

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/106898>

Please be advised that this information was generated on 2018-09-20 and may be subject to change.

Gerhard van der Schyff

# Judicial Review of Legislation

A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa

Dordrecht: Springer 2010, 233 p., ISBN 978-90-481-9001-0

J.J.J. SILLEN\*

## 1. Inleiding

Het komt niet vaak voor dat iemand twee keer promoveert, zeker niet twee maal in hetzelfde vakgebied. Van der Schyff doet dat wel. *Judicial Review of Legislation* is zijn tweede, ditmaal Leidse, dissertatie. In zijn proefschrift wil hij zowel het rechterlijk toetsingsrecht als zijn modaliteiten – de organisatie van toetsing, de wijze van toetsing, de normen waaraan de rechter toetst en de rechtsgevolgen van toetsing – analyseren. Volgens hem zijn er te veel studies die uitsluitend aandacht hebben voor of het een of het ander, en dat is jammer, zo stelt hij (nr. 3). Hoewel het rechterlijk toetsingsrecht en zijn modaliteiten in hetzelfde boek aan de orde komen, worden beide elementen afzonderlijk en op verschillende wijze besproken. Deze benadering volgt rechtstreeks uit Van der Schyffs centrale vraag, die luidt: *'is the idea of judicial review defensible, and what influences its design and scope?'* (nr. 3). Het eerste deel van de vraag – is rechterlijke toetsing verdedigbaar – is normatief. Het tweede deel – wat beïnvloedt de vormgeving van het toetsingsrecht – vergt daarentegen geen waardeoordeel, maar een empirische beschrijving. Ik bespreek beide deelvragen afzonderlijk en sluit af met een enkele opmerking.

## 2. Is rechterlijke toetsing verdedigbaar?

De normatieve vraag of het rechterlijk toetsingsrecht verdedigbaar is, beantwoordt Van der Schyff bevestigend. Ik bespreek zijn argumenten hieronder. Voordat ik dat doe, is het echter goed duidelijk te zijn over mijn eigen positie: ik ben er geen voorstander van de Nederlandse rechter de bevoegdheid te geven de wet aan de Grondwet te toetsen. Van der Schyffs vraag echter of het rechterlijk toetsingsrecht *verdedigbaar* is, zou ik volmondig met 'ja' beantwoorden. Uiteraard kan op redelijke gronden het

\* Mr. drs. J.J.J. Sillen is hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

toetsingsrecht worden verdedigd, net als op redelijke gronden het omgekeerde kan worden betoogd. Dat laatste echter lijkt Van der Schyff voor onmogelijk te houden als hij aan het eind van het hoofdstuk concludeert dat het eigenlijk niet de vraag is *of* de rechter toetsingsbevoegd moet zijn, maar slechts *hoe* die bevoegdheid moet worden vormgegeven (nr. 114).

Die positie deel ik niet.

Van der Schyff plaatst de vraag naar de verdedigbaarheid van het toetsingsrecht in de sleutel van de *counter-majoritarian difficulty* (nrs. 76-78). Die laat zich als volgt omschrijven: Wetten worden (mede) vastgesteld door een democratisch gekozen parlement. Als de rechter de bevoegdheid heeft deze wetten buiten toepassing te laten wegens strijd met de constitutie, kan hij een besluit van de meerderheid van de (vertegenwoordigers) van de bevolking opzij zetten. De rechter beschikt echter – anders dan het parlement – niet over een directe democratische legitimatie. Is bij die stand van zaken toekenning van de toetsingsbevoegdheid aan de rechter wel te rechtvaardigen? Van der Schyff beantwoordt die vraag bevestigend – hij vindt het toetsingsrecht zelfs noodzakelijk – en geeft daarvoor zeven argumenten. Ik geef zijn redenering weer en leg uit welke mijn belangrijkste bezwaren daartegen zijn.

