

R. Burchill (red.), *Democracy and International Law*, Aldershot: Ashgate 2006, 632 p.

S.A. Scheingold (red.), *Legality and Democracy: Contested Affinities*, Aldershot: Ashgate 2006, 691 p.

T. Campbell & A. Stone (red.), *Law and democracy*, Aldershot: Ashgate 2006, 546 p.

Drie dikke bundels tjokvol artikelen die het verdienen ook in het download-tijdperk in boekvorm beschikbaar te zijn, zo zal de uitgever hebben gedacht. Dat zal dan wel steeds een gang naar de bibliotheek vereisen, want de prijs van deze boeken is niet misselijk. De meeste lezers zullen ze daarom niet (kunnen) aanschaffen. Maar, niet gezeurd, laten we gauw een blik op de inhoud werpen.

Na de val van het IJzeren Gordijn werd er al snel een recht op democratie geponeerd door diverse beoefenaren van het internationale recht, zoals de artikelen van Franck, Crawford en Fox/Roth in deel 1 van de door Burchill geredigeerde bundel laten zien. De snelle verspreiding van democratische normen leidde tot de claim dat het internationale recht was overgegaan van een systeem van (veronderstelde) ideologische neutraliteit, met weinig aandacht voor regeringsvormen, naar een volledige acceptatie van de idee van democratie als dé maatstaf van legitimiteit in het internationale systeem. Een onvervalst vooruitgangsgeloof, dat natuurlijk op kritiek van non-believers kan rekenen, zoals met name uit de bijdragen in deel 5 blijkt. Veel aandacht voor democratie in het internationale recht dus. Dat is wel eens anders geweest. Democratie is lange tijd een ondergeschoven kindje geweest in het internationale recht. Er zijn zeker vier rechtvaardigingen voor de toegenomen aandacht in het internationale recht voor het groeiende belang van democratie. Democratie is van belang voor de bescherming van mensenrechten, het is een middel om interne gewapende conflicten te voorkomen, een middel om vrede tussen staten te bevorderen, en democratische processen kunnen gebruikt worden bij de formulering van 'opkomende' internationale normen.

De vraag is dan natuurlijk: wat is democratie? Democratie is bij uitstek een voorbeeld van Gallies 'essentially contested concepts.' De in het internationale recht dominante betekenis is beperkt tot basale procedures, zoals verkiezingen. De auteurs (Wheatley, Beutz en Ezetah) van de artikelen in deel 2, dat gewijd is aan de definitie van democratie, zijn het erover eens dat deze minimalistische procedurele betekenis te beperkt is en tekort doet aan de emancipatoire betekenis van democratie. Waarden die in dit verband benadrukt worden, zijn participatie, accountability, vreedzame geschillenbeslechting, tolerantie en bevordering van het welzijn van de bevolking. Deel 3 gaat over de idee van democratie als majeure factor in internationale relaties en in de organisatie van het internationale systeem. Téson start vanuit Kants visie dat het internationale recht niet volledig op staatssoevereiniteit gebaseerd kan zijn, maar mede op statelijke legitimiteit, bepaald door de belangen en behoeften van de bevolking. Nu democratische staten geen oorlog voeren met elkaar, bevorderen zij de internationale vrede. Daarom moeten we een wereld van democratische staten nastreven. Slaughter betoogt dat samenwerking van staten in transnationale netwerken via (nationale) instituties en individuen bijdraagt aan een vreedzame wereld, omdat deze samenwerking is gebaseerd op kernbeginselen van democratie en universele liberale normen. De vraag is natuurlijk of de samenwerking tussen (democratische) staten wel beantwoordt aan dit ideaalbeeld. Tegenover of in ieder geval naast transnationale netwerken staat samenwerking via intergouvernementele organisaties. Stein laat zien dat integratie via intergouvernementele samenwerking toeneemt, omdat staten zien dat ze zo gemeenschappelijke doelen kunnen realiseren. Maar daardoor hebben individuen minder mogelijkheden om te participeren. De erkenning van bepaalde individuele rechten en de creatie van een vertegenwoordigende vergadering kunnen hier voor verbetering zorgen. In de artikelen van Joyner, Burchill, Boniface, Kufuor en Santios (deel 4) blijkt dat intergouvernementele organisaties daadwerkelijk bijdragen aan de realisatie van democratische beginselen door afspraken te maken over juridische plichten. Daarbij wordt echter wel gewezen op selectiviteit en onbepaaldheid van die plichten, bijvoorbeeld in het kader van ontwikkelingshulp, in relatie tot bepaalde landen. Financiële instellingen als de Wereldbank leggen tegenwoordig de nadruk op democratie en 'good governance' bij ontvangende staten. Dat leidt natuurlijk tot verwijten van imperialisme en inmenging in de soevereiniteit van die staten. Het laatste deel bevat in aansluiting hierop een aantal kritische en/of sceptische bijdragen van Marks, Simpson, Otto Ghai en Sadiki. Niet verwonderlijk wordt hier allereerst de claim bestreden dat democratie nu de algemeen geaccepteerde maatstaf in de internationale rechtsorde is – er is slechts beperkt en inconsistent bewijs voor. Ook wordt de stormachtige promotie van de democratie geplaatst in het licht

