kamer een betere inhoudelijke bijdrage leveren aan het wetgevingsproces omdat er niet hoeft te worden gekozen tussen aanname of verwerpen. Om eventuele meningsverschillen op te lossen kan er een conflictregeling worden ingesteld. Het verlies aan macht door de afschaffing van het vetorecht wordt gecompenseerd door het terugzendrecht en het reeds bestaande recht van onderzoek.

Leden van de Staten-Generaal stemmen zonder last. De vraag is echter hoe dit praktisch tot uiting komt gezien de partijdiscipline. In de Eerste Kamer wordt gestemd door middel van hoofdelijke stemming of door stemming bij zitten en opstaan. In beide gevallen is duidelijk wat de voorkeur van het Eerste Kamerlid is. Om de positie van de Eerste Kamer neutraler te maken, dus op grotere afstand van de politiek en de diverse fracties, zou geheime stemming wellicht een optie zijn. Dit leidt automatisch tot een aantal nadelen: het kan leiden tot spanningen wanneer leden binnen eenzelfde fractie verschillend stemmen en doet af aan de transparantie van het proces. Volksvertegenwoordigers kunnen bij verkiezingen worden beloond voor of afgerekend op eerdere prestaties. Wanneer het onduidelijk is voor het volk wat hun representanten

---

<sup>245</sup> Zie bijvoorbeeld P.P.T. Bovend'Eert, "Opheffing van de Senaat, of versterking van zijn positie in het Nederlandse tweekamerstelsel", in: *Liberaal Reveil* 2011/1, p. 10-13; *Handelingen I*, 2001/2002, 176-206; *Kamerstukken II*, 1996-1997, 21 427, nr. 154 en 164.

hebben gestemd leidt dit tot minder transparantie. Een argument dat overigens relevanter is voor de Tweede Kamer dan voor de Eerste Kamer gezien de rechtstreekse verkiezingen van de Tweede Kamer.

Om de assisterende en complementaire functie van de Eerste Kamer tot haar recht te laten komen kan men ook wijzigingen aanbrengen in haar samenstelling. Enerzijds kan dit leiden tot een verschil in samenstelling in vergelijking met de Tweede Kamer, anderzijds tot meer afstand tot de politieke waan van de dag. Het Britse House of Lords kent bijvoorbeeld een zeer diverse samenstelling met voor het leven benoemde Life Peers. Ook de Ierse Seanad Éireann wordt op diverse manieren samengesteld. Een nadeel hiervan is dat dit tot afbreuk kan leiden van de democratische legitimatie, hoewel een minder sterke democratische legitimatie wel past bij een assisterende en complementaire rol. Afkeuring van een wetsvoorstel door een orgaan dat qua samenstelling verder af staat van partijpolitieke belangen kan voor de Tweede Kamer weleens beter te verteren zijn dan wanneer een wetsvoorstel wordt afgekeurd door partijgenoten.

Een ander voorstel dat de samenstelling raakt en kan leiden tot minder politieke verstrengeling is het invoeren van trapsgewijze verkiezingen. Op deze manier wordt per termijn slechts een aantal van de Eerste Kamerleden vervangen. Ook het wijzigen van de lengte van zittingstermijnen dient eenzelfde doel: het zou kunnen zijn dat hoe langer men is verzekerd van een Eerste Kamer lidmaatschap, hoe meer men in staat is om zich neutraler op te stellen.

### **§ 5.7. CONCLUSIE: NEUTRALE MACHT IN DE VORM VAN NEUTRUM EN NEUTRALISERENDE ELEMENTEN**

Vanuit de stelling dat Constants figuur van de neutrale macht niet strookt met de rechtsstatelijke beginselen van het meerderheidsbeginsel, representatie en machtsevenwicht is er in dit hoofdstuk een alternatieve visie ontwikkeld. Het belang van een constitutioneel neutrum is inzichtelijk gemaakt, waaruit de vraag volgde of het constitutioneel neutrum in de vorm van de Nederlandse Koning eenzelfde functie zou kunnen uitoefenen als Constants *pouvoir neutre*. Hoewel Constant de koninklijke vorm van macht als ideale invulling van de neutrale macht ziet beschikt de Nederlandse Koning over aanzienlijk minder bevoegdheden. Invulling van het constitutioneel neutrum is desondanks mogelijk, echter vooral op basis van a-politieke gronden. Het blijft echter de vraag of deze gronden en bijbehorende bevoegdheden voldoende zijn om in te grijpen bij een dreigende ontsporing van het machtsevenwicht.

