

ARTIKELEN

Constitutionele toetsing in een democratie zonder volk

Een kelseniaanse rechtvaardiging voor het Europees Hof van Justitie*

Quoc Loc Hong

*De kiezer geeft, de kiezer neemt, soeverein als de zee.
Jozias van Aartsen*

Constitutionele toetsing wordt vanuit het democratische perspectief vaak als een problematisch fenomeen ervaren. Het draagt immers de implicatie in zich dat ongekozen rechters wetgeving die door volksvertegenwoordigers is afgekondigd terzijde zouden kunnen schuiven. Aangezien het Europees Hof van Justitie (HvJ EU) onder meer als het constitutionele hof van de Europese Unie (EU) fungeert,¹ kan de vraag naar de democratische legitimiteit ervan niet worden vermeden. Is het mogelijk om een democratische rechtvaardiging voor dit Hof te formuleren? Deze vraag klemmt temeer, nu het HvJ EU de twijfelachtige reputatie geniet een zéér activistisch rechtscollege te zijn.² Het is genoegzaam bekend dat de belangrijkste arresten die dit rechtscollege in zijn nog korte bestaan heeft gewezen weinig of vrijwel geen steun kunnen vinden in de Verdragsbepalingen op de naleving waarvan het geacht wordt toe te zien.³ Het HvJ EU staat dan ook bloot aan het verwijt dat het zich te buiten is gegaan aan politieke rechtsvorming, terwijl toe-

* Dit artikel is het aangekondigde vervolg op een artikel dat eerder in dit tijdschrift is verschenen. Zie mijn artikel *Democratie zonder Volk: Het Meerderheidsbeginsel in een Radicaal Gepolariseerde Samenleving*, *Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie 1* (2007), p. 13-38. Zie ook de kritiek van Koo van der Wal, 'Democratie als Politiek Systeem, als idee en als Levenshouding: Reactie op het Artikel "Democratie zonder volk" van Hong Quoc Loc', (2007/1) *Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 39-51. Ik dank de professoren Maurice Adams, Johan Meeusen en Anne-Marie Van den Bossche voor hun waardevolle commentaar op een eerdere versie van het huidige artikel. Mijn dank gaat eveneens uit naar twee anonieme referenten voor hun houtsnijdende kritiek daarop.

1 A. Knook, *Europe's Constitutional Court: The Role of the European Court of Justice in the Intertwined Separation of Powers and Division of Powers in the European Union* (PhD dissertation, Utrecht), Utrecht University 2009.

2 H. de Waele, *Rechterlijk Activisme en het Europees Hof van Justitie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

3 Knook 2009, p. 253: 'As the Constitutional Court of the European Union, it had ultimate – and exclusive – authority over the interpretation of constitutional rules it had itself created.'

passing van het democratisch gevormde recht het domein is waar het als een gerechtelijke instantie binnen had moeten blijven.⁴

Indien wij een serieuze poging willen wagen dit Hof van een democratische legitimatie te voorzien, dan zouden wij daarom niet kunnen volstaan met het argument dat constitutionele rechtspraak op Europees niveau in principe gerechtvaardigd is. Het rechterlijke activisme van het rechtscollege dat met deze taak is belast, zal eveneens meegenomen moeten worden in ons rechtvaardigingspakket. De vaak gehoorde constatering dat rechtstoepassing onvermijdelijk een zekere mate van rechtsvorming met zich meebrengt, doet niets af aan de noodzaak om in bepaalde gevallen de activistische jurisprudentie van het Hof te legitimeren. Wat technisch niet te vermijden is, staat immers niet gelijk aan wat normatief als legitiem beschouwd kan worden. Dit alles betekent derhalve dat, willen wij in onze opzet slagen, wij uiteindelijk in staat moeten zijn te concluderen dat zelfs een activistisch HvJ EU niet altijd met de Europese democratie op gespannen voet hoeft te staan.

Gelet op het feit dat de juridisch-technische aspecten van constitutionele rechtspraak op Europees niveau reeds uitgebreid aan bod zijn gekomen in twee recent verdedigde proefschriften,⁵ zullen wij in dit artikel daaraan geheel voorbijgaan. Wij zullen hierin evenmin stilstaan bij de bezwaren tegen constitutionele rechtspraak die onder meer door Jeremy Waldron zijn geformuleerd,⁶ daar zij nog steeds gevangen blijven binnen het beperkte kader van de nationale democratie.⁷ De focus van ons artikel zal uitsluitend gericht zijn op de relatief onderbelichte rol van de rechter als handhaver van het machtsevenwicht tussen de meerderheid en de minderheid in een democratie op Europese schaal. ‘There are’, aldus Miguel Poiares Maduro,

‘two basic fears underlying constitutional discourse and organization: the fear of the many and fear of the few. The core of constitutional law is the balance between the fear of the many and the fear of the few. Constitutional law sets up the mechanisms through which the many can rule but, at the same time, creates rights and processes for the protection of the few.’⁸

4 De Waele 2009, p. 399.

5 Knook 2009; De Waele 2009.

6 Zie bijvoorbeeld J. Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, *Yale Law Journal* 115 (2006), p. 1346-1406. Zie ook J. Waldron, *Legislatures Judging in Their Own Cause*, *Legisprudence* 3 (2009), p. 125-145.

7 Ik dank dit inzicht aan een paper, getiteld *Judicial Review and the Defence of (Democratic) Constitutionality – A Critique of the Argument from Disagreement*, die door Lars Vinx begin 2009 tijdens een seminar in het Noorse Bergen werd gepresenteerd.

8 Miguel Poiares Maduro, *Europe and the Constitution: What if This is As Good As It Gets?*, in: J. Weiler en M. Wind (red.), *Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge: Cambridge University Press 2003, p. 86-87.

De unieke uitdaging waarvoor het HvJ EU staat, is dat het de juiste balans daartussen moet zien te vinden in een transnationale mega-leviathan,⁹ terwijl de ‘gewone’ constitutionele rechter de knoop ‘slechts’ hoeft door te hakken in een natiestaat. Om uiteindelijk te kunnen concluderen dat het Hof in staat is deze uitdaging met succes aan te gaan, moeten wij eerst grondig afrekenen met de befaamde ‘No Demos-thesis’, volgens welke de EU überhaupt geen democratie kan zijn, laat staan dat het HvJ EU constitutionele conflicten op een democratisch legitieme wijze kan beslechten. Daartoe zullen wij in dit artikel het volgende parcours volgen.

In paragraaf 1 zullen wij, om te beginnen, in het kort uiteenzetten hoe constitutionele rechtspraak, al dan niet activistisch, traditioneel wordt gerechtvaardigd binnen het kader van de nationale democratie, waar alle overheidsmachten op de soevereiniteit van het volk worden gefundeerd. Vervolgens laten wij aan de hand van de ‘No Demos-thesis’ zien dat deze rechtvaardiging door de afwezigheid van een Europees volk tekortschiet op het transnationale niveau van de EU.

Na aangetoond te hebben dat de ‘No Demos-thesis’ zelf geldigheid ontbeert, gaan wij in paragraaf 2 met de hulp van Hans Kelsens democratietheorie beargumenteren dat een Europese democratie zonder volk volkomen mogelijk is. Dat argument vormt, op zijn beurt, de basis van waaruit wij de verdediging zullen voeren voor de conclusie dat zelfs een activistisch HvJ EU niet strijdig hoeft te zijn met het democratische karakter van de EU.

1 Constitutionele rechtspraak in een nationale democratie

1.1 De normatieve voorsprong

De bescherming van minderheden is traditioneel de belangrijkste rechtvaardiging voor constitutionele toetsing geweest. Democratie, zo luidt het bekende argument, vereist naast regeermacht voor de meerderheid ook effectieve waarborg van minderheidsrechten door een zogeheten *countermajoritarian force*.

Dit argument vindt zijn oorsprong in de principiële erkenning door elk lid van een democratische gemeenschap dat zijn medelid recht heeft op dezelfde mate aan autonomie als hijzelf geniet. Deze wederzijdse erkenning of wederkerigheid houdt in dat niemand gerechtigd is om zijn wil aan iemand anders op te leggen. In een staat die pretendeert democratisch te zijn, moet de overheid daarom zodanig worden ingericht dat zij in staat is vreemde overheersing te neutraliseren of, in ieder geval, tot een minimum te reduceren. Democratie als algemeen concept wordt door Ian Shapiro dan ook gedefinieerd als ‘a means of managing power relations so as to minimize domination’.¹⁰

9 Mega-leviathan is een term ontleend aan W.M. Reisman, *Allocating Competences to Use Coercion in the Post-Cold War World: Practices, Conditions, and Prospects*, in: L.F. Damrosch en D.J. Scheffer (red.), *Law and Force in the New International Order*, Boulder: Westview Press 1991, p. 27: ‘But, as yet, there has been no incorporation of the various states of the world into a single mega-Leviathan (...) paralleling the incorporation of the various feudal entities into modern nation-states.’