Van der Schyff stelt vast dat sommige auteurs, zoals de Amerikaanse filosoof Waldron, menen dat in goed functionerende democratieën met algemeen kiesrecht en een rechtsstatelijke traditie, de wetgever heel goed zelf de rechtmatigheid van zijn besluiten kan beoordelen (nr. 79). Dat betoog, zo stelt hij, komt 'heel dicht in de buurt van een pleidooi voor *sovereignty of parliament*', waarbij de wetgever bevoegd is 'elke wet vast te stellen die hij wil'. Zou de redenering van die schrijvers worden gevolgd, zo stelt Van der Schyff, dan zou, onder andere, het Zuid-Afrikaanse Constitutionele Hof van zijn toetsingsbevoegdheid moeten worden beroofd (nr. 80). Het verband dat Van der Schyff legt tussen de opvatting van Waldron en *sovereignty of parliament*, bestaat volgens mij niet. Volgens Waldron beoordeelt een wetgever in die genoemde democratieën zelf, te goeder trouw en uit eigen beweging of een wetsvoorstel verenigbaar is met de Constitutie – ook als geen rechter daarop toeziet. Een wetgever die soeverein is, bevindt zich in een heel andere situatie: zijn bevoegdheid is onbeperkt, er is geen Grondwet of andere hogere norm die hij in acht moet nemen. Zijn besluiten *kunnen* daarom niet onrechtmatig zijn. Waldrons betoog is daarom op dit type soevereine wetgevers niet van toepassing, en kan dat ook niet zijn. Evenmin begrijp ik hoe Waldrons betoog ertoe leidt dat het Zuid-Afrikaanse Constitutionele Hof zijn toetsingsbevoegdheid zou moeten verliezen. Volgens Waldron is dat slechts zo als Zuid-Afrika een goed functionerende democratie is met een rechtsstatelijke traditie – een vraag die Van der Schyff elders in het boek negatief beantwoordt. Hij omschrijft

boeken

dat land namelijk als een *'relatively young democracy'*, waar *'respect for rights still needs to be created and consolidated in many respects'* (nr. 109). Van der Schyff meent bovendien dat auteurs die de nadruk leggen op besluitvorming door de wetgever, uitgaan van een 'eng en nogal verouderd concept van democratie'. Burgers vinden namelijk makkelijker gehoor bij de rechter dan bij het parlement (nr. 82), en dat geldt zeker voor minderheden, die in het parlement zijn overgeleverd aan de grillen van de politieke meerderheid (nr. 84), terwijl het horen van minderheden essentieel is in een democratie (nr. 85). Hij laat echter niet zien of de wetgever in een land waar de rechter niet beschikt over het traditionele toetsingsrecht, zoals het Verenigd Koninkrijk, de belangen van minderheden daadwerkelijk verkwanselt, en zo ja, in welke mate. Wat Van der Schyff wel laat zien, is dat er een *kans* bestaat dat de wetgever onvoldoende oog heeft voor de belangen van minderheden. Volgens mij geldt echter hetzelfde voor de rechter: de kans bestaat dat ook hij die belangen onvoldoende beschermt. Van der Schyffs betoog was overtuigender geweest als hij had bezien of de rechter deze minderheidsbelangen *beter* beschermt dan de wetgever. Onderzoek naar die vraag ligt voor de hand, omdat Waldron in een artikel dat Van der Schyff meermaals aanhaalt, de stelling poneert dat wetgevers in, kort gezegd, stabiele democratieën minderheden niet slechter zullen beschermen dan rechters doen.<sup>1</sup> Dat de auteur niet ingaat op die stelling, waarmee hij het kennelijk niet eens is, vind ik jammer. Van der Schyff vervolgt zijn betoog met de stelling dat de gedachte dat de wet democratisch gelegitimeerd is, 'zwak uitgedrukt, nogal romantisch' is (nr. 86). Zo steunt de wetgever sterk op het bestuur (nr. 87) en delegeert hij daaraan vaak wetgevende bevoegdheid (nr. 88). De voorbeelden zijn, denk ik, grotendeels juist, maar het argument zelf lijkt mij te sterk aangezet en niet *to the point*. Ook al is de democratische legitimatie van wetten minder groot dan sommigen willen doen geloven, dan nog blijft staan dat die legitimatie groter is dan de democratische legitimatie van uitspraken van (niet-gekozen) rechters. Van der Schyff schrijft dat er ook andere bronnen van legitimatie zijn dan democratische verkiezing, en dat de rechter uit die bronnen kan putten (nr. 90). Zo kan een rechterlijke beslissing legitimiteit verwerven door haar motivering (nr. 91) of doordat de grondwetgever nalaat haar te corrigeren middels een grondwetswijziging (nr. 92). Van der Schyff concludeert (nr. 94): *'In sum, it would be wrong to characterise the judiciary as a remote and isolated body that lives to preys [sic, JS] on democratic majorities.'* Die conclusie is verrassend, niet in laatste plaats omdat niet duidelijk wordt tegen wie of wat hij ageert. Auteurs die menen dat de rechter op aarde is om de wil van democratische meerderheden te vermolmen, zijn – als zij al bestaan – een zeldzaamheid.