Een ander onderdeel van de alternatieve visie wordt gevormd door neutraliserende elementen. Deze kunnen ontstaan tussen de diverse machten, maar bijvoorbeeld ook binnen de wetgevende macht. Aan de hand van het Nederlandse tweekamerstelsel is gekeken of de Eerste Kamer een neutraliserende rol zou kunnen vervullen. Op basis van haar oorspronkelijke legitimatie in neutraliteit lijkt deze rol geschikt, vooral wanneer de assisterende en complementaire rol van de Eerste Kamer meer tot zijn recht komt.



## CONCLUSIE

---

Het citaat van Benjamin Constant waarmee de inleiding van dit onderzoek begint noemt eenheid en verscheidenheid. Verscheidenheid ziet Constant als de drijvende kracht achter de organisatie van een samenleving. Eenheid is slechts een noodzakelijk mechanisme om deze organisatie draaiende te houden. Dit vormt de brug naar de eeuwenoude politieke discussie over de vereniging van vrijheid en autoriteit. Staatsmacht is essentieel wanneer het gaat om het beschermen van individuele vrijheid, maar moet tegelijkertijd worden beperkt zodat de uitoefening ervan geen verwoestend effect heeft op hetgeen zij dient te waarborgen. De theorie van de Trias Politica, een model waarin machten niet alleen worden gescheiden maar ook voor een onderling evenwicht zorgen, is hierbij de leidende theorie van de moderne tijd.

Een van de consequenties van bovenstaand model is dat er een impasse kan ontstaan wanneer de verschillende betrokken machten het onderling structureel niet eens zijn over de invulling van dat evenwicht. Samenwerking binnen de Trias is niet verzekerd: machten kunnen botsen, elkaar hinderen en tegenwerken wat uiteindelijk kan leiden tot totale ontsporing van de balans en het systeem. Dit kan zich in verschillende vormen uiten, waarbij de zaak rondom de Italiaanse Eluana Englaro een duidelijk voorbeeld vormt van machten die het niet alleen onderling oneens zijn, maar elkaar zelfs tegenwerken. Zowel Benjamin Constant als Jean-Jacques Rousseau erkennen dit probleem en introduceren allebei enkele autocratische figuren als oplossing in hun theorieën.

Naar aanleiding van bovenstaande heeft dit onderzoek zich toegespitst op de vraag in hoeverre de instelling van een *pouvoir neutre* in een democratische rechtsstaat, zoals beschreven door Benjamin Constant, te verenigen valt met rechtsstatelijke beginselen. In het kader hiervan is gekeken naar de principes van het meerderheidsbeginsel, representatie en machtsevenwicht. Uiteindelijk blijkt de combinatie van deze beginselen en een *pouvoir neutre* problematisch, waarop een alternatieve visie is ontwikkeld. Hieronder worden reeds per hoofdstuk gegeven conclusies nog eens kort op een rij gezet, waarna er een aantal aanbevelingen wordt gedaan voor verder onderzoek.

