

Democratische vertegenwoordiging en het inzetten van militairen

Kristic, A.

Publication date:
2008

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Kristic, A. (2008). *Democratische vertegenwoordiging en het inzetten van militairen: Politieke principes of principiële politiek?* (Scriptieprijs Juridische Faculteit Tilburg; No. 3). Wolf Legal Publishers (WLP).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**Democratische vertegenwoordiging en het inzetten
van militairen:
Politieke Principles of Principiële Politiek?**

Afstudeerscriptie ter afronding van de master
Grondslagen en Methoden van Rechtswetenschap.

Universiteit van Tilburg

Juni 2007

mr. Anamarija Kristic BA LLM MPhil

Afstudeercommissie:

prof. mr. Th. A. de Roos
dr. H. van Schooten

Waar was dat, dacht Raskolnikov terwijl hij verder liep, waar heb ik gelezen hoe een ter dood veroordeelde in het uur voor zijn dood zei of dacht dat, indien hij ergens op een hoogte, op een rots op zo weinig ruimte dat hij er alleen zijn twee voeten kon neerzetten, zou moeten leven, met rondom afgronden, de oceaan, eeuwige duisternis, eeuwige eenzaamheid, eeuwige storm, en dat hij zijn hele leven, duizend jaar, de eeuwigheid zo op een el ruimte zou moeten blijven staan, dat het beter was om zo te leven dan meteen te moeten sterven. Als hij maar kon leven, leven, leven! Hoe dan ook, als hij maar kon leven...! Wat een waarheid! Mijn god, wat een waarheid! De mens is een laaghartig wezen! En ook hij die hem daarom laaghartig noemt, is een laaghartig wezen, voegde hij er even later aan toe.

F.M. Dostojevski
Misdaad en Straf

Inhoudsopgave

Inhoudsopgave	p. 2
Voorwoord	p. 4
Inleiding	p. 6
Hoofdstuk 1	
Over de rechtsstaat en de constitutie	p. 10
1.1 De rechtsstaat	p. 10
1.1.1 Het debat	p. 10
1.1.2 Het resultaat	p. 11
1.2 De constitutie	p. 12
1.3 De constitutie nader bezien	p. 13
1.3.1 Formeel-juridische opvatting	p. 14
1.3.2 Materieel-juridische aanvulling	p. 15
1.3.3 De rechtstheorie	p. 15
1.3.4 Sociologisch georiënteerde visies	p. 16
1.3.5 Politiek georiënteerde noties	p. 17
1.4 De constitutie en de rechtsstaat	p. 19
Hoofdstuk 2	
Het inzetten van militairen: theorie en praktijk	p. 21
2.1 Wettelijke regeling en enkele praktijkvoorbeelden	p. 21
2.1.1 Het constitutionele kader	p. 21
2.1.2 Artikel 96: de oorlogverklaring	p. 22
2.1.3 Huidige betekenis van artikel 96	p. 24
2.1.4 Artikel 100: inlichtingenplicht	p. 26
2.1.5 De betekenis van artikel 100	p. 28
2.1.6 Verschuivende betekenissen	p. 30
2.2 Democratische legitimatie	p. 31
2.2.1 Democratisch deficit	p. 31
2.2.2 Veranderde volkswil	p. 32
2.2.3 Onacceptabel democratisch deficit?	p. 35
Hoofdstuk 3	
Democratie en vertegenwoordiging	p. 37

3.1	Klassieke democratie-idee	p. 37
3.1.1	Normatieve kennismaking	p. 37
3.1.2	Feitelijke uitwerking	p. 38
3.1.3	Problemen van de klassieke democratie-idee	p. 40
3.1.4	De klassieke representatieve democratie	p. 42
3.2	De herijkte representatie-idee	p. 43
3.2.1	Politieke representatie	p. 43
3.2.2	Noodzaak van representatie	p. 44
3.2.3	Soevereiniteit van het volk	p. 46
3.2.4	Rechtsorde en rechtsvorming	p. 48
3.2.5	De rechter als vertegenwoordiger	p. 50
3.3	Casus	p. 52
3.3.1	Eric O.	p. 52
3.3.2	Slapende Mariniers	p. 55
3.3.3	Intermezzo: de commissies	p. 56
3.3.4	Rechter als rechtsvormer	p. 58
3.4	Herijkte democratie-idee	p. 59
3.4.1	De kritiek weerlegd	p. 59
3.4.2	De herijkte democratie-idee	p. 60
Hoofdstuk 4		
Afronding		p. 63
4.1	Conclusie	p. 63
4.2	Tot slot	p. 68
Literatuur en jurisprudentie		p. 71