1 Jeremy Waldron, 'The Core of the Case Against Judicial Review', *Yale Law Journal* 2006, p. 1359 e.v.

Volgens de auteur gaan schrijvers die een sterke nadruk leggen op de democratische legitimatie van de wet tevens uit van een te strikte trias, namelijk een waarin de rechter moet rechtspreken volgens ‘de duidelijke betekenis van de vastgestelde tekst’ (nr. 95). Van de Schyff noemt Waldron als (enig) voorbeeld van zo’n schrijver. Deze strikte triasopvatting is volgens Van der Schyff van realiteitszin gespeend: rechters doen noodzakelijkerwijs aan rechtsvorming (nr. 95) en dat is goed (nr. 97), niet in de laatste plaats vanwege de roep om *checks and balances* (nr. 98). Voor Van der Schyffs opvatting is veel te zeggen, zeker als wat rechtsvorming is, ruim wordt opgevat. Ik geloof niet dat er veel schrijvers zijn die het tegendeel beweren. Belangrijker echter is dat ook Waldron – de auteur waartegen de schrijver ageert – dat niet doet. Deze schrijft op de door Van der Schyff aangehaalde pagina slechts dat het traditionele toetsingsrecht de rechter de bevoegdheid geeft ‘to decline to apply a statute in a particular case (even though the statute on its own terms plainly applies in that case) [...]’.<sup>2</sup> Die uitspraak zegt – anders dan Van der Schyff kennelijk meent – niets over de wijze waarop de rechter volgens Waldron de wet moet uitleggen, maar illustreert hoe ver de rechterlijke toetsingbevoegdheid reikt: zelfs als de wet naar zijn bewoording duidelijk van toepassing is, kan de rechter deze, als hij haar onrechtmatig acht, in een concreet geschil buiten toepassing laten.<sup>3</sup>

Als zesde argument voert Van der Schyff aan dat de rechter, omdat deze redeneert vanuit beginselen en aan de hand daarvan bepaalt welke rechten de burger heeft, ‘*political morality [transforms, JS] from a mere political power game to something more worthwhile and durable*’. Wetgevers kunnen dat naar hun aard niet en hebben daarom de hulp van rechters nodig (nr. 102). Waarom wetgevers dat niet kunnen, zegt Van der Schyff niet. Evenmin legt hij uit waarom rechterlijke beslissingen (volgens hem?) waardevoller en duurzamer zijn, en wat dat is. Bovendien gaat hij niet in op de vraag of dezelfde kwalificaties van toepassing zijn op rechterlijke colleges wier beslissingen mede als gevolg van het rechterlijk toetsingsrecht zo sterk zijn gepolitiseerd, dat de politieke kleur van de rechters in hoge mate voorspelt hoe het college zal beslissen, zoals in de Verenigde Staten het geval is en naar welk land hij in dezelfde paragraaf veelvuldig verwijst.