### HET MEERDERHEIDSBEGINSEL

Een democratische staatsvorm wordt gevoed door de dynamiek tussen de meerderheid en minderheden. Hoewel besluitvorming plaatsvindt door middel van de meerderheidsregel, impliceert *government of the people, by the people and for the people* de erkenning van rechten en opvattingen van minderheden door de meerderheid. Zowel meerderheids- als minderheidsleden zijn gelijkwaardige burgers die evenveel recht hebben op het nastreven van hun politieke idealen. Dit zorgt voor een wederkerige erkenning van belangen tussen beide groepen. Om dit proces te bewaken zijn er staatsrechtelijke mechanismen nodig zodat de tirannie van de meerderheid niet ontaardt in een politiek probleem. Zelfs de volksvertegenwoordiging moet in dat opzicht worden begrensd. De aanwezigheid van een *countermajoritarian force* is dus onvermijdelijk in een democratie. Dit kan zich manifesteren in verschillende vormen:

bijvoorbeeld in de vorm van een constitutionele rechter of een sterk maatschappelijk middenveld.

Ook niet-representatieve instituties kunnen onderdeel zijn van een *countermajoritarian force*. Een neutrale macht zou dus op het eerste gezicht kunnen fungeren als scheidsrechter tussen minderheden en de meerderheid. Dit strookt echter niet met de wederkerigheid en dynamiek die ten grondslag liggen aan de democratie. Omdat de neutrale macht hier buiten staat kan zij geen *countermajoritarian force* vormen, deze maakt immers wel deel uit van de politieke arena.

## REPRESENTATIE

Politieke representatie bestaat uit een aantal aspecten. Er is een bepaalde partij die fungeert als representant en de belangen van een bepaalde andere partij binnen een politieke context representeert. Volkssoevereiniteit en representatie zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. Wet- en regelgeving zijn een uiting van de volkswil, wat vergt dat deze volkswil zichtbaar wordt. In beginsel is het volk onzichtbaar, door middel van representatie wordt het zichtbaar. In dat opzicht is een representatieve democratie dus geen surrogaat van een directe democratie, zoals vaak wordt gedacht. Democratie vereist juist representatie om te kunnen functioneren als zijnde democratie: elke vorm van democratie is dus representatief.

Een rode draad die loopt door theorieën over representatie is de discussie rondom de kloof tussen de representant en het gerepresenteerde. Hoewel representatie en volkssoevereiniteit twee zijden van dezelfde medaille vormen bestaat er ook een spanning tussen beide. Representanten kennen een bepaalde mate van autonomie en dienen naast het belang van hun achterban ook dat van hun politieke partij en uiteindelijk het algemeen belang. Een democratische volksvertegenwoordiging is per definitie verdeeld en door middel van de meerderheidsregel vindt besluitvorming plaats vanuit die verdeeldheid. Dit zorgt voor een structurele discrepantie tussen representant en gerepresenteerde.

Hoewel er binnen een democratie ruimte bestaat voor niet-parlementaire instituties, strookt het instellen van een neutrale macht niet met het beginsel van representatie. Vanuit dit beginsel is het de vraag of een neutrale macht kan fungeren als schakel tussen representant en het volk, om zo de structurele discrepantie tussen beide polen op te heffen of te beheersen. Het opheffen van deze spanning is echter onmogelijk, omdat dit zou afdoen aan representatie, hetzij volkssoevereiniteit. Daar komt bij dat de neutrale macht van Constant geen verdediger is van het algemeen belang en slechts indirect is verbonden met de politieke arena. De neutrale macht kan het soevereine volk dus op geen enkele manier representeren.

## MACHTSEVENWICHT

In het hoofdstuk over de oorsprong van de theorie van de machtenscheiding is uitgebreid stilgestaan bij de ontwikkeling van de doctrine. Deze berust op twee principes. Ten eerste voorkomt beheersing en controle van politieke macht willekeur en machtsmisbruik. Ten tweede geeft de doctrine een basis voor invulling van het eerste idee: formele als materiële scheiding van machten, eventueel vergezeld van wederzijdse controle en/of onafhankelijkheid.