Voorwoord

Het was in Berlijn, de stad der steden, waar ik in 2005 definitief besloten heb om de eerste stap te zetten ter verwezenlijking van mijn grootste ambitie: de wetenschap bedrijven ofwel nadenken over het bijstellen van oude en het ontwikkelen van nieuwe juridische theorieën en leerstukken. De sollicitatiebrief voor de master Grondslagen en Methoden van Rechtswetenschap – onderzoeksmaster in de studentenmond – was snel geschreven en in september 2005 kon ik beginnen met mijn tweejaar durende avontuur.

Deze kleinschalige opleiding van kwalitatief hoog niveau met voldoende ruimte voor persoonlijke invulling heb ik vooral aangegrepen om de wetenschapper in mij te ontwikkelen. De intellectuele uitdaging om een eigen weg te vinden binnen de complexe wereld van de juridische wetenschap heeft me daarbij voortdurend gestimuleerd. Ik heb vooral geleerd hoe wetenschappelijk onderzoek idealiter gedaan zou moeten worden en tegelijkertijd weet ik nu ook hoe ik me tegen dat ideale model kritisch doch verantwoord af kan zetten. Tevens heb ik ervaren hoe belangrijk het is om als wetenschapper een synthese te proberen te maken van het academisch interessante en praktisch nuttige, hoe moeilijk dat ook kan zijn. In die moeilijkheid zit immers de uitdaging. Met veel plezier vloog ik dan ook, soms als een ongeleid projectiel, binnen de door mij begrensde vierhoekuniversum politiek-recht-filosofie-maatschappij. Mijn landing was toch altijd weer aangenaam, mede dankzij de prettige begeleiding van verschillende *ground controllers*.

Als resultaat van mijn laatste vlucht, de belangrijkste uit dit tweejarig avontuur, ligt voor u dit werk, mijn bescheiden proeve van wetenschap.

Maar voordat ik u, waarde lezer, in alle rust dit werk laat lezen, wil ik de volgende *controllers* expliciet bedanken.

Ik bedank mijn even ambitieuze onderzoeksmaster medestudenten die me in de afgelopen twee jaar zowel uitgedaagd als vermaakt hebben. In het bijzonder: Floortje en Tessa voor de ontelbare studieafwijkende kopjes warme drank en eindeloos doch broodnodig gegiechel en gekeuvel; Paul V voor de provocatie, negatie, acceptatie en associatie; Mark voor de geheimzinnige gesprekken in kamer M 232; Saja voor de politieke discussies en een nuchtere geest; Paul S voor zijn verpersoonlijking van de kantiaanse moraal en Jin Ho, Edele Heer, waarde tafelgenoot, voor Howard Roark en Julien Sorel en onze andere literaire vrienden en de meest geruststellende pretoogjes die ik ken.

Tevens bedank ik Dennis, onze onmisbare *pater familias*.

Ik bedank alle inspirerende wetenschappers die mij tijdens de master hebben aangestoken met hun enthousiasme voor de academia, maar in het bijzonder Theo de Roos en Hanneke van Schooten voor hun directe begeleiding van deze scriptie; heel graag blijf ik met jullie discussiëren over Radbruch en poëzie, strafrecht en semantiek, kunst en politiek. Een speciaal woord van dank wil ik richten tot Hans Lindahl, zonder zijn inspirerende theorie en stimulerende gesprekken was dit werk heel anders geweest.