10 I. Shapiro, *The State of Democratic Theory*, Princeton: Princeton University Press 2006, p. 3.

De specifieke conceptie van democratie als zelfrechtsvorming door het volk is ongetwijfeld de invloedrijkste strategie om deze minimalisering te bereiken. Het volk wordt binnen het kader ervan verondersteld de eenheid te zijn die alle leden van een politieke gemeenschap omvat – een veronderstelling die dan weer de basis vormt voor de wijdverspreide opvatting dat volkssoevereiniteit inzake rechtsvorming het pad is waarlangs het ideaal van autonomie voor allen te bereiken valt. Als het volk de hoogste rechtsauteur is die rechtsnormen aan zichzelf oplegt, dan zou, zo luidt de redenering, niemand aan vreemde overheersing bloot moeten staan. Alle rechtsadressaten zouden in dat geval immers alleen gebonden worden door die normen die uiteindelijk tot hun eigen instemming zijn te herleiden. Het collectieve auteurschap van het volk is derhalve wat garandeert dat de autonomie van eenieder onder de heerschappij van het recht gewaarborgd blijft. Deze democratieconceptie, die in staatsrechtelijke handboeken min of meer tot de officiële ideologie van de hedendaagse democratie is verheven,¹¹ is hoogst waarschijnlijk wat ten grondslag heeft gelegen aan de gepercipieerde spanning tussen constitutionele rechtspraak en volkssoevereiniteit. Zij impliceert immers dat

‘the sovereignty of the people is expressed in their election of representatives to Parliament, which then decides on the content of the laws, which judges, as unelected officials, are bound to apply’.¹²

Het is aan haar ideologische dominantie te danken dat de wetgevende macht een schijnbaar beslissende normatieve voorsprong ten opzichte van de constitutionele rechter geniet. De wetgever ontleent binnen het raamwerk van deze democratieconceptie zijn legitimiteit namelijk aan de instemming die het volk hem tijdens algemene verkiezingen zou hebben gegeven. Hierdoor is hij in staat op een geloofwaardige wijze te claimen daarvan het mandaat te hebben ontvangen om tijdens zijn ambtstermijn die maatregelen te treffen die hij noodzakelijk acht om het algemene belang van het volk als geheel te dienen. Indien de wetgever of, om het wat concreter uit te drukken, leden van het parlement zouden besluiten dat bepaalde maatregelen nodig zijn om dit doel te bereiken, dan lijkt hun besluit louter om die reden al bij voorbaat gerechtvaardigd te zijn. Dit heeft onder meer tot gevolg dat pogingen van rechters om een dergelijk besluit aan de grondwet te toetsen bij een sceptisch publiek kunnen overkomen als een onge-rechtvaardigde inmenging in de rechtmatige machtsuitoefening door gekozen volksvertegenwoordigers:

‘That, without mystic overtones, is what actually happens (...) and it is the reason the charge can be made that judicial review is undemocratic.’¹³

11 B. van Roermund, *Volksvertegenwoordiging: Rousseau's Maatschappelijk Verdrag in de Spiegel van de Rechtsstaat*, Leende: Damon 2000, p. 10-11.

12 D. Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen, and Hermann Heller in Weimar*, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 115.

13 A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven: Yale University Press 1986, p. 16-17.

Voorstanders van constitutionele rechtspraak hebben hiertegen vooral de noodzaak tot minderhedenbescherming ingebracht. Het democratische wederkerigheidsprincipe betekent in de praktijk dat de politieke autonomie van zowel de meerderheid als de minderheid zo veel mogelijk gewaarborgd moet blijven. Meerderheidswetgeving is daarom slechts legitiem, indien verslagen minderheidsleden de juridisch geïnstitutionaliseerde kans krijgen om via het electorale proces een nieuwe meerderheid te worden. Dankzij die kans zullen zij hun zelfbeschikkingsrecht immers niet permanent kwijtraken, terwijl de regerende meerderheid evenmin hoeft te vrezen dat haar een vergelijkbaar verlies treft, mocht zij bij de volgende verkiezingen tot de nieuwe minderheid worden gereduceerd. Meerderheidsvorming is in deze zin het mechanisme waarmee blootstelling aan vreemde overheersing tot een minimum kan worden beperkt – voor zowel degenen die werkelijk tot de minderheid behoren als voor hen die in deze status dreigen te vervallen. Aan de constitutionele rechter komt dan de primaire taak toe te garanderen dat zij ook daadwerkelijk in staat zullen zijn van de mogelijkheid daartoe gebruik te maken. Er bestaat immers het gevaar dat de regerende meerderheid haar macht misbruikt om obstakels in het electorale proces op te werpen, waardoor inspanningen van de oppositionele minderheid zichzelf tot een nieuwe meerderheid te transformeren ernstig gefrustreerd kunnen worden.¹⁴

Daarnaast kan diezelfde meerderheid in de verleiding komen rechten van permanente minderheden te schenden. Permanente minderheden zijn groeperingen wier politieke agenda's zo 'anders' zijn dan die van de rest van de samenleving 'that they are virtually excluded from all attempts at coalition building', hetgeen betekent dat zij niet in staat zullen zijn 'to marshal enough votes to protect their interest'.¹⁵ Omdat deze minderheden zich onmogelijk via het electorale proces kunnen verdedigen, moeten zij door de rechter beschermd worden tegen wetgeving waaraan een vijandig gezinde meerderheid hen zou kunnen onderwerpen.¹⁶ Hun bescherming is van cruciaal belang voor de democratische legitimiteit van meerderheidswetgeving. Immers, als die legitimiteit afhankelijk is van het vermogen van een minderheid om een nieuwe meerderheid te worden, dan zal louter het bestaan van minderheden die daartoe niet in staat zijn onvermijdelijk een schaduw van twijfel erover werpen. Door hen tegen mogelijk machtsmisbruik door de meerderheid te beschermen, kan de rechterlijke macht die schijn van illegitimiteit helpen neutraliseren.

Hoewel minderhedenbescherming op het eerste gezicht een overtuigend argument lijkt, lijdt zij in feite nog altijd onder de ideologische dominantie van de

14 J.H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, MA: Harvard University Press 1980, p. 103.

15 L.G. Simon, The Authority of the Framers of the Constitution: Can Originalist Interpretation Be Justified?, *California Law Review* 73 (1985), p. 1509.

16 Een voorbeeld hiervan is te vinden in de zaak *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996). Het Amerikaanse Hoogerechtshof vernietigde hierin een homovijandige wet die door de meerderheid der kiezers in Colorado bij een referendum was aangenomen. Voor een diepgaande annotatie van dit arrest, zie R. Dworkin, Sex, Death, and the Courts, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, MA: Harvard University Press 2000, p. 453-473. Zie ook Ely, *Democracy and Distrust*, p. 135-179.

opvatting dat democratie in wezen neerkomt op zelfrechtsvorming door het volk. Ondanks de algemeen aanvaarde noodzaak tot minderhedenbescherming laden rechters door de normatieve voorsprong die deze dominantie aan het parlement verschaft nog altijd de verdenking op zich de wil van het soevereine volk getrotseerd te hebben, wanneer zij een wet ongrondwettig verklaren om aan die noodzaak tegemoet te komen. De rechterlijke macht wordt daarom lang niet door iedereen beschouwd als het meest aangewezen instituut om zowel het electorale proces als permanente minderheden van bescherming te voorzien. Illustratief in dit opzicht is de kritiek die is geleverd op de bekende doctrine van 'discrete and insular minorities' die het Amerikaanse Hoogerechtshof in 1938 heeft geformuleerd om bescherming te bieden aan die minderheden die zich niet in het electorale proces kunnen verweren.

[A minority] is discrete because it supported or opposed legislation not supported or opposed by the majority. It is insular because it was unable to form coalitions with other groups that would have enabled it to achieve its desired ends through the political process.¹⁷

Bij de toetsing van wetten aan de U.S. Constitution moeten rechters daarom in bepaalde gevallen onderzoeken

'whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry.'¹⁸

Critici hebben erop gewezen dat toepassing van deze doctrine onvermijdelijk tot rechterlijk activisme leidt. Er zijn, aldus Robert Bork, bepaalde minderheden, bijvoorbeeld etnisch of religieus, die door de Amerikaanse Grondwet worden beschermd. "They need not be classified as "discrete and insular" in order to get that protection."¹⁹ Minderheden die rechters op basis van deze classificatie beschermingswaardig achten, zijn daarom per definitie die minderheden die door de democratisch gelegitimeerde grondwetgever van bescherming zijn uitgesloten.²⁰ Indien een rechter ondanks de afwezigheid van grondwettelijke autorisatie toch een wet ongrondwettig verklaart om hen op die manier speciale bescherming ertegen te bieden, dan heeft hij in feite als een rechterlijke activist nieuwe grondwetsnormen gecreëerd in plaats van de vigerende toegepast.²¹

17 L.F. Powell, Jr., *Carolene Products Revisited*, *Columbia Law Review* 82 (1982), p. 1090.

18 *United States v. Carolene Products. Co.*, 304 U.S. 144 (1938) at p. 152-153, footnote 4.

19 R.H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, New York: Touchstone 1991, p. 60.

20 Bork 1991, p. 61.

21 Vgl. C. Schmitt, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, in: C. Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlin: Duncker & Humblot 1985, p. 79-81. Zie ook J.M. Piret, *Legaliteit en Legitimiteit bij Carl Schmitt en Hans Kelsen*, *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 25 (1996), p. 5-26.

Voorts hebben critici een vergelijkbaar bezwaar aangevoerd tegen de meer algemene rol van constitutionele rechters als hoeder van het electorale proces dat meerderheidsvorming door minderheden mogelijk moet maken.

“The problem is this: in a democratic society there inevitably are both winners and losers. The fact that one group is disadvantaged by a particular piece of legislation, or action of government, therefore does not prove that the process has failed to function properly. To infer otherwise – that the process has been corrupted by invidious discrimination – a judge must have some *substantive* vision of what results the process should have yielded. Otherwise he has no way to know that the process was unfair.”²²

Het spreekt vanzelf dat deze visie geen basis kan zijn voor een rechter om een door het parlement aangenomen wet ongrondwettig te verklaren. Als hij dat zou doen, dan betekent het immers dat hij op gezag van zijn persoonlijke opvattingen het politieke oordeel van de parlementaire meerderheid terzijde schuift – een fundamenteel ondemocratische handeling.²³ Op een of andere manier schijnt rechterlijke bescherming van minderheden in de democratische optiek dus altijd te moeten ontaarden in politieke rechtspraak, dat wil zeggen in verkapte rechtsvorming door een ongekozen magistratuur.