Het idee dat overheidsoptreden kan worden gescheiden in verschillende functies hangt samen met moderne opvattingen over recht en soevereiniteit. In de 16<sup>e</sup> eeuw onderscheidt Jean Bodin al verschillende functies op basis van zijn opvatting van het soevereiniteitsbegrip. Het onderscheid in drie staatsfuncties wordt later uitgewerkt door John Locke en Montesquieu. In *The Federalist Papers* komt het idee van machts-evenwicht meer naar voren: zowel binnen als tussen de afzonderlijke machten worden staatkundige tegenkrachten ingebouwd. De machtsbalans tussen de afzonderlijke machten is dynamisch, voorlopig en moet permanent opnieuw worden geherwaardeerd. Deze strijd om de macht vormt samen met de onderling gedeelde legitimiteit de basis waarop de drie machten elkaar in evenwicht kunnen houden.

De neutrale macht van Constant fungeert als scheidsrechter wanneer de traditionele drie-eenheid niet in staat is om een onderling evenwicht te bewerkstelligen. Dit roept echter de vraag op of het probleem van een ontbrekende machtsbalans wordt opgelost met de introductie van een extra machtsfiguur. Het scala aan bevoegdheden en de belangen die Constant toedicht aan zijn neutrale macht leidt tevens tot de vraag of deze vorm van macht daadwerkelijk neutraal kan handelen. Bovendien is het twijfelachtig of er voldoende legitimatie bestaat voor een neutrale macht, niet alleen vanuit de rechtsstatelijke beginselen van democratie en representatie, maar ook gezien het algemeen belang. Waar de machten uit de Trias Politica hun legitimiteit en onderlinge binding vinden in het algemeen belang, benadrukt Constant juist dat de neutrale macht in geen enkel opzicht is verbonden met het algemeen belang.

### ALTERNATIEVE VISIE

Wanneer er vanuit bovenstaande rechtsstatelijke beginselen wordt gekeken naar het instellen van een *pouvoir neutre* binnen een democratische rechtsstaat kan worden geconcludeerd dat dit niet strookt met het meerderheidsbeginsel, representatie en machtscheiding. In het laatste hoofdstuk van dit onderzoek is daarom een alternatieve visie gepresenteerd als oplossing voor het conceptuele probleem van het machts-evenwicht. Deze oplossing kan worden ingevuld op twee manieren: met een constitutioneel neutrum *tussen* instituties en neutraliserende elementen *binnen* instituties.

Eerder is al naar voren gekomen dat een democratie wordt gevoed door tegenstellingen en consensus, gebaseerd op de wederkerigheid tussen minderheden en de meerderheid. Binnen een democratie bestaan niet alleen politieke instituties, maar ook a-politieke instituties, bijvoorbeeld regels, gewoonten, politieke culturen en functionarissen. De a-politieke sfeer moet dienstbaar zijn aan het politieke, maar is tegelijkertijd onmisbaar. Het a-politieke, oftewel het constitutioneel neutrum, komt enerzijds naar voren in bijvoorbeeld de aanwezigheid van (grond)wettelijke regels en politieke mores, maar kan ook worden gepersonaliseerd. In dit licht zou een monarch het constitutioneel neutrum kunnen invullen wanneer het a-politieke en politieke op een bepaalde manier zijn verbonden, maar ook worden gescheiden.

Een andere oplossing is het scheppen van neutraliserende elementen in een of meerdere vormen in de constitutionele rol van de betrokken machten. Als voorbeeld is de verhouding tussen de Eerste en Tweede Kamer binnen de wetgevende macht genomen.

Wanneer de Eerste Kamer een assisterende en complementaire rol inneemt kan zij haar oorspronkelijke legitimiteit in neutraliteit vervullen.

## TOEKOMSTVISIE

In deze thesis is de verenigbaarheid van Constants *pouvoir neutre* met enkele rechtsstatelijke beginselen onderzocht. De scope van het onderzoek is beperkt, waardoor het slechts een introductie vormt op het onderwerp en er genoeg ruimte overblijft voor verder onderzoek. Hieronder volgt een aantal korte aanbevelingen daaromtrent.