Tot slot betoogt Van der Schyff dat het rechterlijk toetsingsrecht de democratie behulpzaam kan zijn. De rechter creëert door zijn jurisprudentie een ‘mensenrechtencultuur’, die de democratie beschermt doordat zij kan verhinderen dat een autoritair of dictatoriaal systeem populariteit verworft (nr. 109). Ter kennelijke ondersteuning van die stelling citeert Van der Schyff vervolgens Cappelletti die schrijft dat Nazi-Duitsland, *Anschluss*-Oostenrijk, Franco’s Spanje en Salazars Portugal ‘*are full evidence for the*

2 Waldron 2006, p. 1354.

3 Het komt vaker voor dat de auteur bronnen verkeerd uitlegt. Zo stelt hij meermaals dat de Hoge Raad in r.o. 3.4 van het Harmonisatiewetarrest uitsprak dat ‘*the people’s rights were not adequately protected in the existing constitutional constellation*’ (nr. 83, vgl. ook nr. 311), terwijl de Hoge Raad enkel overweegt dat dit argument ‘in de literatuur’ wordt genoemd.

*incompatibility of judicial review and unbound authority*' (nr. 110). Of het werkelijk zo is dat toekenning van het toetsingsrecht aan de rechter zorgt voor een mensenrechtencultuur, weet ik niet. Wat ik wel weet, is dat het feit dat het toetsingsrecht ten tijde van de genoemde regimes in die landen niet bestond, niet bewijst dat het toetsingsrecht had kunnen voorkomen dat deze regimes aan de macht kwamen. Tenminste twee van de genoemde voorbeelden – Nazi-Duitsland en *Anschluß*-Oostenrijk – laten juist het tegendeel zien: In de Weimarrepubliek, die aan Nazi-Duitsland voorafging, was de rechter bevoegd de wet aan de Grondwet te toetsen, en vanaf 1925 deed hij dat ook met enige regelmaat.<sup>4</sup> Die toetsing kon echter niet verhinderen dat brede lagen van de bevolking het vertrouwen verloren in de parlementaire democratie en dat de *Reichstagbrandverordnung* werd afgekondigd, die de weg vrijmaakte voor Hitlers regime.<sup>5</sup> Die verordening stelde de voornaamste grondrechten buiten werking en maakte daarmee het toetsingsrecht zinledig. Ook in Oostenrijk beschikte de rechter reeds voor de oorlog over de toetsingsbevoegdheid. Het land beschikte zelfs sinds 1919 als eerste ter wereld over een constitutioneel hof. Echter ook Oostenrijk kwam in de greep van het fascisme en kreeg in 1934 een corporatistische constitutie<sup>6</sup> – waarin de rechter overigens het toetsingsrecht toekwam.<sup>7</sup>

### 3. Wat bepaalt de vormgeving van het toetsingsrecht?

De tweede onderzoeksvraag luidt: wat beïnvloedt de vormgeving van het toetsingsrecht? Die vraag beantwoorden, is buitengewoon lastig. Zulk (empirisch politicologisch) onderzoek vereist ten minste een deugdelijke omschrijving van wat de schrijver precies verstaat onder de vormgeving van het toetsingsrecht, een heldere operationalisatie van de variabele(n) die volgens hem deze vormgeving bepaalt, een stellige theorie over de wijze waarop de variabele leidt tot een bepaalde vormgeving van het toetsingsrecht en, ten slotte, een adequate landselectie op basis van de variabele, zodat kan worden getoetst of deze inderdaad tot de vormgeving leidt die de schrijver op basis van de theorie verwacht.<sup>8</sup> Van der Schyffs onderzoek voldoet daaraan niet. Zijn omschrijving van de vier aspecten van de vormgeving van het toetsingsrecht – de organisatie van toetsing, de wijze van toetsing, de normen waaraan de rechter toetst en de rechtsgevolgen van toetsing – is vaak niet scherp omlind en soms opmerkelijk. Ik kom daarop terug. Ook is onduidelijk welke variabele de vormgeving van het toetsingsrecht bepaalt. De schrijver verwacht dat die vormgeving afhankelijk is van de *'political and constitutional setting'* van een land (nr. 120). Een regel verder noemt hij d(i)e variabele de

4 B.J. Hartmann, 'Das richterliche Prüfungsrecht unter der Weimarer Reichsverfassung', in: Th. Vormbaum (red.), *Juristische Zeitgeschichte*, Bd. 8, Berlijn: BWV 2006/2007 p. 169, met verwijzingen.