van de uiteenlopende culturen. Daarbij wordt democratiebevordering zeker niet zomaar als westers imperialisme bestempeld. Wel wordt er terecht op gewezen dat achter de export van democratie allerlei strategische en economische belangen van de exporteurs schuilgaan, die bijvoorbeeld in Arabische landen de acceptatie van democratie niet bevorderen. Democratie dus als onderdeel van een politiek steekspel.

Nog meer politiek vinden we in de door Scheingold geredigeerde collectie tijdschriftartikelen. Vanuit een rechtssociologisch perspectief wordt het scherpe onderscheid tussen recht en politiek aangevallen. Deze bundel start met een aantal bijdragen waar het klassieke legaliteitsbegrip centraal staat met zijn ferme scheiding tussen recht en politiek. Hier steunt legaliteit op politieke verantwoording (de accountability die we hiervoor al tegen kwamen) die wordt afgelegd via verkiezingen in combinatie met juridische verantwoording op basis van grondrechten – als correctie op het democratisch proces. Ketchens bijdrage analyseert het Hart-Fullerdebat vanuit dit perspectief. Harts systeem van primaire en secundaire regels ziet hij als zelfgenoegzaam: rechtsvormers hoeven geen verantwoording af te leggen aan de burgers. Legaliteit bij Fuller daarentegen is geworteld in een wederkerige relatie tussen wetgever en burgers. Rechten van burgers bieden dan een mogelijkheid om de regeerders, het bestuur, enige verantwoording te laten leggen in juridische procedures. Bovendien biedt Fuller, hier aanwezig met 'The Forms and Limits of Adjudication', met zijn 'internal morality of law', een legitimitetsbegrip dat verder gaat dan een enkel formeel opgevatte legaliteit. Selznick in 'Sociology and Natural Law' gaat nog een stap verder dan Fuller, omdat hij niet enkel het proces van rechtsvorming beoordeelt, maar ook maatstaven biedt voor de inhoud van het positieve recht ('the needs of man'). Het hiernavolgende deel bevat een aantal rechtssociologische bijdragen die laten zien hoe de formele gelijkheid, fundamenteel uitgangspunt van het klassieke legaliteitsbegrip, gecompromitteerd wordt door verschillende vormen van maatschappelijke ongelijkheid. Daardoor kunnen veel burgers hun rechten niet of niet optimaal verwerkelijken. Het recht biedt hun dus weinig garanties, anders dan het klassieke legaliteitsbegrip veronderstelt. Dit deel start met Galanters 'Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change'. Juridische procedures blijken maatschappelijke ongelijkheden vaak te vergroten (zo ook Handler). Verschillende auteurs (Cahn & Cahn en McCann) bepleiten daarom dat juristen en rechters zich activistisch moeten opstellen door partij te kiezen voor de zwakkeren (bijv. de bekende 'one shotters') – 'adversarial legalism' ter compensatie van feitelijk bestaande ongelijkheid. In het daaropvolgende deel wordt benadrukt dat aan de polstok van de rechter en de juridische procedure inherente beperkingen kleven (Bickel, Horowitz, Kagan). Rechters dienen zich daarom niet zomaar in het politieke domein van de wetgever te

Dit artikel uit *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

begeven. In het deel daarna blijkt dat rechters meer mogelijkheden hebben om aan maatschappelijke hervorming bij te dragen als maatschappelijke groeperingen niet enkel via juridische procedures veranderingen willen afdwingen, maar ook met behulp van acties een maatschappelijk debat op gang weten te brengen (Feely, Van Swearingen, Paris, Reed). Dan kan een politiek klimaat ontstaan dat ontvankelijk is voor hervorming, wat het enerzijds gemakkelijker voor de rechter maakt om daarbij aan te sluiten, maar anderzijds ook de – democratisch gelegitimeerde – wetgever daartoe kan stimuleren. Hervormende rechtsvorming is dan het resultaat van een subtiële interactie van verschillende juridische en maatschappelijke spelers. Het slotakkoord, Nelkens 'Beyond Compare? Criticizing "The American Way of Law"', plaatst de politisering van het recht in een breder democratisch perspectief en laat zien dat het niet om een louter Amerikaans debat gaat. Hij bekritiseert met name Kagan die zijns inziens lukraak wat deugden van verschillende Europese rechtssystemen verzamelt om daarmee de Amerikaanse situatie aan te vallen. Nelken bepleit een serieuze(re) vorm van rechtsvergelijking om de relatie tussen legaliteit en democratie verder uit te diepen.