Er is in dit onderzoek relatief weinig aandacht besteed aan de achtergronden van Constants staatkundige opvattingen, bijvoorbeeld met betrekking tot zijn opvattingen over het complexe begrip van vrijheid. Hij leefde in een van de meest bewogen periodes uit de Franse politieke geschiedenis, wat zijn opvattingen des te interessanter maakt. Dit onderzoek heeft zich toegespitst op zijn belangrijkste politieke werken, maar Constant staat ook bekend om zijn literaire werken en brieven waarin zijn politieke opvattingen naar voren komen. Het zou interessant zijn om in een volgende analyse ook andere dan politieke werken mee te nemen. Wanneer een studie wordt toegespitst op een bepaald concept zoals vrijheid, zou het interessant zijn om behalve Constant enkele andere vergelijkbare auteurs mee te nemen en een vergelijking te maken op basis van het concept als uitgangspunt. Dit geldt uiteraard ook voor andere concepten, zoals macht en autoriteit.

Het concept 'neutrale macht' lijkt een *contradictio in terminis*, want het is de vraag in hoeverre macht daadwerkelijk neutraal kan zijn. In hoofdstuk vier is deze vraag kort aangestipt, maar gezien de beperkte scope van dit onderzoek is deze niet verder uitgewerkt. Alleen al aan het begrip neutrale macht kan een complete studie worden gewijd, het verdient daarom aanbeveling om dit concept nader te bekijken.

Als alternatieve visie is in hoofdstuk vijf het constitutioneel neutrum gepresenteerd. Er is kort uiteengezet waaruit dit constitutioneel neutrum kan bestaan en er zijn enkele voorbeelden gegeven. Wanneer daadwerkelijk het functioneren van zo'n constitutioneel neutrum moet worden beoordeeld vergt dit diepgaander onderzoek naar de a-politieke sfeer binnen een democratische rechtsstaat en de bijbehorende context.

In dit onderzoek is uitgegaan van drie staatsmachten op basis van de Trias Politica. Het is echter goed denkbaar dat het dynamische krachtenveld tegenwoordig uit veel meer machten bestaat door toenemende complexiteit en internationale afhankelijkheden. Hierbij valt te denken aan de media, het ambtelijk apparaat of de lobbyisten op bijvoorbeeld Europees niveau. Ook zij oefenen invloed uit op de politieke en a-politieke sfeer, wat het een interessant onderwerp maakt in de periferie van dit onderzoek.



## BIBLIOGRAFIE

---

### BOEKEN & TIJDSCHRIFTARTIKELEN

F.R. Ankersmit, "Politieke representatie: Betoog over de esthetische staat", in: *BMGN – Low Countries Historical Review*, 1987/3, pp. 358-379.

F. R. Ankersmit, *Macht door representatie. Exploraties III: Politieke filosofie*, Kampen: Kok Agora, 1997.

F. Ankersmit, "Een beetje meepraten is nog geen democratie", in: *Trouw*, 17 april 2010.

H. Arendt, *On Violence*, New York: Harcourt, Brace and World, 1970.

Aristoteles, *Politics*, Boek IV, deel IV. In: B. Jowett (vert.), Kitchener: Batoche Books, 1999. Origineel: Πολιτικά (Politika).

Aristoteles, "Ethica Nicomachea", in: W.D. Ross (vert.), *Nicomachean Ethics: Aristotle*, Kitchener: Batoche Books, 1999.

J. Th. van den Berg, *De Eerste Kamer, of: de zin van rivaliteit*, Leiden: Universiteit Leiden, 2006.

L.F.M. Besselink, P.P.T. Bovend'Eert, J.L.W. Broeksteeg & R. de Lange, *Staatsrecht van de landen van de Europese Unie* (8e druk), Deventer: Kluwer, 2012.

M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen & R.J.G.M. Widdershoven, *Beginzelen van de democratische rechtsstaat* (6e druk), Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2006.

A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (2e druk), Yale: University Press, 1989.

S. Biondi, "Can good law make up for bad politics? The case of Eluana Englaro", in: *Medical Law Review*, 2009/17, p. 447-456.

J. Bodin, "Les Six Livres de la Republique", in: M.J. Tooley (vert.), *Six Books of the Commonwealth*, Oxford: Alden Press, 2007, Boek I, VIII, p. 25. Origineel gepubliceerd in 1576.