1.2 De Vertegenwoordiging van het Volk

In antwoord op hiervoor genoemde bezwaren hebben voorstanders van constitutionele rechtspraak betoogd dat de normatieve voorsprong van de wetgever in feite op rechtstheoretisch drijfzand berust en dat rechterlijk activisme eigenlijk ook een vorm van volksvertegenwoordiging is. Het is, om te beginnen, een mythe dat de wetgever zijn autoriteit direct aan het volk ontleent. In tegenstelling tot wat vaak gedacht wordt, kan het volk onmogelijk leden van de wetgevende macht bij algemene verkiezingen het mandaat voor hun rechtsvormende arbeid hebben gegeven, simpelweg omdat het überhaupt niet in staat is daaraan deel te nemen. Immers, terwijl het soevereine volk geacht wordt bij verkiezingen zijn wil tot uitdrukking te brengen, doen juist die verkiezingen dit lichaam uiteenvallen in een veelvoud aan losse individuen, waardoor het precies op dat beslissende ogenblik niet vermag als een politieke eenheid te handelen.²⁴

De ‘actor’ die in plaats van het volk handelt, is daarom het electoraat dat, het zij ten overvloede opgemerkt, slechts een onderdeel van dat volk is en dat door individuele burgers wordt gevormd. Die burgers zijn degenen die altijd daadwerkelijk hebben geparticipeerd in verkiezingen en referenda die stapsgewijs zouden resul-

22 Powell 1982, p. 1091.

23 R.H. Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, *Indiana Law Journal* 47 (1971), p. 10.

24 C. Lefort, *Permanence du Théologico-Politique?*, in: C. Lefort, *Essais sur le Politique: XIXe-XXe Siècles*, Paris: Seuil 1986, p. 267-268; H. Lindahl, *Vorst, op God na: Politieke Macht en de Symbolisering van Soevereiniteit*, *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 26 (1997), p. 128.

teren in de vaststelling van regelgeving.²⁵ De invoering van het algemeen kiesrecht kan vooral in een plebiscitaire democratie op de kleine schaal van een stadstaat wellicht de indruk wekken dat het volk tijdens een referendum het forum zelf betreedt om als soevereine rechtsauteur bindende normen aan zich op te leggen. In werkelijkheid gaat het op zijn hoogst om een verzameling van alle kiesgerechtigde burgers die speciaal voor die gelegenheid kortstondig op het stadsplein bijeenkomt.²⁶

Het gegeven dat het volk de hoogste bron van regelgeving is maar zelf geen rechtsnormen kan creëren, betekent praktisch dat de meerderheid onder kiezers dan wel die onder hun gekozen afgevaardigden het volk bij de rechtsvorming moet *vertegenwoordigen*. Zij moet, met andere woorden, de claim maken te hebben gehandeld op gezag en in het algemene belang van het volk als geheel. Dit houdt onder meer in dat de meerderheid het auteurschap van meerderheidsnormen met succes aan het volk zelf moet kunnen toeschrijven. Immers, alleen wanneer deze normen als het resultaat van zelfrechtsvorming door het volk worden gepercipieerd, zijn minderheidsleden bereid ze niet zonder meer als een schending van hun recht op zelfbeschikking door een numeriek grotere factie te diskwalificeren: door die perceptie kunnen deze minderheidsleden vigerende rechtsnormen beschouwen als het product van een collectieve auteur waartoe ook zijzelf behoren.

Dit alles betekent – het zij ten overvloede opgemerkt – dat wetten die door de wetgever in een parlementaire democratie worden afgekondigd nimmer de authentieke uitdrukking kunnen zijn van wat het volk wil dat er in het algemene belang van dat volk gedaan moet worden. Zij vormen ten hoogste slechts een poging van de meerderheid in het parlement om in dat belang te handelen.²⁷

Dit inzicht impliceert, in de eerste plaats, dat oppositionele minderheidsleden het recht moeten bezitten om via het electorale meerderheidvormingsproces hun alternatieve visie op het algemene belang alsnog in wetgeving te codificeren. Democratie die op conceptueel niveau is opgevat als zelfrechtsvorming door het volk kan op operationeel niveau daarom gedefinieerd worden als een politiek systeem waarin de meerderheid het recht heeft het volk als geheel door middel van regelgeving te vertegenwoordigen, mits de verslagen minderheid de kans krijgt die vertegenwoordigingsbevoegdheid bij de volgende verkiezingen over te nemen. Zolang meerderheids- en minderheidsleden elkaar het recht gunnen de cyclische strijd om deze bevoegdheid te blijven voeren, mogen wij stellen dat het niveau van vreemde overheersing binnen een democratische staat inderdaad tot een minimum is beperkt.

In de tweede plaats behelst het genoemde inzicht de democratische legitimiteit van constitutionele toetsing. Het gegeven dat niet het soevereine volk zelf maar de meerderheid onder het electoraat uiteindelijk de auteur van vigerende rechts-

25 H. Lindahl, *Sovereignty and Symbolization*, *Rechtstheorie* 28 (1997), p. 357.

26 C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin: Duncker & Humblot 1965, 206.

27 H. Lindahl, *Rechtsvorming als Politieke Representatie: De Kwestie van Constitutionele Toetsing*, in: E.J. Broers en B. van Klink (red.), *De Rechter als Rechtsvormer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 193.

normen is, doet immers de gedachte rijzen dat de wetgevende macht niet de overheidsmacht kan zijn die de exclusieve bevoegdheid bezit om die poging te wagen. Zowel de uitvoerende als de rechterlijke macht behoren ook het recht te hebben hun institutionele visies op het algemene belang te articuleren. Indien een constitutionele rechter, al dan niet activistisch, een wet ongrondwettig verklaart, dan heeft hij dáárom wellicht de wil van de meerderheid der kiezers gedwarsboomd, maar niet noodzakelijkerwijs die van het volk.²⁸ Die rechter kan met evenveel recht stellen in het algemene belang van het gehele volk te hebben gehandeld, wanneer hij een wet als zijnde strijdig met de Grondwet terzijde schuift. Het kan immers ook in dat belang zijn dat rechten van minderheidsleden door de rechterlijke macht gewaarborgd worden tegen mogelijke aantasting door de regerende meerderheid.

In deze zin is constitutionele rechtspraak te beschouwen als het institutionele mechanisme dat dient om de meerderheid van het electoraat eraan te herinneren dat haar visie op het algemene belang niet identiek is aan dat belang zelf.²⁹ Het verwijt dat door democratisch gevormde regelgeving ter zijde te schuiven de constitutionele rechter politiek gehandeld zou hebben, treft derhalve geen doel. De vraag wat het algemene belang van het volk als geheel is, vormt juist de politieke inzet in de wisselwerking tussen overheids machten in het algemeen en tussen de wetgevende en de rechterlijke macht in het bijzonder. Volkssoevereiniteit hoeft helemaal niet parlementaire soevereiniteit te impliceren binnen een democratisch systeem van *checks and balances*. Op basis hiervan kan zelfs de stelling worden verdedigd dat ook rechterlijk activisme een vorm van volksvertegenwoordiging is.

1.3 Wederkerige solidariteit en democratische legitimiteit

Dit vertegenwoordigingsargument is te beschouwen als een formeel argument waarvan de geldigheid in laatste instantie afhangt van het materiële fundament dat hieraan stilzwijgend ten grondslag ligt: de reële wederkerigheid onder leden van een politieke gemeenschap.

Wederkerigheid of 'wederkerige solidariteit' in de gelukkige formulering van Ferenc Fehér komt, zoals reeds betoogd, neer op het recht dat de meerderheid en de minderheid bereid zijn elkaar toe te kennen om de visie op het algemene belang die ieder van hen erop na houdt, na te streven.³⁰ Hun bereidheid daartoe verklaart waarom de verslagen minderheid haar nederlaag meestal kan aanvaarden, terwijl de regerende meerderheid eveneens in staat is om te leven met de mogelijkheid bij de volgende verkiezingen weggestemd te worden. De bereidheid nederlaag of machtsverlies te accepteren, impliceert immers de erkenning dat anderen eveneens in het bezit zijn van een gelijk recht om hun particuliere conceptie van het algemene belang in regelgeving voor het volk als geheel te vertalen.³¹

28 Lindahl 2001, p. 194-195.

29 Lindahl 2001, p. 195.

30 F. Fehér, *The Frozen Revolution: An Essay on Jacobinism*, Cambridge: Cambridge University Press 1987, p. 107.

31 Vgl. C. Mouffe, *The Return of the Political*, London: Verso 1993, p. 4.

Indien de graad van wederkerige solidariteit onder burgers van een democratische staat op een voldoende hoog niveau ligt, zal het niet moeilijk zijn te beargumenteren dat constitutionele toetsing democratisch legitiem is. Als deze vorm van solidariteit inhoudt dat de meerderheid het voor minderheidsleden mogelijk moet maken hun politieke autonomie te verwezenlijken, dan maakt het immers niet uit of zij hun doel trachten te bereiken via het electorale proces in de politieke arena of door middel van een rechtsgang voor een constitutioneel hof. Wat uiteindelijk telt, is de vraag of de regerende meerderheid bereid is te accepteren dat zij door toedoen van eerder verslagen minderheidsleden een nederlaag moet lijden, niet de vraag of deze nederlaag geleden wordt in een rechtszaal dan wel bij de stembus.³² Zolang zij dit aanvaardt, hoeft de democratische legitimiteit van constitutionele toetsing niet in twijfel getrokken te worden en bestaat er voor de oppositionele minderheid geen aanleiding om meerderheidswetgeving als een vorm van vreemde overheersing te verwerpen. Hierdoor kan de theoretisch onoplosbare tegenstrijdigheid tussen zelfbeschikking en vreemde overheersing die de democratische praktijk in zich draagt aan het oog onttrokken worden.³³ Het maakt immers niet uit of een bindende beslissing via het electorale proces dan wel via rechterlijke interventie tot stand komt, er blijft altijd een factie binnen de gemeenschap die door anderen geregeerd wordt in de vorm van onvrijwillige onderworpenheid aan die beslissing. 'Majority rule overrides consent as much as do judicial impositions on the losing litigant.'³⁴ Wederkerigheid onder burgers is wat dit cruciale probleem naar de achtergrond verdringt, waardoor de legitimiteitsvraag niet voortdurend aan de orde gesteld hoeft te worden bij het alledaagse handwerk van de democratie.³⁵

Het inzicht dat wederkerige solidariteit is wat het democratische systeem in stand houdt en voortdrijft, impliceert echter ook dat dit systeem op zou houden naar behoren te functioneren in het geval dat deze vorm van solidariteit ofwel volledig is verdampt of onder het minimumniveau is gezonken. Als een dergelijke situatie zich ooit voordoet, dan zou niet alleen constitutionele toetsing haar aanspraak op democratische legitimiteit verliezen, maar ook meerderheidswetgeving zou niet langer legitiem zijn. De verdamping van wederkerigheid betekent immers dat zowel meerderheids- als minderheidsleden niet langer bereid zijn om elkaar te beschouwen als medeburgers die evenveel recht hebben hun eigen politieke agenda na te streven. Dit heeft tot gevolg dat een gewoon verschil van mening over het algemene belang kan ontaarden in een 'sharply polarized dispute' tussen twee facties,³⁶ waarbij geen van beide in staat is het bewind van de tegenstander als iets anders te percipiëren dan als 'the involuntary and oppressive subjugation, of one party by another'.³⁷