5 Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat, *RGBl. I* 1933, p. 83.

6 Vgl. M. Stelzer, *The Constitution of the Republic of Austria*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 11-12.

7 Art. 170 *Mai Verfassung* (1934).

8 Ik laat buiten beschouwing hoeveel landen moeten worden bestudeerd om een zinvol antwoord op de vraag te kunnen geven.

'constitutional landscape' en de zin daarop heet het 'the constitutional nature and character' van een land. Hij definieert geen van die (verschillende?) begrippen. Evenmin legt hij – vooraf – uit hoe deze variabele leidt tot een bepaalde vormgeving van het toetsingsrecht. Ten slotte selecteert Van der Schyff de landen niet op basis van de variabele, maar – welwillend gelezen – op verschillende aspecten van de vormgeving van het toetsingsrecht. Hij kiest voor een rechtsvergelijking met het Verenigd Koninkrijk, Nederland en Zuid-Afrika, omdat deze landen elk een ander evenwicht hebben gevonden tussen wetgever en rechter.<sup>9</sup> In het Verenigd Koninkrijk slaat de balans tussen rechter en wetgever in het voordeel van de laatste door. Het Britse parlement is soeverein; meent de Britse rechter dat een wet in strijd is met het EVRM, althans met de *Human Rights Act* die dat verdrag incorporeert, dan mag hij de wet niet buiten toepassing laten, maar slechts een *declaration of incompatibility* afgeven. Zuid-Afrika bevindt zich aan de andere kant van het spectrum, omdat het land een sterk constitutioneel hof kent. Nederland plaatst Van der Schyff in het midden van het spectrum, omdat de Nederlandse rechter wel de wet aan verdragsrecht mag toetsen, maar niet aan de Grondwet of het Statuut (nr. 5).

De landselectie en het ontbreken van een stellige theorie maken het onmogelijk een antwoord te geven op de centrale vraag. Het ontbreken van onvoldoende scherpe definities van onder meer de vormgeving van het toetsingsrecht maakt het bovendien verleidelijk om niet te bezien of er een verband is tussen, kortweg, de context van een land en de vormgeving van het toetsingsrecht, maar om dat veronderstelde verband 'kloppend' te maken. Ik geef daarvan twee voorbeelden.

In hoofdstuk 4 bespreekt Van der Schyff de organisatie van toetsing. Hij onderscheidt daarbij geconcentreerde en diffuse toetsing als uitersten (nrs. 122-126). Van der Schyff concludeert vervolgens – als ik het goed zie – dat hoe ingrijpender de aanleiding is om toetsing in te voeren, hoe eerder gekozen wordt voor geconcentreerde toetsing (nr. 161). In Zuid-Afrika is na het afschaffen van de apartheid ervoor gekozen de soevereiniteit van het parlement af te schaffen, een constitutie af te kondigen en een constitutioneel hof in te stellen dat de grondwettigheid van wetten mag beoordelen. Voor die breuk met het verleden is gekozen, omdat het parlement de apartheid steeds heeft gedoogd, zodat het gevoelen bestond dat fundamentele rechten bij hem niet in goede handen zijn (nrs. 166-167). In Nederland is toetsing van de wet (aan verdragen) echter decentraal georganiseerd. Bij die wijze van toetsing sluit het wetsvoorstel-Halsema zich aan. Een en ander correspondeert met de door Van der Schyff gesignaleerde 'lack of urgency' om in Nederland radicale keuzes te maken (nr. 148). Tot zover past de empirie in Van der Schyffs 'theorie'. Het Verenigd

9 Overigens stelt Van der Schyff de alinea daarvoor dat de landen gekozen zijn omdat zij 'a spectrum of approaches to judicial review both in their history and present day situations' bieden (nr. 4).