P.J. Boon, *Amerikaans Staatsrecht* (2e druk), Deventer: Tjeenk Willink, 2001.

W.C. Booth, G.G. Colomb & J.M. Williams, *The Craft of Research* (2e druk), Chicago: University Press, 2003, p. 76 e.v.

E. Burke, "Speech to the electors of Bristol", in: F. Canavan (red.), *Select Works of Edmund Burke, vol. 4: Miscellaneous Writings*, Indianapolis: Liberty Fund, 1999.

R.C. van Caenegem, *Geschiedkundige inleiding tot het recht, deel II: Publiekrecht*, Deurne: Kluwer, 1994.

B.J. de Clerq, *Macht en principe: over rechtvaardiging van politieke macht*, Tiel: Lannoo, 1991.

P.B. Cliteur & M.R. Rutgers, "De Trias: een inleiding", in: P.B. Cliteur & M.R. Rutgers (red.), *De Trias onder spanning*, Groningen: Wolters-Noordhoff, 1999, pp. 9-28.

B. Constant, *Principles of Politics Applicable to All Governments*, in: E. Hoffman (red.) & D. O'Keefe (vert.), Indianapolis: Liberty Fund, 2003. Origineel: *Principes de Politique*, 1815.

B. Constant, "Principles of Politics Applicable to All Governments", in: B. Fontana (vert.), *Constant: Political Writings*, Cambridge: University Press, 1988. Origineel: *Principes de Politique*, 1815.

B. Constant, "De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes", in: B. Fontana (vert.), *Constant: Political Writings*, Cambridge: University Press, 1988. Origineel gepubliceerd in 1819.

S.W. Couwenberg, "De Trias voorbij? Een alternatieve visie op machtscheiding en machtsevenwicht", in: P.B. Cliteur & M.R. Rutgers (red.), *De Trias onder spanning*, Groningen: Wolters-Noordhoff, 1990, pp. 109-132.

R.A. Dahl, *On Democracy*, Londen: Yale University Press, 1998.

R. Dahl, *A Preface to Democratic Theory* (3e druk), Chicago: University Press, 2006.

R.A. Dahl, *Dilemmas of pluralist democracy: autonomy vs. control*, New Haven: Yale University Press, 1982.

S. Dovi, "Political Representation", in: E.N. Zalta (red.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (webeditie 2014).

W.A. Dunning, "The Political Theories of Jean Jacques Rousseau", in: *Political Science Quarterly* 1909/3, pp. 337-408.

D.J. Elzinga, "Monarchie en constitutioneel neutrum", in: D.J. Elzinga (red.), *De Nederlandse constitutionele monarchie in een veranderend Europa*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2006.

D.J. Elzinga, "De constitutionele monarchie", in: *Ars Aequi*, 2009/6, pp. 415-417.