32 R. Burt, *The Constitution in Conflict*, Cambridge, MA: Belknap Press of Harvard University Press 1991, p. 29.

33 Burt 1991, p. 29.

34 Burt 1991, p. 374.

35 Vgl. C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, Berlin: Duncker & Humblot, Zweite Auflage 1968, p. 31.

36 Burt 1991, p. 29.

37 Burt 1991, p. 235.

Door hun onvermogen dit te doen, zou noch de meerderheid noch de minderheid bereid zijn een nederlaag – electoraal of juridisch – te accepteren als een tijdelijke tegenslag die normaal hoort bij het democratische proces. De uiterste consequentie is dan dat er geen institutioneel mechanisme meer bestaat dat overheids-handelingen zou kunnen legitimeren. De interne contradictie van de democratie dat er altijd een factie overblijft die door anderen overheerst wordt, kan in dat geval immers niet meer verborgen blijven. Robert Burt:

‘A sharply polarized dispute, where neither antagonist is willing to accept defeat, brings forward this internal contradiction and consequently destroys the legitimacy, in terms of democratic theory, of any authoritative resolution of this dispute – whether this resolution is effected by majority vote or by judicial override on behalf of the previously defeated minority.’³⁸

De kwestie waar het om gaat, is dus niet dat constitutionele toetsing inherent democratisch of ondemocratisch is. Het is veeleer de reële graad van wederkerigheid die elke vorm van overheidsoptreden democratisch legitiem of illegitiem maakt. Het volk in een democratie waar zelfrechtsvorming centraal staat, kan daarom vergeleken worden met een netwerk van wederkerige relaties. Dankzij dit netwerk kan, zoals reeds eerder betoogd, niet alleen de verslagen minderheid het auteurschap van meerderheidswetgeving aan het volk als geheel toeschrijven, maar ook is de meerderheid in staat beslissingen van een constitutioneel hof te percipiëren als een rechtmatige toepassing van normen die zijn zelfopgelegd om minderheidsrechten te beschermen.

Dit rechtvaardigt de tussentijdse conclusie dat zolang constitutionele toetsing gefundeerd wordt op een solide netwerk van wederkerige solidariteit, wij twijfelen omtrent de democratische legitimiteit ervan zonder enige aarzeling van tafel kunnen vegen.

1.4 De ‘No Demos-Thesis’

Het inzicht dat het volk vergelijkbaar is met een netwerk van wederkerige solidariteit impliceert dat geen enkele vorm van democratie als zelfrechtsvorming door het volk mogelijk is buiten de reikwijdte ervan, hetgeen, op zijn beurt, zal verklaren waarom een verdediging van zowel het meerderheidsbeginsel als de constitutionele toetsing die geldig wordt geacht binnen de grenzen van een nationale democratie niet langer geldig kan blijven in de transnationale context van de EU.

In de orthodoxe conceptie van de democratie als zelfrechtsvorming door het volk, wordt het volk, zoals bekend, opgevat als een politieke actor die actief deelneemt aan het wetgevingsproces.³⁹ Ten tijde van de klassieke democratie bestond het volk of de demos uit een kleine groep burgers die het recht bezat te participeren in het bestuur van hun polis. Sinds de opkomst van de moderne democratie in Noord-Amerika en West-Europa aan het einde van de achttiende eeuw, is de samenstelling ervan geleidelijk uitgebreid tot de gehele natie die leeft in een

38 Burt 1991, p. 29.

39 M. Jolly, *A Demos for the European Union?*, *Politics* 25 (2005), p. 12.

bepaalde staat. Het begrip 'natie' heeft, aldus Jürgen Habermas, 'die Bedeutung einer durch gemeinsame Abstammung, mindestens durch gemeinsame Sprache, Kultur und Geschichte geprägten politischen Gemeinschaft'.⁴⁰ De rol van de natie als het volk van een democratische staat is over het geheel genomen zo succesvol geweest dat de termen 'natie', 'volk' en 'demos' door elkaar gebruikt kunnen worden in het politieke discours om te verwijzen naar een relatief hechte gemeenschap van burgers die kan dienen als de basis voor een democratisch staatsbestel. Het feit dat in de meeste westerse democratieën het volk grotendeels identiek is aan de natie kan wellicht verklaren waarom democratie als regerings- en maatschappijvorm in dit deel van de wereld enorm veel succes heeft geboekt.

De keerzijde van dit succesverhaal is natuurlijk de onmogelijkheid om een democratisch bewind in stand te houden in het geval dat de wederkerigheid onder burgers van een democratische staat ofwel nagenoeg verdampt is of nog niet op een voldoende hoog niveau gegeneerd kan worden: in het geval dat het volk en de natie niet identiek aan elkaar zijn. De kluchtige desintegratie van het Belgische koninkrijk biedt wat dit betreft een exemplarisch voorbeeld.⁴¹

Of wij het nu willen of niet, de natie schijnt tot nu toe de grootste gemeenschap te zijn waarbinnen nog voldoende wederkerige solidariteit voortgebracht kan worden om de levensvatbaarheid van democratie als zelfvorming door het volk te waarborgen. Dit betekent in de praktijk dat het buitengewoon moeilijk is om de reikwijdte van deze vorm van democratie in het algemeen en die van het meerderheidsbeginsel in het bijzonder voorbij de uiterste grens van een natie in stand te houden. Hierin ligt wellicht de verklaring voor het gebrek aan legitimiteit dat een meerderheidsregime vaak moet lijden in een staat die ernaar streeft democratisch te zijn, maar waarvan het volk uit verschillende naties is samengesteld – een gebrek dat uiteindelijk zou kunnen uitmonden in de ondergang van die multinationale staat. 'People in Quebec', aldus Robert Dahl,

'insist on greater autonomy, perhaps even independence, not because they reject majority rule but because they do not believe they should be governed by English-speaking majorities of Canadians. In 1905 the Norwegian people insisted on and gained full independence from Sweden because they wanted their country to be governed by majorities of their own people, and their own people were Norwegians.'⁴²

Juist omdat leden van een bepaalde natie binnen een multinationale staat niet bereid zijn om een gelijk recht op zelfbeschikking toe te kennen aan degenen die niet hun etnische, taalkundige of culturele achtergrond delen, kunnen zij meer-

40 J. Habermas, *Der europäische Nationstaat – Zu Vergangenheit und Zukunft von Souveränität und Staatsbürgerschaft*, in: *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1997, p. 131.

41 Vgl. K. Lemmens, *Lettres Persanes 5. De Belgische Grondwet, Een Model voor Europa? Over Natie en Identiteit*, *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 2 (2005), p. 179-185.

42 R.A. Dahl, *Democracy, Majority Rule, and Gorbachev's Referendum*, in: *Toward Democracy: A Journey. Reflections: 1940-1997*, Berkeley: Institute of Governmental Studies Press 1997, p. 444.

derheidsregelgeving die mede door deze 'buitenstaanders' uitgevaardigd wordt niet als een vorm van zelfrechtsvorming aanvaarden. De claim van de regerende meerderheid het algemene belang van het volk als geheel te vertegenwoordigen, zou in dat geval zeer ongeloofwaardig klinken. Dit heeft tot gevolg dat minderheidsleden niet meer in staat zijn rechtsnormen die door de meerderheid zijn afgekondigd te aanvaarden als regelgeving waarvan zijzelf medeauteurs zijn geweest, waardoor zij deze normen louter als een manifestatie van vreemde overheersing kunnen opvatten. Zolang democratie opgevat wordt als zelfrechtsvorming door het volk, blijft het vrijwel onmogelijk om welke vorm van meerderheidsregelgeving dan ook te legitimeren in afwezigheid van het niveau van onderlinge solidariteit dat gewoonlijk te vinden is binnen een natie. 'The connection between the nation and democracy, then, should be seen as contingent though far from arbitrary.'⁴³

Dit inzicht ligt ten grondslag aan wat Joseph Weiler de 'No Demos-thesis' heeft genoemd. Volgens deze thesis kan er geen Europese democratie bestaan bij het ontbreken van een Europese demos waarbinnen een graad van wederkerige solidariteit te vinden is die ruwweg vergeleken kan worden met die in een natiestaat. De feitelijke afwezigheid ervan binnen de EU kan daarom beschouwd worden als de belangrijkste oorzaak achter het beruchte democratisch tekort waaraan Europese instellingen (schijnen te) lijden. Omdat burgers van EU-lidstaten nog niet een hechte Europese demos vormen, zijn zij nog niet bereid aan Europeanen die niet tot hun respectieve nationale staten behoren hetzelfde recht op zelfbeschikking toe te kennen als zij voor zichzelf opeisen. Dit, aldus de 'No Demos-thesis', stelt ons in staat te begrijpen waarom het meerderheidsbeginsel in nationale leviathans als Denemarken en Duitsland als democratisch wordt geaccepteerd, terwijl dat nog niet het geval is in een transnationale mega-leviathan als de EU. Dit principe kan, om het nogmaals te benadrukken, meerderheidsregelgeving slechts 'democratiseren' in de aanwezigheid van een wederkerigheidsniveau dat hoog genoeg is, iets dat (nog) afwezig is onder burgers van de verschillende naties waaruit de EU-bevolking is samengesteld. De afwezigheid daarvan onder hen is, nog steeds volgens de 'No Demos-thesis', de voornaamste reden waarom zij geneigd zijn Europese regelgeving te percipiëren als een manifestatie van vreemde overheersing in plaats van als een geheel van rechtsnormen dat zij als een collectieve auteur aan zichzelf hebben opgelegd.