Buiten de Tilburgse façades bevinden zich mijn Nijmeegse vrienden. Met name Nynke en Maaike is het wonderbaarlijk vaak gelukt om de jurist in mij te temmen. Dank daarvoor. Ik dank Nynke voor haar rode wangen en Maaike voor haar onmisbare traan die me altijd weer kan leren wie ik zelf ben.

Nog verder weg, in Deventer wonen Martien en Cristien. Ik bedank hen voor de overheerlijke kookkunsten tijdens weekenden dat ik daar was en voor de fijne discussies en leuke culturele uitjes. Martien bedank ik expliciet nog voor het grammaticaal napluizen van dit werk. In Arnhem bedank ik Dido voor haar lieve lach en haar nuchtere houding in het leven.

Voor de leukste feestjes, langste lunches, heftigste discussies, grappigste reflectiemomenten en mijn verslaving aan haar luidruchtige lach en luisterend oor, dank ik Moon. Met haar ga ik de wereld echt nog veroveren, in gezelschap van Ella Faye.

Er blijven nog vier onmisbare personen.

Boris, de slijpsteen van mijn geest, mijn kalme Alter, de enige naast wie ik zorgeloos doch contemplerend in slaap kan vallen en naast wie ik dat nog heel lang wil blijven doen. Het klopt nog steeds, a.e.s.

Mama i tata, mijn helden. De betekenis van jullie grenzeloze en onvoorwaardelijke liefde, steun en opoffering zal ik nooit in het Nederlands noch in het Servo-Kroatisch kunnen uitdrukken. *Hvala vam za sve. Volim vas do kraja zivota.*

Andrea, mijn allerliefste zonnestraal, mijn wonderlijke spiegel. De ideale Kristic dat zijn wij samen en zullen dat blijven, tot de laatste adem, met traan en lach, twijfel en overgave, ambitie en hoop, waar dan ook ter wereld. Met liefde blijf ik voor altijd je-zus.

Zonder jullie was ik niet. Zonder jullie wil ik niet.

Dit onderzoek is afgesloten op 15 juni 2007, zij het dat incidenteel nog materiaal van een latere datum is verwerkt.

Anamarija Kristic,
Tilburg, 20 april 2008.

Inleiding

De parlementaire betrokkenheid bij het uitzenden van Nederlandse militaire eenheden naar crisisgebieden ter handhaving en bevordering van de vrede en veiligheid in de internationale rechtsorde is geregeld in de Grondwet. Deze betrokkenheid krijgt gestalte via een specifiek inlichtingenrecht van de Staten-Generaal en inlichtingenplicht van het kabinet, verwoord in artikel 100 van de Grondwet.¹ Van de hand van enkele staatsrechtjuristen is reeds in een vroeg stadium, zelfs voor de invoering van dat artikel in 2000, kritiek gekomen op het feit dat het parlement slechts geïnformeerd dient te worden over het door de regering genomen besluit militairen in te zetten, zonder dat het parlement medebeslissingsrecht heeft. De volgende citaten zijn illustratief voor deze kritiek:

De eindconclusie kan niet anders zijn dan dat artikel 100 Grondwet, gecombineerd met artikel 96 Grondwet in zijn uitgekledede vorm betekent dat de Staten-Generaal hun formele constitutionele beslissingsmacht hebben ingeruild voor het mogen ontvangen van inlichtingen in de gevallen waarin er geen enkele internationale verplichting is ten aanzien van deelname aan militaire operaties, en voor humanitaire bijdragen van de krijgsmacht (...). Uiteindelijk heeft het parlement aanzienlijk aan constitutionele beslissingsmacht ingeboet, maar tevens zal het in beslissende gevallen evenmin politieke zeggenschap kunnen uitoefenen.²

Daarnaast kan worden geconcludeerd dat het ideaal van het VN Handvest om de wereld te pacificeren door de introductie van het geweldverbod, uiteindelijk niet heeft geresulteerd in een vreedzame wereldgemeenschap. In tegendeel, conflicten tussen staten gaan door, echter onder andere namen en op grond van sterk verminderde parlementaire betrokkenheid.³