Koninkrijk maakt het de schrijver echter lastig. Met de *Human Rights Act* 1998 heeft dat land volgens Van der Schyff een stelsel van decentrale toetsing gekregen. Hoewel die wet slechts enkele hogere rechters de bevoegdheid toekent een *declaration of incompatibility* af te geven, hetgeen wijst op (een variant van) geconcentreerde toetsing, zijn alle rechters verplicht de wet conform de *Human Rights Act* uit te leggen. Van der Schyff kwalificeert ook die laatste bevoegdheid als toetsing (nr. 128), zodat het Verenigd Koninkrijk – overeenkomstig zijn conclusie – toch decentrale toetsing heeft. De kwalificatie van conforme uitleg als toetsing is echter opmerkelijk, omdat zij doorgaans als een bijzondere vorm van wetsuitleg wordt beschouwd. De rechter is daartoe bevoegd, ook al mist hij het toetsingsrecht. Wordt die gebruikelijke definitie van conforme interpretatie gevolgd, dan komt Van der Schyffs conclusie onder druk te staan: een stabiele democratie als het Verenigd Koninkrijk kent dan geen diffuse toetsing, maar een (variant van) geconcentreerde toetsing. Echter ook als die gebruikelijke definitie van toetsing wordt verlaten en conforme interpretatie met toetsing wordt gelijkgesteld, zoals Van der Schyff doet, dan is zijn conclusie moeilijk vol te houden. Zo is volgens het Duitse *Bundesverfassungsgericht* elke rechter verplicht wetten grondwetsconform uit te leggen.<sup>10</sup> In Van der Schyffs terminologie zou Duitsland daarmee een stelsel van diffuse toetsing hebben, terwijl hij in dat land juist geconcentreerde toetsing verwacht. Immers, in Duitsland is de rechter na de Tweede Wereldoorlog de toetsingsbevoegdheid toegekend omdat de wetgever – net als in Zuid-Afrika – met de grondrechten niet werd vertrouwd.

Ook in het hoofdstuk 7, waarin Van der Schyff de rechtsgevolgen van toetsing bespreekt, lijkt de weinig precieze onderzoeksopzet de schrijver parten te spelen. Hij onderscheidt in dat hoofdstuk *strong* en *weak judicial review* als uitersten op een glijdende schaal. Bij *strong judicial review* kan de wetgever een toetsingsuitspraak van de rechter slechts corrigeren door de norm waarmee de rechter de wet in strijd achtte, te wijzigen (nr. 296). Bij *weak judicial review* kan de (grond)wetgever de beslissing van de rechter eenvoudiger corrigeren, zo schrijft Van der Schyff (nr. 297): de rechter heeft in zo'n stelsel niet het laatste woord over de uitleg van het recht. Aan het eind van het hoofdstuk concludeert hij dat als 'vuistregel' geldt dat hoe lager het vertrouwen in het parlement is, hoe groter de kans is dat gekozen wordt voor *strong judicial review* in plaats van *weak judicial review* (nr. 335). Laten wij nu eens aannemen dat in het Verenigd Koninkrijk het vertrouwen in de wetgever groot is – hoewel Van der Schyff niet aangeeft hoe hij dat vertrouwen meet en overigens bij de bespreking van het Verenigd Koninkrijk over dat vertrouwen niets zegt. Als dat vertrouwen hoog is, dan 'voldoet' het Verenigd Koninkrijk aan Van der Schyffs vuist-

<sup>10</sup> Zie bijv. BVerfG 9 februari 1988, 78 E 20, 24.