"To drive this point home, imagine an *Anschluss* between Germany and Denmark. Try and tell the Danes that they should not worry since they will have full representation in the Bundestag. Their screams of grief will be shrill not simply because they will be condemned, as Danes, to permanent minorityship (that may be true for the German Greens too), but because the way nationa-

43 L.E. Cederman, Nationalism and Bounded Integration: What It Would Take to Construct a European Demos, *European Journal of International Relations* 7 (2001), p. 157.

lity, in this style of thinking, meshes with democracy is such that even majority rule is legitimate only within a demos, when Danes rule Danes.⁴⁴

De uiterste consequentie die deze gedachtegang in zich draagt, is dan

‘that absent a demos, there cannot, by definition, be a democracy or democratisation at the European level. This is not a semantic proposition. On this reading, European democracy (meaning a minimum binding majoritarian decision-making at the European level) without a demos is no different from the previously mentioned German-Danish *Anschluss* except on a larger scale. Giving the Danes a vote in the Bundestag is, as argued, ice cold comfort. Giving them a vote in the European Parliament or Council is, conceptually, no different. This would be true for each and every nation-state’.⁴⁵

Indien verslagen minderheidsleden ten gevolge van de lage wederkerigheidsgraad in een transnationale mega-leviathan meerderheidsregelgeving niet als democratisch legitiem kunnen aanvaarden, dan zou de meerderheid, om precies dezelfde reden, evenmin in staat zijn rechterlijke interventies ten gunste van diezelfde minderheidsleden als een legitieme toepassing van zelf opgelegde rechtsnormen te beschouwen. Als een dergelijke situatie zich inderdaad voordoet, wordt de desbetreffende meerderheid blootgesteld aan een vorm van vreemde overheersing die critici van constitutionele toetsing snel als ondemocratisch zouden veroordelen. De ‘No Demos-thesis’ houdt derhalve in dat het vertegenwoordigingsargument waarmee constitutionele rechtspraak binnen het kader van de nationale democratie is verdedigd zijn geldigheid zal verliezen in de transnationale context van de Europese mega-leviathan.

Er is echter een fundamenteel probleem met de ‘No Demos-thesis’ zoals die hiervoor kort is samengevat: deze strookt niet met de Europese werkelijkheid. Hoewel deze thesis ons kan helpen te begrijpen waarom separatistische tendensen zich hebben voorgedaan binnen een met dwang gecreëerde multinationale staat als Canada, is het niet in staat geweest het voortbestaan, laat staan de bloei, van een op vrije wil gebaseerde mega-leviathan als de EU te verklaren. Ondanks al de *Sound and Fury* over het zogeheten democratisch tekort waaraan de EU zou lijden, heeft geen enkele lidstaat het zelfs maar overwogen de Unie te verlaten, terwijl het recht om daaruit te treden terecht wordt erkend als het soevereine recht dat toekomt aan ieder lid van een democratische associatie. Hét probleem van de EU op dit moment schijnt eerder het gegeven te zijn dat te veel landen zich als aspirant-leden voor de ophaalbrug ervan hebben gemeld.

De kloof tussen theorie en praktijk is mogelijk nog opvallender in het geval van het Europese Hof van Justitie. De ‘No Demos-thesis’ impliceert dat beslissingen

44 J.H.H. Weiler, Does Europe Need a Constitution? Reflections on Demos, Telos and Ethos in the German Maastricht Decision, in: P. Gowan en P. Anderson (red.), *The Question of Europe*, London: Verso 1997, p. 272. Weiler, it should be noted, is only describing this view. He does not subscribe to it.

45 J. Weiler e.a., European Democracy and Its Critique, in: J. Hayward (red.), *The Crisis of Representation in Europe*, London: Frank Cass 1995, p. 13.

waartoe het hoogste rechtscollege in de Unie is gekomen niet door de verliezers in een transnationaal geschil als legitieme toepassingen van zelf opgelegde rechtsnormen zouden worden aanvaard, terwijl de stilzwijgende aanvaarding ervan de rots is waarop het gezag van rechters van oudsher is gefundeerd.

Echter, ondanks de zeer wankelende democratische basis waarop het HvJ EU schijnt te moeten opereren, is dit Hof in staat geweest enorm veel macht uit te oefenen op, bijvoorbeeld, de constitutionele ontwikkeling van de Europese mega-leviatan. Met zijn politieke arresten, dat wil zeggen arresten waarvoor geen of nauwelijks steun in vigerende Verdragsbepalingen te vinden is, heeft het Hof deze ontwikkeling op een wijze beïnvloed, die niet altijd door de oprichters of gekozen leiders van de EU geanticipeerd, laat staan gewaardeerd kan worden. 'As demonstrated,' concludeert Allard Knook in zijn studie over het HvJ EU,

'the current status of the European Parliament is mainly the result of case law of the Court of Justice which was subsequently codified into primary Community law. Amendments proposed by the Lisbon Treaty regarding the role of the Commission to a large extent reflect existing case law of the Court. Overall, the Court of Justice has played a crucial role in the development of a system of Separation of Powers and checks and balances in the European Union.'⁴⁶

Indien de 'No Demos-thesis' een geldige stelling is geweest, dan had de jurisprudentie van het HvJ EU veroordeeld moeten worden als een vorm van vreemde overheersing. Knook heeft echter geconstateerd dat de meeste arresten daaronder inmiddels in Verdragsbepalingen zijn gecodificeerd door uitgerekend die politieke autoriteiten die het activisme van Hof betreffende de constitutionele architectuur van de EU hadden moeten verwerpen als zijnde een rechterlijke usurpatie van hun rechtsvormende prerogatieven. Het gezag van dit rechtscollege wordt, met andere woorden, bevestigd in plaats van betwist. Dat is precies het omgekeerde van wat wij op grond van de 'No Demos-thesis' hadden mogen verwachten.

Deze thesis heeft derhalve geen verklaring kunnen bieden voor zowel de veerkracht die de EU aan de dag legt als het gezag dat het HvJ EU geniet. Haar schrijvende onvermogen daartoe lijkt er dus op te wijzen dat noch de Unie noch haar constitutionele hof werkelijk gebukt gaat onder een zogenoemd democratisch tekort,⁴⁷ maar dat het juist de 'No Demos-thesis' en de daaraan ten grondslag liggende conceptie van democratie als zelfrechtsvorming door het volk zijn die te kampen hebben met ernstige theoretische armoede.⁴⁸

46 Knook 2009, p. 253.

47 Vgl. G. Majone, Europe's 'Democratic Deficit': The Question of Standards, *European Law Journal* 4 (1998), p. 5-28 en A. Moravcsik, In Defense of the 'Democratic Deficit': Reassessing Legitimacy in the European Union, *Journal of Common Market Studies* 40 (2002), p. 603-624.

48 Voor een vergelijkbaar inzet van het verklaringsargument in de geschiedfilosofie, zie Ch.F.G. Lorenz, *Geschiedenis in Perspectief: Over Waarden, Feiten en de Betrekkelijke Waarde van Feiten in de Geschiedwetenschap*, Leiden: Rijksuniversiteit Leiden 1990, p. 11-12.

De rechtstheoretische uitdaging waarvoor wij thans staan, is dus een alternatieve democratieconceptie te formuleren die in staat is de bewezen levensvatbaarheid van de EU en de politieke rol die het HvJ EU daarin heeft gespeeld te verzoenen met het normatieve principe van de democratie dat vreemde overheersing geminimaliseerd of zelfs geneutraliseerd dient te worden. Deze democratieconceptie moet, met andere woorden, kunnen verklaren waarom zowel bestuur door meerderheidswetgeving als minderhedenbescherming door constitutionele toetsing mogelijk blijven in een mega-leviathan waar de graad van wederkerige solidariteit nog steeds laag is in vergelijking met die in een natiestaat.

Een democratietheorie die door Kelsen tijdens de Weimar Republiek is uitgewerkt, suggereert dat wij in staat zullen zijn de genoemde uitdaging met succes te beantwoorden. Zijn theorie doet namelijk de gedachte rijzen dat de minimalisering van vreemde overheersing zelfs bij een relatief lage wederkerigheidsgraad bereikt kan worden.

2 Constitutionele rechtspraak in de mega-leviathan

2.1 *Democratie als zelfbeperking door rechtsvormers*

De kern van Kelsens democratietheorie wordt gevormd door zijn alternatieve poging de politieke autonomie van individuele burgers binnen een democratische rechtsorde veilig te stellen. Volgens de orthodoxe opvatting hierover is de instemming van allen bij de vaststelling van regelgeving de enige manier om de politieke autonomie van elke rechtsonderdaan te garanderen. 'Actual unanimity', aldus Burt, 'is the only voting rule that consistently vindicates the democratic principles of equality and self-determination.'⁴⁹ Het probleem is echter dat dit ideaal nagenoeg onmogelijk is te bereiken in de politieke praktijk van alledag. 'Unanimous consent', vervolgt Burt, 'is itself (...) not a working rule that satisfies democratic principle so long as one dissenter, by withholding consent, can impose his will on others.'⁵⁰ Het meerderheidsprincipe moet daarom geaccepteerd worden als de op een na beste manier om het ideaal van zelfrechtsvorming te benaderen in de arena van democratische politiek.

Deze acceptatie wordt, zoals bekend, mede mogelijk gemaakt door de enorme invloed van de contractstheorie.⁵¹ Rechtsnormen die door de meerderheid worden vastgesteld zijn, aldus het contractstheoretische argument, te beschouwen als een manifestatie van zelfrechtsvorming, indien wij zouden aannemen dat het meerderheidsprincipe bij de contractuele stichting van de democratische staat unaniem is aanvaard door degenen die voortaan door genoemde rechtsnormen geregeerd zullen worden. Het stichtingscontract is wat ons tot op zekere hoogte in staat stelt de praktijk van meerderheidswetgeving als consistent met het principe van zelfrechtsvorming te percipiëren. Rousseau:

49 Burt 1991, p. 45.

50 Burt 1991, p. 374.

51 D. Lefkowitz, A Contractualist Defense of Democratic Authority, *Ratio Juris* 18 (2005), p. 346-364.

‘En effet, s’il n’y avoit point de convention antérieure, où seroit (...) l’obligation pour le petit nombre de se soumettre au choix du grand, et d’où cent qui veulent un maître ont-ils le droit de voter pour dix qui n’en veulent point? La loi de la pluralité des suffrages est elle-même un établissement de convention, et suppose au moins une fois l’unanimité.’⁵²

In zijn democratietheorie tracht Kelsen eveneens de politieke autonomie van alle burgers te verzoenen met het feit dat het rechtsregime waaronder zij moeten leven meestal door de meerderheid vastgesteld wordt.⁵³ Politiek autonoom is, volgens de Weense rechtsfilosoof, die rechtsonderdaan die niet aan vreemde overheersing bloot wordt gesteld, hetgeen betekent dat hij slechts die rechtsnormen moet gehoorzamen die hijzelf heeft uitgevaardigd en niet de normen die anderen aan hem hebben opgelegd. Het probleem hierbij is echter het feit dat nagenoeg niemand autonoom is in deze zin van het woord op het moment dat hij ter wereld komt. Iedereen wordt in het algemeen immers geboren in een rechtsorde die reeds bestaat en aan de totstandkoming waarvan men logischerwijs niet heeft kunnen meewerken.⁵⁴ In tegenstelling tot wat Rousseau heeft beweerd, is de mens dus niet vrij, maar juist in ketens geboren.⁵⁵ Dit geldt evenzeer in een democratie. Nog voordat burgers van een democratische polis de gelegenheid hebben gehad eigen normen te maken, worden zij reeds bij hun geboorte onderworpen aan normen die door anderen zijn uitgevaardigd.