Zoals in een democratische rechtsstaat conform het legaliteitsbeginsel burgers bindende (belastende) regels en wettelijke grondslag behoeven, in die zin dat zij berusten op een besluit van de volksvertegenwoordiging, zo ligt het voor de hand dat een voor de burgers en voor de Nederlandse samenleving ingrijpend besluit als de inzet van strijdkrachten eenzelfde democratische legitimatie behoeft.⁴

¹ Artikel 100 van de Grondwet luidt als volgt:

1. De regering verstrekt de Staten-Generaal vooraf inlichtingen over de inzet of het ter beschikking stellen van de krijgsmacht ter handhaving of bevordering van de internationale rechtsorde. Daaronder is begrepen het vooraf verstrekken van inlichtingen over de inzet of het ter beschikking stellen van de krijgsmacht voor humanitaire hulpverlening in geval van gewapend conflict.

2. Het eerste lid geldt niet, indien dwingende redenen het vooraf verstrekken van inlichtingen verhinderen. In dat geval worden inlichtingen zo spoedig mogelijk verstrekt.

² Besselink 2005, p. 171.

³ Van Schooten 2008, p. 66.

⁴ Bovend'Eert 1998, p. 1599.

Wie de bovenstaande citaten leest, kan zich niet aan de indruk onttrekken dat bij de politieke besluitvorming over de beslissingen omtrent het inzetten van Nederlandse strijdkrachten in crisisgebieden, genomen op basis van artikel 100 van de Grondwet, sprake is van een merkwaardige paradox. Deze militaire operaties die op internationaal vlak vrede, veiligheid en vrijheid moeten waarborgen en tegelijkertijd welvaart, stabiliteit en een democratische rechtsorde moeten brengen, zijn – als we de geciteerde staatsrechtgeleerden mogen geloven – het resultaat van een democratisch zwakke procedure in eigen land. De gedachtegang van de staatsrechtgeleerden is als volgt: doordat het parlement ingeboet heeft aan betrokkenheid en beslissingsmacht in het kader van besluiten omtrent het uitzenden van militairen, is de democratische legitimatie van deze beslissingen sterk verminderd, hetgeen op gespannen voet kan staan met de beginselen van de democratische rechtsstaat.

Indien deze gedachtegang correct is, dan is het niet onverstandig om ons te herbezinnen op de door de regering en het parlement zelf vastgestelde procedure omtrent het nemen van deze besluiten. De inzet van strijdkrachten in crisisgebieden betreft immers niet alleen een besluit van groot politiek gewicht, maar is ook een besluit dat de belangen van de (Nederlandse) burgers zeer ingrijpend raakt. Daarom zou het nemen van dit besluit en daarmee de concrete militaire operatie zelf op een wettelijke grondslag moeten berusten en democratisch legitiem moeten zijn.

De primair te beantwoorden vraag is echter of de reeds geconstateerde gedachtegang juist is. In deze studie wordt deze gedachtegang aan een kritische analyse onderworpen en wordt de volgende centrale vraag beantwoord:

Heeft het parlement ingeboet aan betrokkenheid en beslissingsmacht in het kader van besluiten omtrent het uitzenden van militairen en is de democratische legitimatie van deze militaire operaties daardoor zo verminderd dat dit vermeend democratisch deficit strijdig is met de principes van de democratische rechtsstaat?

Voorafgaand aan de beantwoording zal de relevantie van deze vraag worden toegelicht.

Artikel 100 van de Grondwet raakt aan een onderwerp dat politiek en maatschappelijk van groot belang is. De afgelopen tien jaar hebben Nederlandse strijdkrachten deelgenomen aan meerdere operaties in crisisgebieden onder auspiciën van de Verenigde Naties, NAVO of de Europese Unie. De bekendste concrete voorbeelden van de deelname van de Nederlandse militairen aan de internationale operaties⁵ zijn de operatie *United Nations Protection Force* in Bosnië waar het ‘Srebrenica-drama’ zich voltrokken heeft, de operatie *Kosovo Force* in Kosovo, *Enduring Freedom* in Afghanistan in NAVO-verband en de deelname aan de *Stabilisation Force Iraq* operatie in Irak. Het Nederlandse ministerie van Defensie heeft in zijn Defensienota van 2000 aangekondigd dat de komende tien jaar een actief veiligheidsbeleid zal worden gevoerd ter bevordering van vrede en stabiliteit in de wereld, waarbij de samenwerking binnen de genoemde internationale verbanden zal worden geïntensiveerd.⁶ Door hetzelfde ministerie wordt het bevorderen van vrede, vrijheid en welvaart in de wereld als