regel: het kent *weak judicial review*. Als de Britse rechter tot het oordeel komt dat een wet in strijd is met de *Human Rights Act* en hij de wet niet conform die wet kan interpreteren, geeft hij een *declaration of incompatibility* af. Die verklaring verplicht de wetgever niet de gewraakte wet aan te passen.<sup>11</sup> Eveneens overeenkomstig de vuistregel bestaat in Zuid-Afrika, waar het vertrouwen in het parlement volgens Van der Schyff relatief laag is, *strong judicial review* (nr. 325). Nederland voldoet volgens mij echter niet aan die vuistregel. Hoewel het vertrouwen in de wetgever in ons land volgens Van der Schyff relatief hoog is, kent Nederland (volgens mij) geen *weak*, maar alleen *strong judicial (treaty) review*. Van der Schyff is het daarmee niet eens. Hij meent dat Nederland – overeenkomstig zijn vuistregel – wel *weak judicial review* kent (nr. 311). Hij leidt dat af uit het Harmonisatiewetarrest, waarin de Hoge Raad in een *obiter dictum* uitsprak dat volgens hem de gewraakte wet in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel. Anders dan Van der Schyff zou ik uit dat arrest niet zo'n vergaande conclusie trekken, te meer omdat de grondwetgever van 1983 deze vorm van toetsing uitdrukkelijk heeft afgewezen en omdat de Hoge Raad na het Harmonisatiewetarrest nooit meer zo'n overweging in een arrest heeft opgenomen. Van der Schyffs stelling dat deze '*spurt of activism by the bench has not been repeated on quite the same scale since*' (nr. 312), is volgens mij dan ook een eufemisme. Belangrijker echter is, dat Van der Schyff erkent dat Nederland *strong judicial review* kent bij toetsing van de wet aan een verdrag, maar daarin geen aanleiding ziet zijn vuistregel te laten varen. Ik begrijp dat niet. Zijn beschouwingen die volgen op de vaststelling dat de Nederlandse rechter tot deze toetsing bevoegd is, verhelderen bovendien weinig en zijn niet erg consistent. De schrijver stelt daarin dat Nederland 'traditioneel de voorkeur geeft aan een strikte trias', bij welke voorkeur past dat aarzelingen bestaan om de rechter de bevoegdheid tot *strong review* te geven (nr. 329). Waarschijnlijk, zo vervolgt Van der Schyff, bestonden in Nederland tegen *strong review* – anders dan in het Verenigd Koninkrijk – toch weinig bezwaren, omdat ons land geen precedentenstelsel kent, hoewel de rechters wel feitelijk elkaars oordelen volgen. Een andere mogelijkheid is, zo sluit hij af, dat die strikte trias eigenlijk helemaal niet onverenigbaar is met de genoemde toetsingsbevoegdheid. Integendeel, '*[it] might even fuel strong judicial review*'. Deze lezer is dan echter reeds lang afgehaakt.

Ook op de andere twee rechtsvergelijkende hoofdstukken is kritiek mogelijk. Ik bespreek enkele punten daarvan.

Hoofdstuk 5 behandelt de modaliteiten van toetsing. Van der Schyff maakt daarbij onderscheid tussen toetsing *a posteriori* en *a priori* en tussen abstracte en concrete toetsing (nrs. 170-173). Hij concludeert dat 'hoe groter het vertrouwen in democratische instituties en procedures is,

<sup>11</sup> Meent de minister echter dat voor zo'n aanpassing 'dwingende redenen' bestaan, dan biedt art. 10, tweede lid, HRA 1998 hem de bevoegdheid de parlementaire wet aan te passen.

hoe kleiner de behoefte is aan rechterlijke controle van politieke en constitutionele keuzes' (nr. 219). Onder meer zijn omschrijving van de modaliteiten van toetsing, roept vragen op. Ik geef een voorbeeld: abstracte toetsing is volgens Van der Schyff, beoordeling van

*'the compatibility of ordinary norms with higher norms without there being a factual dispute between litigants. In other words, [evaluating] a legal norm as such without applying the contested norm to solve any particular conflict at the same time'* (nr. 173).

De schrijver koppelt in die definitie twee elementen aan elkaar, namelijk het voorwerp van toetsing (het voorschrift zelf) en het belang dat partijen bij beantwoording van die toetsingsvraag hebben (het toetsingsoordeel beslecht niet een feitelijk geschil). Deze definitie kent een aantal problemen.