'Law and democracy' biedt artikelen over de rol van het recht in een democratie. Het gaat hier dus om de nationale – vaak Amerikaanse – context, anders dan bij Burchill c.s. Na twee historische bijdragen van Sellers en Ewing en een verdediging van de eer, althans waardigheid, van de wetgever en dus de meerderheidsregel (Waldron), komen met name het liberale (Dworkin, West) en het republikaans gedachtegoed (Sunstein, Michelman, Pettit) aan bod. Anders dan Waldron, verwachten beide stromingen het heil uiteindelijk van de rechter. Abrams bekritiseert met name Michelman, omdat hij, zoals veel juristen, te zeer op de rechter concentreert en daarmee de republikaanse norm van 'self-conscious popular engagement' te weinig waardeert. De focus is te veel op de overheid gericht en te weinig op burgerparticipatie. Sunstein committeert zich weliswaar aan de republikeinse dialoog, maar dat dan weer met name op het niveau van de wetgever waar overeenstemming via een dialoog bereikt kan worden. Maar ook hij verwacht republikaanse hervormingen van een meer verlicht Supreme Court. Het is dan ironisch dat de recente rechtsgeleerde bijdrage aan het republikaanse de focus van de idee van burgerparticipatie heeft afgeleid. Rechters vormen immers maar een bescheiden deel van de burgerij; in ieder geval getalsmatig. Abrams laat echter zien dat juist in Sunsteins en Michelmans werk aanknopingspunten te vinden zijn voor een perspectief dat minder exclusief van de rechter uitgaat. Vervolgens komt met Habermas en Rosenfeld de deliberatieve invalshoek aan bod, gevolgd door een kritische reactie daarop van Campbell. Scalia mag daarna nog eens zijn formalistisch standpunt uiteenzetten met een reactie daarop van Sunstein.

Het blijkt dat het meningsverschil niet ligt in het vertrekpunt van de duidelijke betekenis van de wettekst en een of andere vorm van 'original intent' bij de constitutionele tekst. Het werkelijke debat gaat om welke vorm van originalisme geschikt is. Goldsworthy brengt vervolgens een verfijning aan door een onderscheid te maken tussen wat de 'founders' beoogden vast te leggen ('enactment intentions') en hun meer specifieke visie met betrekking tot de toepassing daarvan. Deze 'application intentions' zijn zijns inziens niet relevant voor constitutionele interpretatie. Als bijna verplicht nummer wordt deze bundel afgesloten met bijdragen van Freeman en Waldron over 'judicial review,' waarbij Whyte en Russell ingaan op de 'notwithstanding clause' in Canada die op een specifieke manier de dialoog tussen rechter en constitutionele wetgever structureert. De wetgever heeft hier de mogelijkheid de door de rechter beschermde rechten uit de 'Charter of Rights and Freedoms' op zij te zetten ('override'). Het is misschien wat ver van het grote continent, maar in dit verband is de Oostenrijkse constitutie interessant: het constitutionele hof ('Verfassungsgerichtshof') kan de publicatie van een uitspraak waarin een schending van de constitutie wordt vastgesteld met achttien maanden uitstellen om de wetgever de mogelijkheid te bieden de gebrekkige wet te herstellen. In die periode blijft die wet overigens wel zijn gelding behouden en kan niet worden aangevochten. Ook hier geldt dat serieuze rechtsvergelijking nog veel kan opleveren.

Afsluitend, alle drie de bundels zijn meer dan de moeite waard. Dat komt ook doordat zij zijn voorzien van uitstekende inleidingen die elk niet alleen kort de standpunten van de bijdragen uiteenzet en in ruimer perspectief plaatst, maar ook opiniërend is. Elk deel bevat ook een register, dat helaas alleen namen bevat. Een zaakregister wordt zodoende gemist. Zoals de legendarische radioreporter Theo Koomen al vertwijfeld uitriep als hem namen van 'ontsnapte' wielrenners werden doorgegeven: 'Geen namen. Rugnummers moet ik hebben!'