⁵ Zie voor een volledig overzicht: Ministerie van Defensie 2005, p. 5-20.

⁶ Defensienota 2000, *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26 900, nr. 2, p. 5 en 21.

de kern van het buitenlandse beleid van Nederland genoemd, waarbij de bevordering van internationale rechtsorde en stabiliteit uitdrukkelijk als een kerntaak van de krijgsmacht wordt beschreven.⁷ De deelname aan vredesoperaties vormt tegenwoordig (en in de toekomst) een gewichtig onderdeel van het buitenlandse beleid. Deze deelname aan soms onvoorspelbare en grillige operaties brengt wel grote risico's met zich mee, niet alleen voor de Nederlandse soldaten en de bondgenoten, maar ook voor de plaatselijke bevolking en de internationale reputatie van Nederland. Het drama 'Srebrenica' dat de gemoederen bezig blijft houden, illustreert de impact die een militaire operatie kan hebben op binnen- en buitenland. Het debat dat in de Nederlandse media is losgebarsten, nadat in het regeerakkoord van het kabinet Balkenende IV is vastgesteld dat er geen onderzoek zal komen naar de besluitvorming omtrent de operatie in Irak, laat zien dat het maatschappelijk veld zich bewust is geworden van het gewicht van de besluiten van de regering over de inzet van de krijgsmacht bij operaties. Dat de beslissingen die op grond van artikel 100 van de Grondwet genomen worden van een dergelijk gewicht zijn dat democratische legitimatie ervan verzekerd moet zijn, blijkt ook uit hetzelfde regeerakkoord. De regering hanteert – geïnspireerd door de conclusies en aanbevelingen van het *Onderzoek NATO Response Force*⁸ – het volgende uitgangspunt:

*Nederland stemt het veiligheidsbeleid af op de nieuwe situatie in de wereld en richt zich op vredesoperaties, op bestrijding van terrorisme, op conflictpreventie en op wederopbouw. Een adequaat volkenrechtelijk mandaat is vereist bij deelname aan operaties met inzet van Nederlandse militairen. Het z.g. Toetsingskader is leidraad bij de besluitvorming, waarbij parlementaire instemming verzekerd is.*⁹

Uit het gegeven citaat blijkt dat de nieuwe regering van mening is dat democratische legitimatie van militaire operaties gewaarborgd moet worden en wel door middel van het instrument van parlementaire instemming. De vraag is echter of er met het ontbreken van parlementaire instemming met militaire operaties automatisch sprake is van een in een democratische rechtsstaat onacceptabel tekort aan democratische legitimatie (en controle) van deze operaties.

In deze studie wordt gepoogd om een antwoord te geven op die vraag door te bezien of de democratische legitimatie van beslissingen aangaande de inzet van strijdkrachten daadwerkelijk ontbreekt (of gering is) en in hoeverre deze gang van zaken op gespannen voet staat met de beginselen van de democratische rechtsstaat.

In het eerste hoofdstuk zal na een korte beschouwing van de rechtsstaattedachte blijken dat de constitutie een wezenlijke rol in de rechtsstaat speelt. Verschillende theorieën over de status en de functie van de constitutie in de rechtsstaat zullen aan bod komen en gebruikt worden om daaruit de principes achter de democratische rechtsstaat af te leiden.

⁷ Ministerie van Defensie 2004, p. 4-5.

⁸ Rapport 'Onderzoek NATO Response Force', *Kamerstukken II*, 2005-2006, 30 162, nrs. 2-3, p. 69-71. Het is niet onbelangrijk om te vermelden dat dit rapport ook als het product van de (gewijzigde) parlementaire wil kan worden beschouwd.