Indien politieke autonomie gedefinieerd kan worden als de afwezigheid van vreemde overheersing, dan kunnen deze burgers, onder de gegeven omstandigheden, dáárom slechts autonoom zijn, als zij de gelegenheid hebben zich te onttrekken aan het rechtsregime dat anderen hebben ingesteld. De implicatie van dit inzicht is dan dat zelfrechtsvorming niet de te bewandelen weg is om de spanning tussen rechtsdwang en individuele autonomie op te lossen. Deze oplossing moet langs het pad van de bevrijding worden bereikt. Rechtsonderdanen zijn slechts politiek autonoom, indien zij in staat zijn normen die anderen aan hen hebben opgelegd te veranderen of af te schaffen.

Dit bevrijdingsperspectief op rechtsvorming heeft bij Kelsen geleid tot een herinterpretatie van het bekende meerderheidsbeginsel. Voor hem is dit beginsel niet primair een instrument om het ideaal van unanimiteit te benaderen, maar een relatief korte route om aan vreemde overheersing te ontkomen. Als zelfrechtsvorming de manier is om politieke autonomie van individuele rechtsonderdanen te realiseren, dan moeten wij constateren dat iedereen slechts politiek autonoom is in het geval dat juridische maatregelen met de instemming van allen worden afgekondigd, en dat contractstheoretisch gelegitimeerde meerderheidsbesluiten daarom niet meer zijn dan pogingen om zo dicht mogelijk te komen in de buurt van deze ideale situatie. De ernstige belemmering voor de uitoefening van poli-

52 J.J. Rousseau, *Du Contrat Social*, in: *Oeuvres Complètes*, III (Parijs: Editions Gallimard 1964 (1762)), p. 359.

53 Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Aalen: Scientia Verlag 1981 (1929).

54 Kelsen 1981 (1929), p. 9.

55 Rousseau 1964 (1762), p. 351: ‘L’homme est né libre, et par-tout il est dans les fers.’

tieke autonomie die het unaniniteitsbeginsel óók in zich draagt, zou echter op een dramatische wijze aan het licht komen op het moment dat rechtsonderdanen vigerende regelgeving willen veranderen. Dan wordt het duidelijk dat de vereiste instemming van allen een welhaast onoverkomelijk struikelblok voor de gewenste verandering zou vormen. Onder het regime van dit vereiste moeten de naar verandering strevende rechtsonderdanen immers veel meer stemmen verwerven om hun doel te bereiken dan het geval zou zijn geweest als het meerderheidsbeginsel had gegolden.

‘Hier zeigt sich ein höchst merkwürdige Doppelsinnigkeit der politischen Mechanik. Was früher bei der ganz nach der Idee der Freiheit sich vollziehenden Gründung der Staatsordnung zum Schutze der individuellen Freiheit diente, wird nunmehr zu ihrer Fessel, wenn man der Ordnung sich nicht mehr entziehen kann.’⁵⁶

Kelsen concludeert dan ook dat een meerderheidsbewind, naar verhouding, de beste waarborg vormt voor de politieke autonomie van minderheidsleden. De keuze voor het meerderheidsbeginsel als het te hanteren beginsel bij het rechtsvormingsproces moet op basis hiervan worden uitgelegd als een positieve keuze. Rechtsnormen dienen krachtens dit beginsel afgekondigd te worden, niet omdat het in de praktijk simpelweg onmogelijk is om unaniniteit te bereiken, maar omdat het meerderheidsbeginsel het meest bevorderlijk is voor het streven van de minderheidsfactie om het juk der heteronomie van zich af te werpen.

Deze paradox doet de gedachte rijzen dat naast de traditionele opvatting dat democratie in wezen neerkomt op zelfrechtsvorming door het volk er ook nog een andere conceptie van deze regeringsvorm mogelijk is. Binnen het theoretische kader van deze conceptie danken rechtsnormen hun democratische legitimiteit niet aan de instemming die rechtsonderdanen daaraan zouden hebben gegeven, maar aan de zelfbeperking die de rechtsvormers zichzelf hebben opgelegd. Zelfbeperking door rechtsvormers houdt hier in dat zij de heerschappij van hun normen niet permanent in stand trachten te houden. In tegendeel, zij geven degenen die erdoor worden geregeerd een juridisch geïnstitutionaliseerde gelegenheid zich daarvan te bevrijden, mochten de laatsten dat willen. Het is niet moeilijk in te zien dat deze vorm van zelfbeperking is wat ten grondslag ligt aan het bevrijdingsperspectief op rechtsvorming en de daaruit voortvloeiende herinterpretatie van het meerderheidsbeginsel. Wij zouden de alternatieve conceptie van democratie, waarvan het bestaan reeds is gesuggereerd, daarom ‘democratie als zelfbeperking door rechtsvormers’ kunnen noemen. Als die zelfbeperking er niet was geweest, dan zouden rechtsonderdanen immers niet in staat zijn zich door meerderheidsvorming te bevrijden van de rechtsnormen waaronder zij niet langer wensen te leven. Zolang regerende rechtsvormers hun onderdanen deze kans daartoe blijven bieden, kunnen wij claimen dat het door hen ingestelde rechtsregime democratisch legitiem is, hetgeen wil zeggen dat het in overeenstemming

56 Kelsen 1981 (1929), p. 8.

kan worden gebracht met de politieke autonomie waar elke rechtsonderdaan in een democratie aanspraak op kan maken.⁵⁷

Dit conceptuele argument houdt in dat democratie op operationeel niveau kan worden gedefinieerd als een regeringsvorm waarin de meerderheid, electoraal dan wel parlementair, slechts gerechtigd is de gehele polis door middel van haar regelgeving te regeren, als de corresponderende minderheid de juridisch geïnstitutionaliseerde kans krijgt een nieuwe meerderheid te worden. Deze definitie is niet alleen identiek aan de operationele omschrijving van democratie als zelfrechtsvorming door het volk, maar sluit ook naadloos aan bij de praktijk van periodieke verkiezingen die oppositionele minderheidsleden de gelegenheid biedt om zichzelf tot de nieuwe regeringsmeerderheid te transformeren. Het verschil hierbij is alleen dat zowel de definitie als de praktijk nu een andere duiding krijgt. De circulatie van meerderheden en minderheden wordt niet meer gezien als een poging om het zelfrechtsvormingsideaal te realiseren, maar als een mechanisme om de bevrijding van de minderheid uit het heteronome meerderheidsregime mogelijk te maken.

2.2 *Democratie in de mega-leviathan*

Het is waarschijnlijk dat de zojuist geschetste democratieconceptie vanwege het extreem contra-intuïtieve karakter ervan door vrijwel niemand onder 'doorsnee' burgers aangehangen wordt. Die waarschijnlijkheid betekent echter niet dat deze conceptie daarom ongeldig is. De geldigheid van wetenschappelijke opvattingen, inclusief de opvatting hoe democratie begrepen dient te worden, hangt immers niet af van acceptatie door de 'gewone' man, maar van hun vermogen relevante verschijnselen op een coherente wijze te verklaren.⁵⁸ Indien de universeel geaccepteerde opvatting dat democratie in wezen neerkomt op zelfrechtsvorming door het volk geldig is geweest op het Europese niveau, dan had zij de huidige stand van zaken in de EU inzichtelijk moeten kunnen maken. Nu zij daartoe evident niet in staat blijkt, is het moment gekomen de politieke situatie in het Avondland eens te benaderen vanuit het alternatieve perspectief dat Kelsens *via negativa* tot democratie aan het licht heeft gebracht.

Het zal dan, in de eerste plaats, verklaarbaar worden waarom het legitimiteitsprobleem van wetgeving in een transnationale mega-leviathan veel minder onoverkomelijk blijkt dan wordt gevreesd. Dankzij de bevrijdingsstrategie waarmee de conceptie van democratie als zelfbeperking door rechtsvormers operationeel gemaakt wordt, hoeft de minderheidsperceptie dat vigerende rechtsnormen een manifestatie van vreemde overheersing zijn niet meer te betekenen dat zij

57 Kelsen 1981 (1929), p. 54: 'In der Volksversammlung ist das Bewußtsein physischer Macht noch zu groß, als daß hier mehr als die Unterwerfung unter die *absolute* Mehrheit, als daß hier auf die Dauer erträglich wäre, daß eine absolute Mehrheit einer qualifizierten Minderheit gegenüber auf die Durchsetzung ihres Willens verzichtet. Nur in Parlamentsverfahren ist solche rationale Selbstbeschränkung als verfassungsmäßige Institution möglich. Sie bedeutet, daß der Katalog von Grund- und Freiheitsrechten aus einem *Schutz des Individuums gegen den Staat zu einem Schutz der Minderheit, einer qualifizierten Minderheit, gegen die bloß absolute Mehrheit wird.*' (Kelsens cursivering).

58 Vgl. Lorenz 1990, p. 12-15.

dus als democratisch illegitiem gediskwalificeerd kunnen worden. Die perceptie vormt immers slechts het beginpunt van een politiek proces dat moet culmineren in de bevrijding van degenen die zich niet wensen te conformeren aan het rechtsregime dat door anderen aan hen is opgelegd.