- H. Eulau et al., "The Role of the Representative: Some Empirical Observations on the Theory of Edmund Burke", in: H. Eulau & J. Wahlke, *The Politics of Representation: Continuities in Theory and Research*, Londen: Sage Publications, 1978.
- T. Fleiner-Gerster, A. Misic & N. Topperwien, *Swiss Constitutional Law*, Den Haag: Kluwer International, 2005.
- M. Foucault, "The Subject and Power", in: H. Dreyfus & P. Rabinow, *Michael Foucault. Beyond Structuralism and Hermeneutics*, Chicago: University Press, 1983.
- V. Gligorov, "Benjamin Constant and Carl Schmitt go to Russia", in: *Constitutional Political Economy*, 1997/4, pp. 271-282.
- L.A. Graglia, "It's not Constitutionalism, it's Judicial Activism", in: *Harvard Journal of Law and Public Policy*. 1996/2, p. 293-300.
- A. Hamilton, "Speech June 18th 1787", in: M.J. Frisch, *Selected writings and speeches of Alexander Hamilton*, Washington: American Enterprise Institute, 1985.
- D. Held, *Models of Democracy* (3e druk), Stanford: University Press, 1996.
- D. van Hinloopen Labberton, *De middeleeuwse oorsprong en geschiedenis van het Engelsche parlementaire stelsel*, Den Haag: Martinus Nijhoff, 1931.
- E.M.H. Hirsch Ballin, *De Koning: Continuïteit en perspectief van het Nederlandse koningschap*, Den Haag: Boom Uitgeverij, 2013.
- Q.L. Hong, "Constitutionele toetsing in een democratie zonder volk", in: *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2010/2, pp. 107-132.
- T. Hobbes, "Leviathan", in; R. Hay (red.) *Leviathan; or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill*, Hamilton: McMaster University. Origineel gepubliceerd in 1651.
- J. Jennings, "Constitutional liberalism in France", in: G.S. Jones & G. Claeys (red.), *The Cambridge History of Nineteenth Century Political Thought*, Cambridge: University Press, 2011, pp. 349-373.
- J. Jennings, "Constant's Idea of Modern Liberty", in: H. Rosenblatt (red.), *The Cambridge Companion to Constant*, Cambridge: University Press, 2009, pp. 69-91.
- E.T.C. Knippenberg, *De Senaat: Rechtsvergelijkend onderzoek naar het House of Lords, de Sénat, de Eerste Kamer en de Bundesrat*, Den Haag: SDU Uitgevers, 2002.

Koopmans, *Courts and Political Institutions: A Comparative View*, Cambridge: University Press, 2003.

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht* (7e druk), Deventer: Kluwer, 2012.

H.R.B.M. Kummeling, B. van Mourik & R. Nehmelman, *Enkele staatsrechtelijke reflecties op de positie van de Eerste Kamer in het kader van de Europese Unie*, Den Haag: Eerste Kamer, 2009.

J.A.O. Larsen, "Freedom and its Obstacles in Ancient Greece", in: *Classical Philology* 1962/4, pp. 230-234.

G. Leenknecht, Commentaar op artikel 4 van de Grondwet. In: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2014 ([www.nederlandrechtsstaat.nl](http://www.nederlandrechtsstaat.nl)).

G. Leenknecht, "Commentaar op artikel 24 van de grondwet", in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2014 ([www.nederlandrechtsstaat.nl](http://www.nederlandrechtsstaat.nl)).

G. Leenknecht, R. Kubben & B.C.M. Jacobs, *Opstand en eenwording: een institutionele geschiedenis van het Nederlandse openbaar bestuur*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2008.

C. Lefort, "De vraag naar democratie", in: H. van der Waal (vert.) *Het democratisch tekort: over de noodzakelijke onbepaaldheid van de democratie*, Amsterdam/Meppel: Boom, 1992, pp. 44-45. Origineel: *La question de la démocratie* uit *Essais sur le politique*, 1986.

R.C.H. Lesaffer, *Inleiding tot de Europese rechtsgeschiedenis* (2e druk), Leuven: Universitaire Pers, 2008.

J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, (vertaald door W. Rehg), Cambridge: MIT Press, 1996.

A. Hamilton, *The Federalist Papers*, no. 78, 28 mei 1788.

H. Lindahl, "Vorst, op God na. Politieke macht en de symbolisering van soevereiniteit", in: *Nederlands tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie*, 1997/2, pp. 122-136.

H. Lindahl, "De Staten-Generaal vertegenwoordigen het gehele Nederlandse volk: Over representatie als rechtsfilosofisch probleem", in: *Nederlands tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie*, 1999, pp. 8-29.

H. Lindahl, "Rechtsvorming als politieke representatie: de kwestie van constitutionele toetsing", in: B. van Klink & E.J. Broers (red.), *De rechter als rechtsvormer*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2001.

A. Lijphart, *Patterns of Democracy*, Londen: Yale University Press, 1999.

J. Locke, "Second Treatise of Government", in; P. Laslett (ed.), *John Locke: Two Treatises of Government*, Cambridge: University Press, 1960. Origineel gepubliceerd in 1689.