⁹ Coalitieakkoord 'Samen Werken, Samen Leven', *Kamerstukken II*, 2006-2007, 30 891, nr. 4, p. 11.

In het tweede hoofdstuk zal de grondwettelijke regeling voor het nemen van beslissingen over de inzet van strijdkrachten aan de orde komen. Niet alleen de wettelijke regeling, maar ook de praktische werking ervan zal worden geschetst. Uit deze schets zal geconcludeerd worden dat het parlement daadwerkelijk heeft ingeboet aan beslissingsmacht en betrokkenheid in het kader van het beslissen over het uitzenden van militairen. Dat dit gebrek aan parlementaire beslissingsmacht automatisch leidt tot een onacceptabel tekort aan democratische legitimatie van de operaties zal aan het einde van het hoofdstuk aan kritiek worden onderworpen.

In het derde hoofdstuk zal, na een weergave van de traditionele opvatting over democratie en vertegenwoordiging, een herijkte opvatting over representatie worden geschetst. Deze herijkte opvatting over representatie zal worden gebruikt om het democratische gehalte van de beslissing in een ander perspectief te plaatsen, door te betogen dat het gebrek aan parlementaire beslissingsmacht niet per definitie een gebrek aan legitimatie van de militaire operaties impliceert. Enkele praktische voorbeelden zullen ter illustratie worden gebruikt. Het hoofdstuk zal worden afgesloten met de schets van een herijkte democratie-idee.

Hoofdstuk vier sluit concluderend af. Tevens worden in dit hoofdstuk enkele opmerkingen en aanbevelingen geplaatst ten aanzien van toekomstig wetenschappelijk onderzoek op dit terrein.

Hoofdstuk 1

Over de rechtsstaat en de constitutie

Dit hoofdstuk is sterk theoretisch van aard en zal beginnen met een beschouwing van de rechtsstaatgedachte. Na deze korte beschouwing over de rechtsstaatgedachte zal blijken dat de constitutie een wezenlijke rol in de rechtsstaat heeft. Met ‘constitutie’ wordt in deze studie bedoeld het geheel van regels dat de grondslagen van het staatsbestel bevat.¹⁰ De belangrijkste van deze regels zijn in continentale landen in een geschreven document genaamd grondwet vastgelegd. De grondwet vormt derhalve het geschreven gedeelte van de constitutie. In het vervolg van deze studie zullen de termen ‘grondwet’ en ‘constitutie’ veelal door elkaar worden gebruikt, ook al zijn ze niet met elkaar gelijk te stellen. Verder zullen in dit hoofdstuk enkele algemene opmerkingen over de constitutie worden geplaatst waarna een vijftal (traditionele) visies op de status en de functie van de constitutie aan bod zullen komen. De verschillende theorieën over de status en de functie van de constitutie in de rechtsstaat zullen gebruikt worden om daaruit de principes achter de democratische rechtsstaat af te leiden. Zelfbinding, volkssoevereiniteit en democratie zullen de principes achter de rechtsstaat blijken te zijn.

1.1 De rechtsstaat

De idee van de rechtsstaat speelt nog altijd een grote rol in het denken over het recht. Dat onze staat een rechtsstaat is waarin de heerschappij van het recht geldt, wordt als zodanig niet in twijfel getrokken. Wat deze continentale idee van de *rule of law*¹¹ inhoudt en hoe zij precies in de praktijk moet worden ingevuld, is echter aan discussie onderhevig. In de juridische literatuur is veelvuldig geprobeerd om de rechtsstaatgedachte te baseren op enkele algemene (rechts)beginselen. Een korte weergave van het debat onder de Nederlandse staatsrechtgeleerden over de inhoud van de rechtsstaat kan illustreren hoe moeilijk het blijkt te zijn om de rechtsstaat in algemene beginselen of concrete eisen te vatten.