Dit inzicht kan inhouden dat het vereiste niveau van wederkerige solidariteit in een democratische mega-leviathan niet zo hoog hoeft te zijn dat leden ervan aan zichzelf kunnen refereren als de collectieve auteur van de rechtsnormen waardoor zij worden geregeerd.⁵⁹ Het is voldoende dat zij bereid zijn medeleden, die zeer vaak vreemden voor hen zijn, het recht toe te kennen zich van hun rechtsregime te bevrijden, mochten deze vreemden dat willen doen.⁶⁰ De lagere wederkerighedsgraad die nodig is om de democratische legitimiteit van regelgeving te waarborgen, suggereert op zijn beurt dat de kring van rechtsadressaten uitgebreid kan worden tot ver buiten de grens van de natie die van oudsher het gewicht van het democratische staatsbestel heeft moeten torsen. Het feit dat de EU niet gedragen wordt door een relatief hechte gemeenschap of *Volk* hoeft daarom niet erop te duiden dat zij democratisch illegitiem is. *Die Bevölkerung* ervan kan, naar het schijnt, ook een voldoende stevige basis ervoor bieden.⁶¹ De Unie heeft, kortom, het niveau van wederkerige solidariteit dat normaal alleen aanwezig is in een natiestaat wellicht helemaal niet nodig om als een democratie te kunnen functioneren.

Dankzij onze alternatieve democratieconceptie wordt het in de tweede plaats eveneens duidelijk waarom de EU zo'n veerkrachtige mega-leviathan is gebleken, ondanks de onophoudelijke pogingen van zogenoemde eurosceptici om het democratische karakter van haar wetgeving te ondermijnen door te fulmineren tegen onder meer 'the absence of European-wide political parties and general voter apathy in the elections of the European Parliament'.⁶²

De nadruk die binnen onze alternatieve democratieconceptie op bevrijding wordt gelegd, doet immers het inzicht rijzen dat de democratische legitimiteit van het Europese rechtsregime gegeneerd kan worden zonder van honderden miljoenen rechtsonderdanen in de EU te verlangen dat zij altijd actief betrokken zijn bij de totstandkoming ervan. 'If this great mass of individual persons', aldus wijlen Neil MacCormick,

'is excluded from any say in the conduct of their commonwealth's affairs, we have indeed a serious democratic deficit. Yet finding ways of including them all on fair and equal terms seems vastly difficult.'⁶³

59 H.K. Lindahl, *Zelfregulering: Rechtsvorming, Democratie en Reflexieve Identiteit*, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2 (2006), p. 42.

60 J. Habermas, Vorwort, in: *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1997, p. 7-8.

61 G. van Roermund, *Wetgeving in de Eerste Persoon Meervoud: Identiteit, Representatie en Reflexiviteit*, *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* (2004), p. 177-179.

62 J. Bowman, *The European Union Democratic Deficit: Federalists, Skeptics, and Revisionists*, *European Journal of Political Theory* 5 (2006), p. 197.

63 N. MacCormick, *Democracy, Subsidiarity, and Citizenship in the 'European Commonwealth'*, *Law and Philosophy* 16 (1997), p. 343.

Dit dilemma bestaat, zoals te verwachten valt, alleen binnen het traditionele raamwerk van democratie als zelfrechtsvorming door het volk, waar de actieve betrokkenheid en massale participatie van rechtsonderdanen noodzakelijk zijn om geloofwaardigheid te verlenen aan het argument dat zij uiteindelijk degenen zijn die rechtsnormen gezamenlijk aan zichzelf hebben opgelegd. De strategie waarmee onze alternatieve democratieconceptie wordt geoperationaliseerd, impliceert echter dat niet het auteurschap van het volk, maar de bevrijding van rechtsadressaten de voornaamste legitimeitsbron van het recht is. Wat uiteindelijk telt voor hen is het bezit van een geïnstitutionaliseerde mogelijkheid om ongewenste rechtsnormen te veranderen dan wel te schrappen. Dit gegeven maakt de massale betrokkenheid van Europese kiezers bij de vaststelling van EU-regelgeving minder relevant, waardoor eurosceptische aanvallen hierop ernstig aan slagkracht inboeten.

Het inzicht dat het algemene gebrek aan electorale betrokkenheid niet noodlottig hoeft te zijn voor de democratische legitimeit van EU-wetgeving suggereert dat democratie in de Unie een *negatieve* vorm van democratie is. Het gaat hierin niet om de massale participatie van rechtsonderdanen aan de vaststelling van 'run of the mill'-wetgeving, maar om hun vermogen zich te bevrijden van die specifieke maatregelen die zij niet (langer) als gewenst beschouwen. Onder dit bevrijdingsbegrip is eveneens inbegrepen het recht van Europese burgers om de codificatie te blokkeren van die politieke blauwdrukken die zij, om wat voor redenen dan ook, als onaanvaardbaar beschouwen. Kiezers uit EU-lidstaten kunnen wellicht weinig enthousiasme opbrengen voor routinematige zaken als de verkiezing van het Europese Parlement, maar zij schijnen niet dezelfde apathie aan de dag te leggen wanneer zij hun afkeuring willen uitspreken over EU-maatregelen waartegen zij fel gekant zijn. De referenda waarmee Franse en Nederlandse kiezers het 'Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa' hebben weggestemd, spreken wat dit betreft boekdelen.

"The rejection of the new constitution did not come as a surprise, either in France or in the Netherlands, having been predicted by virtually all opinion polls. What *was* surprising in both cases were the high voter participation (compared to all previous European elections) and the size of the negative vote: almost 55 per cent against ratification and 45 per cent in favour in France; 61.5 and 38.1 per cent, respectively, in the Netherlands."⁶⁴

In deze vorm van negatieve democratie schuilt, zoals reeds gesuggereerd, wellicht de verklaring voor de EU's politieke veerkracht, ondanks het schijnbare gebrek aan belangstelling voor Europese zaken onder haar burgers. Het is immers noch noodzakelijk noch mogelijk om onder de enorme bevolking van een continentaal imperium als de EU een hoog niveau van publieke betrokkenheid bij het dagelijkse bestuur ervan te genereren. Waarom zou zij betrokken moeten worden bij de routinematige totstandkoming van min of meer 'technische' regelgeving waartegen

64 G. Majone, *The Common Sense of European Integration*, *Journal of European Public Policy* 13 (2006), p. 608-609 (Majone's cursivering).

over het algemeen toch nauwelijks serieuze oppositie bestaat? Haar democratische prerogatieven inzake Europese wetgeving staan immers pas werkelijk op het spel in het uitzonderlijke geval dat zij een fundamenteel besluit over de EU wil verwerpen. Indien dit uitzonderingsgeval zich inderdaad voordoet, dan moeten EU-burgers hun veto tegen het besluit in kwestie kunnen uitspreken. Hun vermogen constitutionele keuzes die zij verwerpelijk achten teniet te doen, is wat hen tot de ware soeverein in de Europese mega-leviathan maakt.⁶⁵

Dit perspectief stelt ons in staat te komen tot een alternatieve interpretatie van de Franse en Nederlandse referenda over de Europese Grondwet. De negatieve uitslag ervan wordt, van hieruit bezien, niet geïnterpreteerd als ernstige tegenslagen die op een diepe crisis in de EU duiden, maar als een onmisbare herbevestiging van het democratische karakter ervan. Wat stelt de politieke autonomie van Europese burgers immers nog voor, als zij alleen maar ja kunnen zeggen tegen constitutionele keuzes die aan hen worden voorgelegd?⁶⁶ Jacques Chirac, de toenmalige president van Frankrijk, begreep dit kennelijk zeer goed,⁶⁷ want hij heeft ervoor gezorgd dat het Franse electoraat zich via een grondwettelijk gegarandeerd referendum zal kunnen uitspreken over de toetreding van Turkije tot de EU.⁶⁸

2.3 Constitutionele rechtspraak in de EU

Binnen het Europese rechtssysteem kan er, zoals algemeen bekend, een onderscheid worden gemaakt tussen primaire en secundaire rechtsnormen. Primaire rechtsnormen zijn Verdragsbepalingen die conform het unanimititeitsvereiste worden vastgesteld, terwijl secundaire regelgeving uit normen bestaat die op basis van de gekwalificeerde meerderheid zijn afgekondigd. Gelet op het feit dat secundaire regelgeving de ruggengraat in het dagelijkse bestuur van de EU vormt, kunnen wij de Europese democratie, mede in het licht van wat reeds is betoogd, als volgt definiëren. Het is een politiek systeem waarin de gekwalificeerde meerderheid van de EU-bevolking de bevoegdheid bezit om de gehele Unie door middel van haar wetgeving te besturen, op de voorwaarde dat de overstemde minderheid een geïnstitutionaliseerde gelegenheid krijgt om een nieuwe gekwalificeerde meerderheid te worden. Indien de minderheid in staat is om via het politieke proces zich van het vigerende rechtsregime te bevrijden, dan hoeft de democratische legitimiteit van EU-regelgeving niet ter discussie te staan.

Het probleem echter is dat dit proces vrijwel geen nut heeft voor die minderheden die op wezenlijke beleidsterreinen principieel van mening verschillen met de rest

65 C. Schmitt, *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Berlin: Duncker & Humblot 2009. Zie ook W.H. Riker, *Liberalism Against Populism: A Confrontation between the Theory of Democracy and the Theory of Social Choice*, San Francisco: W. H. Freeman 1982, p. 244.

66 Cf. B. Ackerman, *Constitutional Politics/Constitutional Law*, *Yale Law Journal* 99 (1989), p. 453-548.

67 N. Monceau, *Vers l'Adhésion de la Turquie à l'UE: Une Candidature à Rebondissements*, in: C. Bélot en B. Cautrès (red.), *La Vie Démocratique de l'Union Européenne*, Paris: La Documentation Française 2006, p. 139-152.

68 Monceau 2006, p. 149: "Suite à une révision de la Constitution adoptée en janvier 2005 sur l'initiative du Président de la République française Jacques Chirac, tout nouvel élargissement qui suivra les adhésions de la Bulgarie et de la Roumanie (prévues en 2007) sera en effet soumis à l'organisation d'un référendum en France."

van de EU, waardoor zij niet genoeg coalitiepartners kunnen vinden om een nieuwe gekwalificeerde meerderheid te vormen. Voor hen zal de Kelseniaanse belofte tot bevrijding slechts een lege huls blijven, hetgeen op zijn beurt inhoudt dat aan deze minderheidsleden een additionele waarborg geboden moet worden in de arena van de Europese politiek.