Ten eerste is de betekenis van termen uit die definitie niet steeds duidelijk. Zo weet ik niet wat de schrijver precies bedoelt met een 'feitelijk geschil'. Is daarvan bijvoorbeeld ook sprake als de Faunabescherming procedureert tegen een provinciale verordening die het leefmilieu van vogels verstoort? Ten tweede zijn de elementen van de definitie volgens mij geen synoniemen, zoals Van der Schyff suggereert, maar hebben zij een onderscheiden betekenis. Van welke vorm van toetsing is dan sprake als wel voldaan is aan het ene element, maar niet aan het andere? Als een verdachte wordt vervolgd wegens het roken van een joint vlakbij een basisschool (een feitelijk geschil) en de strafrechter meent dat de gemeentelijke verordening die dat strafbaar stelt onverbindend is wegens strijd met de Opiumwet (toetsing van het voorschrift zelf), is dan sprake van abstracte toetsing of juist niet? Ten slotte definieert Van der Schyff concrete toetsing niet aan de hand van de dezelfde elementen als waarmee hij abstracte toetsing definieert, zodat tussen die twee begrippen geen zuivere tegenstelling bestaat. Abstracte toetsing wordt mede gedefinieerd aan de hand van het voorwerp van toetsing, namelijk toetsing van het voorschrift zelf, terwijl dat element in de definitie van concrete toetsing niet wordt genoemd. Concrete toetsing definieert Van der Schyff aan de hand van het belang dat eisers hebben bij toetsing (*'to solve a real conflict between parties'*) en de procedure die tot toetsing leidt (*'in the process'*). Deze wijze van definiëren leidt tot contra-intuïtieve uitspraken als dat artikel 94 Gw niets zegt over de vraag of de rechter abstract of concreet moet toetsen (nr. 195) en dat abstracte toetsing in Nederland mogelijk is *'although special constitutional procedures have not been devised for this form of review yet. However, this form of review seems to be somewhat under-explored in the constitutional field at present'* (nr. 198).

Hoofdstuk 6 bespreekt de normen waaraan de rechter toetst. Anders dan in de voorgaande hoofdstukken, blijkt de schrijver daarbij echter niet (uitsluitend) op zoek naar een verklaring van de empirie, maar naar de 'essentie' van rechterlijke toetsing. Zo concludeert Van der Schyff uit de vaststelling dat in oude democratieën, zoals het Verenigd Koninkrijk en Nederland, de rechter (vrijwel) niet toetst aan de bepalingen over de wetgevingsprocedure (nr. 284), terwijl hij dat in een jonge democratie als Zuid-Afrika wel doet (nrs. 284 en 286), dat '*checking legislative procedures does not constitute an essential element of judicial review that must be present were one to speak of judicial review at all*' (nr. 286). Daargelaten of een zoektocht naar de essentialia van het toetsingsrecht zinvol is, dwaalt de schrijver zo wel erg af van zijn oorspronkelijke onderzoeksvraag, namelijk: wat verklaart de vormgeving van het toetsingsrecht?

#### 4. Slot

Wat te denken van dit boek? De schrijver argumenteert vaak eenzijdig. Dat geldt met name voor het hoofdstuk waarin hij de vraag beantwoordt of het toetsingsrecht verdedigbaar is. De empirische hoofdstukken bevatten weliswaar veel informatie, maar de opzet van het onderzoek maakt dat op basis daarvan de centrale vraag niet kan worden beantwoord. Bovendien is de schrijver vaak onvoldoende precies. Ter afsluiting geef ik daarvan één voorbeeld. In de laatste alinea van het boek vat de auteur zijn bevindingen samen. Hij schrijft:

*'The ideal of constitutional governance is to be achieved primarily, but not exclusively, through majoritarian decision-making structures, as checked through the judicial review of legislation, whose scope is to be determined relative to the ability of such majoritarian decision-making structures to reasonably achieve constitutional governance.'* (nr. 347)

Na lezing van het boek weet ik niet wat '*constitutional governance*' is. Maar bovenal is de zin betekenisloos: *constitutional governance* moet worden bereikt door het toetsingsrecht zo vorm te geven dat *constitutional governance* redelijkerwijs kan worden bereikt. Het boek heeft mij helaas niet overtuigd.