1.1.1 Het debat

Uit onvrede over de pluraliteit aan betekenissen van het begrip rechtsstaat, ondernam Scheltema al in 1989 een poging om vier beginselen aan te wijzen die ‘bijna algemeen als uitgangspunt worden aanvaard’ voor de rechtsstaat. De vier beginselen die Scheltema onderscheidt zijn: het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het democratiebeginsel en wat hij noemt ‘het beginsel van de dienende overheid’.¹²

¹⁰ Vrij naar Burkens e.a 2001, p. 42.

¹¹ Zie voor beschouwingen over de congruentie tussen de continentale rechtsstaat en de Angelsaksische *rule of law*: Morin 1992, p. 77.

¹² Zie nader: Scheltema 1989, p. 15-22. Met het eerste beginsel bedoelt Scheltema dat het recht een bepaalde voorspelbaarheid moet brengen ten aanzien van intermenselijke verhoudingen. Onder het gelijkheidsbeginsel verstaat Scheltema de eis dat rechtsregels abstract, dus algemeen zijn

De benadering van de grondslagen van de rechtsstaat zoals die door Scheltema wordt voorgesteld, heeft veel stof doen opwaaien. Zo hekelde Burkens het formele karakter van de beginselen die Scheltema als grondslagen van de rechtsstaat noemt. Volgens Burkens komt de inhoud van de rechtsstaat, dat wil zeggen het gehalte van rechtvaardigheid, nauwelijks tot uitdrukking. Ook mist Burkens het beginsel van vrijheid.¹³ Hierop voortbordurend stelt Van Ommeren voor om naast de beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid eveneens vrijheid als basisbeginsel van de rechtsstaat te beschouwen.¹⁴ Het legaliteitsbeginsel, de grondrechten, de machtsverdeling en de rechterlijke controle vormen volgens hem niet meer dan de instrumenten die een realisering van de drie centrale beginselen mogelijk maken. Evenals Burkens schenkt Van Ommeren kort aandacht aan het beginsel van rechtvaardigheid. Hij vraagt zich af of een rechtsstaat ook een rechtvaardige staat dient te zijn.¹⁵ De onbepaaldheid van het begrip rechtvaardigheid weerhoudt hem er echter van dit begrip als beginsel van de rechtsstaat te formuleren.

In een reflectie op de beginselen van de rechtsstaat brengt Woldring de bovenstaande benaderingen samen. In navolging van Selznick stelt Woldring dat het inhoudelijke van de rechtvaardigheid geen afgeleide is maar dat het een zelfstandige inhoud heeft, te weten een normatief idee van het goede leven of algemeen welzijn.¹⁶ De rechtszekerheid en rechtsgelijkheid worden gezien als ondergeschikt aan dat algemene rechtsstatelijke beginsel van rechtvaardigheid. Voorts onderscheidt Woldring, in navolging van Scheltema, het democratiebeginsel en het beginsel van de dienende overheid. Evenals Van Ommeren pleit Woldring voor de erkenning van het vrijheidsbeginsel als beginsel van de rechtsstaat.¹⁷

1.1.2 Het resultaat

Als uitkomst van dit debat en van de historische ontwikkelingen in West-Europese staten, stelt Burkens dat de democratische rechtsstaat vandaag de dag gegrond is op vier zogenaamde eisen, te weten het legaliteitsbeginsel, de machtsverdeling, de grondrechten en de rechterlijke controle.¹⁸ Van deze vier eisen, instrumenten of beginselen, wordt gedacht dat ze verschillende noties van de rechtsstaat impliceren en waarborgen, terwijl ze tegelijkertijd concreet en werkbaar genoeg zijn om als toetsingskader in ons juridisch systeem te dienen.¹⁹ Deze vier eisen waarborgen in een rechtsstaat de heerschappij van het recht. De heerschappij van het recht dient de vrijheid van de burger en impliceert in zijn oorspronkelijke vorm dat ook de soeverein het recht moet gehoorzamen en naar

geformuleerd. Het democratiebeginsel moet een bepaalde representativiteit van het recht waarborgen: een ieder moet een gelijke mogelijkheid hebben om invloed uit te oefenen op het overheidsoptreden, waaronder het vaststellen van regels. Met het beginsel van de dienende overheid bedoelt Scheltema dat de overheid nooit een doel op zichzelf mag zijn, maar dat zij zo goed mogelijk het belang van de leden van de samenleving behoort te bevorderen door rechtsregels te maken die deze op doelmatige en doeltreffende wijze te dienen.