Aangezien wetgevende organen in de EU, zoals in elk min of meer democratisch staatsbestel, door meerderheidsleden beheerst worden, moet de constitutionele rechter de genoemde waarborg voor zijn rekening nemen.⁶⁹ De cruciale rol die constitutionele toetsing speelt in de bescherming van kwetsbare minderheden is waarschijnlijk wat ten grondslag ligt aan de dubbele eis dat Verdragsbepalingen conform het unanimitieitsvereiste vastgesteld worden en dat het HvJ EU op de daadwerkelijke naleving ervan toeziet. Rechterlijke handhaving van normen die op basis van eenparigheid der stemmen zijn uitgevaardigd, reduceert immers de machtsongelijkheid tussen verschillende facties binnen de mega-leviathan, waardoor voorkomen kan worden dat permanente minderheden bloot zouden staan aan vreemde overheersing door grote meerderheidscoalities.

Deze vorm van minderheidsbescherming is in feite niets anders dan de andere kant van de paradox die Kelsen heeft gesignaleerd, namelijk dat het unanimitieitsvereiste de hoogste graad van bescherming biedt voor de politieke autonomie van die minderheidsleden die zich niet aan het vigerende rechtsregime kunnen onttrekken door een nieuwe gekwalificeerde meerderheid te creëren. Constitutionele toetsing moet daarom niet worden beschouwd als een negatie van, maar eerder als een aanvulling op het beginsel dat de constructie van een gekwalificeerde meerderheid de belangrijkste route is waarlangs de intrekking of wijziging van ongewenste wetgeving dient te worden bereikt. Voor minderheden die niet zelf in staat zijn zich langs deze route van de meerderheidsheerschappij te bevrijden, kan de weg naar de bevrijding immers slechts worden gevonden in een *countermajoritarian* systeem van *checks and balances*.

Het is algemeen bekend dat er geen duidelijke machtenscheiding bestaat onder EU-instellingen.⁷⁰ Dit gebrek aan institutionele klaarheid betekent echter niet dat de politieke noodzaak tot *checks and balances* eveneens is verdwenen. Wellicht is die noodzaak in een mega-leviathan als de EU zelfs nog veel dringender dan in een natiestaat. Vanwege de relatief lage graad van wederkerige solidariteit in een dergelijk transnationaal imperium zijn minderheidsleden veel minder dan in een natiestaat geneigd om aan te nemen dat hun belangen veilig zullen zijn in handen van de gekwalificeerde meerderheid. Om deze reden kunnen wij beargumenteren dat de institutionele weerstand die door het HvJ EU aan wetgevende instellingen als de Raad van de Europese Unie en het Europees Parlement wordt geboden constitutief is voor de democratische legitimiteit van Europese wetgeving die uiteindelijk wordt afgekondigd. Dankzij deze rechterlijke weerstand zouden met name permanente minderheden tot op zekere hoogte kunnen aannemen dat hun belangen niet door de gekwalificeerde meerderheid worden verwaarloosd.

69 Moravcsik 2002, p. 614.

70 K. Lenaerts, Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community, *Common Market Law Review* 28 (1991), p. 11-35.

Mocht het conflict tussen deze meerderheid en permanente minderheidsleden in feite neerkomen op een conflict tussen grote en kleine lidstaten, dan kan het Hof zelfs een nog doorslaggevendere rol spelen in de zoektocht naar een aanvaardbare oplossing ervan. Indien een dergelijk conflict op een ‘democratische’ wijze door politieke instellingen van de EU wordt ‘opgelost’ én indien kleine lidstaten tot de verliezers behoren, dan zouden zij, de verliezers, wellicht moeilijk de verleiding kunnen weerstaan die ‘oplossing’ te diskwalificeren als een onvermijdelijk gevolg van het (getalsmatige) machtsverschil tussen hen en de overwinnaars. Echter, indien hetzelfde conflict door onafhankelijke rechters met een vergelijkbaar resultaat beslecht wordt, dan zouden diezelfde verliezers waarschijnlijk eerder geneigd zijn het voor hen ongunstige resultaat als een rechtmatige toepassing van democratisch vastgestelde rechtsnormen te accepteren. Onder het rechtsregime van de Unie zijn alle lidstaten immers gelijk, ‘and before the Court the power-differential between member states is equalised’.⁷¹

Dit is wellicht de reden waarom het HvJ EU in zijn nog korte bestaan zo veel macht heeft kunnen verwerven, ondanks alle bewezen beschuldigingen van rechterlijk activisme. De reductie van de machtsongelijkheid tussen lidstaten is immers een van de belangrijkste effecten geweest van de activistische arresten die het Hof sinds de dagen van de Europese Gemeenschap heeft uitgevaardigd. In twee jurisprudentiële golven heeft dit rechtscollege een proces in gang gezet, waarbij de Europese mega-leviathan – die oorspronkelijk gebaseerd is op een intergouvernementeel Verdragensysteem – verregaand geconstitutionaliseerd wordt.⁷²

“The constitutionalization of the treaty system refers to the process by which the EC treaties have evolved from a set of legal arrangements binding upon sovereign states into a vertically integrated legal regime conferring judicially enforceable rights and obligations on all legal persons and entities, public and private, within EC territory.”⁷³

Het door het HvJ EU geleide constitutionaliseringsproces vindt, zoals bekend, zijn apotheose in *Les Verts*,⁷⁴ het arrest waarin dit rechtscollege zichzelf min of meer tot de constitutionele rechter van de Europese mega-leviathan heeft benoemd.⁷⁵ De toenemende macht die het Hof hierdoor verkrijgt, strekt, zoals eerder betoogd, kleine lidstaten tot voordeel. Dankzij het mechanisme van constitutionele toetsing beschikken zij immers over een geïnstitutionaliseerde mogelijkheid zich, ondanks hun chronisch gebrek aan stemmen, van ongewenste Euro-

71 K.J. Alter, *The European Court’s Political Power*, *Western European Politics* 19 (1996), p. 478.

72 A. Stone Sweet en T.L. Brunell, *Constructing a Supranational Constitution: Dispute Resolution and Governance in the European Community*, *American Political Science Review* 92 (1998), p. 65-66.

73 Stone Sweet en Brunell 1998, p. 65.

74 Case 294/83 *Parti Écologiste “Les Verts” v. European Parliament* [1986] E.C.R. 1339.

75 M. Rosenfeld, *Comparing Constitutional Review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court*, *International Journal of Constitutional Law* 4 (2006), p. 650.

pese regelgeving te ontdoen. 'And unsurprisingly small states have been big supporters of increased ECJ authority and autonomy from member states.'⁷⁶

Een politiek machtige HvJ EU is om deze reden in feite onmisbaar voor de democratische legitimiteit van regelgeving die op basis van de gekwalificeerde meerderheid wordt afgekondigd. Zonder een dergelijk *countermajoritarian* mechanisme voor bevrijding zou de minderheid die uit kleine lidstaten bestaat wellicht snel geneigd zijn het bestuur van de EU als niets anders dan een directoraat van grote landen te beschouwen.

Leden van het Hof hoeven niet bezorgd te zijn over de mogelijkheid dat hun beslissingen niet door de gekwalificeerde meerderheid gepercipieerd zullen worden als de toepassing van zelfopgelegde rechtsnormen. Een dergelijke perceptie is alleen noodzakelijk binnen het traditionele raamwerk van democratie als zelfrechtsvorming door het volk, waar rechterlijke interventies in het politieke rechtsvormingsproces reeds bij voorbaat als potentieel onrechtmatig worden beschouwd. Onder onze alternatieve conceptie van democratie als zelfbeperking door rechtsvormers is het juist de institutionele weerstand die onafhankelijke rechters de gekwalificeerde meerderheid bieden wat EU-regelgeving democratisch legitimeert. Het is door die weerstand dat overstemde minderheidsleden veilig kunnen veronderstellen dat ook hun belangen daarin worden verdisconteerd, zodat er voor hen geen aanleiding bestaat deze regelgeving als de tirannie van de gekwalificeerde meerderheid te diskwalificeren.

Omdat de institutionele weerstand van het Hof dus noodzakelijk is om binnen de Europese mega-leviathan tegemoet te kunnen komen aan de democratische eis dat vreemde overheersing geneutraliseerd dan wel geminimaliseerd wordt, kunnen wij stellen dat bij de kwestie van constitutionele toetsing in de EU de 'legitimatieplicht' van de rechterlijke macht naar de wetgevende macht is verschoven. Het zijn nu niet langer rechters die moeten bewijzen dat hun interventie in het rechtsvormingsproces niet in strijd is met de soevereiniteit van het volk, maar juist de gekwalificeerde meerderheid die rechterlijke weerstand nodig heeft om democratische legitimiteit te kunnen verlenen aan de regelgeving die zij door dit proces heen weet te loodsen. De normatieve voorsprong die wetgever onder de conceptie van democratie als zelfrechtsvorming door het volk nog schijnt te genieten, is hiermee geheel verdwenen. Hierin kan wellicht de verklaring gevonden worden voor de enorme macht die het Hof, alle beschuldigingen van rechterlijk activisme ten spijt, in zijn nog korte bestaan heeft kunnen uitoefenen. Gelet op de dringende noodzaak tot *checks and balances* in een mega-leviathan als de EU moet het Hof activistisch zijn, anders zal het zijn bestaansreden verliezen. Dat is dan ook de krachtigste rechtvaardiging voor het HvJ EU die wij hebben kunnen ontleen aan Kelsens normatieve democratietheorie.

76 Alter 1996, 478.

3 Conclusie

Het legitimitieitsprobleem van zowel de Europese Unie als haar Hof van Justitie schijnt grotendeels rechtstheoretisch van aard te zijn. Het is waarschijnlijk voortgekomen uit een intellectuele inertie die ons heeft verhinderd afscheid te nemen van de verouderde opvatting dat democratie in wezen neerkomt op zelfrechtsvorming door het volk. Omdat wij nog altijd geneigd zijn zowel de politieke als de gerechtelijke praktijk van de EU vanuit het perspectief van deze democratieconceptie te benaderen, zijn wij niet in staat te observeren wat volkomen duidelijk is geweest, te weten de politieke veerkracht van de Europese mega-leviathan en het rechterlijke gezag van zijn constitutionele hof. Derhalve moeten wij nu onze opvatting over democratie moderniseren om grip te kunnen krijgen op de nieuwe werkelijkheid die in Europa is ontstaan in plaats van te eisen dat er allerlei 'hervormingen' binnen de EU doorgevoerd worden in een vergeefse poging deze realiteit te doen conformeren aan onze antieke perceptie van wat democratisch bestuur behoort te zijn.