D. Loose, *Democratie zonder blauwdruk: de politieke filosofie van Claude Lefort*, Best: Uitgeverij Damon, 1997.

D. Loose, "Politieke representatie: partijpolitiek tussen totale vervreemding en onbetwiste identiteit", in: *Ethiek & Maatschappij*, 2010/3, pp. 32-44.

J. Madison, *The Federalist Papers*, no. 10, 23 november 1787.

J. Madison, *The Federalist Papers*, no. 51, 8 februari 1788.

J.S. Mill, "On Liberty", in: S. Collini (red.), *On Liberty and other writings, Cambridge Texts in the History of Political Thought*, Cambridge: University Press, 1989, p. 7-8. Origineel: On Liberty, 1859.

F.D. Miller, "The Rule of Law in Ancient Greek Thought", in: M. Sellers (red), *The Rule of Law in Comparative Perspective*, Dordrecht: Springer, 2010.

Montesquieu, "The Spirit of the Laws", in: T. Nugens (vert.) *The Spirit of Laws: Charles de Secondat Baron de Montesquieu*, Kitchener: Batoche Books, 2001. Origineel: *Defense de l'esprit des lois*, 1748.

H.F. Pitkin, *The Concept of Representation*, Berkeley: University of California Press, 1967.

H.F. Pitkin, "Representation and Democracy: Uneasy Alliance", in: *Scandinavian Political Studies*, 2004/3, pp. 335-346.

C.W. van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht* (15e druk, bewerkt door A.M. Donner), Deventer: Kluwer, 2006.

A. Rehfeld, "Towards a General Theory of Political Representation", in: *The Journal of Politics*, 2006/68, p. 1-21.

B. van Roermund, *Volksvertegenwoordiging*, Leende: Damon, 2000.

J.J. Rousseau, *Het maatschappelijk verdrag, of beginselen der staatsinrichting*, in: S. van den Braak en G. van Roermund (vert.), Amsterdam: Boom, 1995. Origineel: *Du Contrat Social*, 1762.

E.J. Sieyès, "Views of the executive means available to the representatives of France in 1789", in: M. Sonenscher (red.), *Sieyès: Political Writings*, Indianapolis: Hackett Publishing. Origineel: *Vues sur les moyens d'exécution dont les représentants de la France pourront disposer en 1789*.

E.J. Sieyès, "What is the Third Estate?", in: M. Sonenscher (red.), *Sieyès: Political Writings*, Indianapolis: Hackett Publishing. Origineel: *Qu'est-ce que le Tiers-État?*, 1789.

J.J.A. Thomassen, "Democratie en representatie", in: J.W. van Deth (red.) *Handboek Politicologie*, Assen: Van Gorcum, 1993.

G.E. Thurow, "The separated and balanced Constitution", in: *Texas Law Review* 1990/21, p. 2389-2405.

A. de Tocqueville, *Over de democratie in Amerika*, vertaald door H. Daalder & S. van Luchene. Rotterdam: Lemniscaat, 2011 (2e druk). Origineel: *De la démocratie en Amérique* I (1835) en II (1840).

M. Tushnet, "Judicial review of legislation", in: P. Cane & M. Tushnet (red.), *Oxford Handbook of Legal Studies*, Oxford: University Press, 2003.

P. van Velzen, *De ongekende ministeriële verantwoordelijkheid: theorie en praktijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2005.

M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the separation of powers*, Oxford: Clarendon Press, 1967.

K.S. Vincent, *Benjamin Constant and the Birth of French Liberalism*, New York: Palgrave MacMillan, 2011.

K.S. Vincent, "Benjamin Constant, the French revolution and the problem of modern character", in: *History of European Ideas*, 2004/30, pp. 5-21.

W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1991.

W.J. Witteveen, *De geordende wereld van het recht: een inleiding* (2e druk), Amsterdam: University Press, 2001.

## OVERIGE

Handelingen II, 2010-2011, n. 54

Kamerstukken II, 2011-2012, 33 359, nr. 3