¹³ Burkens 1989, p. 63-71.

¹⁴ Van Ommeren 2003, p. 7-22.

¹⁵ *Idem*, p. 15.

¹⁶ Woldring 2003, p. 28.

¹⁷ *Idem*, p. 40.

¹⁸ Burkens e.a 2001, p. 39-48.

¹⁹ Witteveen vertrekt daaruit, zie: Witteveen & Van Klink 2002, p. 54-67. Zie ook: Loth & Gaakeer 2005, p. 142-144.

het recht moet handelen (regeren). Derhalve bindt het legaliteitsbeginsel het overheidsoptreden aan het recht en is de macht van de overheid verdeeld, om willekeur tegen te gaan.

Op grond van het voorgaande zal de rechtsstaat in het kader van deze studie worden gedefinieerd als een staat waarin de dienstige overheid, belichaamd door volksvertegenwoordigers, in de naam van het volk wetten en regels maakt, zich zelf aan deze wetten en regels houdt, terwijl het de monopolistische bevoegdheid heeft om degene die zich er niet aan houdt te straffen, mits daartoe wordt besloten in een rechterlijke procedure, dan wel de mogelijkheid aanwezig is de straf bij de rechter aan te vechten. De kern van de rechtsstaatgedachte is dus de heerschappij van het recht die erop gericht is om de macht van de overheid rechtens te beperken en willekeur te voorkomen.

1.2 De constitutie

De reeds beschreven heerschappij van het recht in een rechtsstaat wordt feitelijk gewaarborgd en geoperationaliseerd dankzij bepaalde institutionele voorzieningen, procedures en fundamentele waarden, die alle op eigen manier geacht worden de macht van de overheid aan banden te leggen. Het geheel van deze voorzieningen, procedures en waarden, hun onderlinge samenhang en systematische indeling vormt de constitutie. Zoals reeds gezegd zijn de belangrijkste van deze regels in de continentale landen vastgelegd in een geschreven grondwet. Algemeen gesteld is het uitgangspunt van het bestaan van een constitutie dat alle overheidsmacht uiteindelijk een bedreiging kan vormen voor de vrijheid van het individu en dat de overheidsmacht daarom aan bepaalde beperkingen en voorwaarden voor legitieme uitoefening moet worden gebonden.²⁰ Traditioneel wordt de constitutie gezien als een democratisch basisontwerp dat de willekeurige machtsuitoefening van overheden moet beperken en aan banden leggen door bepaalde personen en instituties in een staat te autoriseren om normen te maken en beslissingen te nemen. De manier waarop dit dient te gebeuren wordt ook door de constitutie genormeerd. Immers, geen wet kan worden vastgesteld en geen beslissing kan worden genomen zonder dat een specifieke constitutionele norm die wet of dat handelen beperkt, voorschrijft en legitimeert. Dit is de essentie van het principe van legaliteit. De legaliteitsgedachte en de zware en langdurige democratische procedures voor de constitutionele herzieningen, benadrukken de suggestie dat de constitutie (met name de grondwet) als een solide normatief anker fungeert dat onbeperkt en willekeurig politiek (machts)handelen in de rechtsstaat – waar de heerschappij van het recht geldt – dient te voorkomen. De principes die de grenzen voor dat overheidsoptreden moeten aangeven, zijn ook in de constitutie vervat. De geschreven grondwet is doorgaans het product van een uitputtende democratische procedure waarin de burgers de mogelijkheid hebben om met hun stem (de amendementen van) de grondwet te beïnvloeden en of te bekritisieren. Niet alleen van de democratische procedures omtrent de wijziging van de constitutie (en de grondwet), maar ook van in de constitutie aangebrachte principes van machtenscheiding, *checks and balances*, de formulering van individuele vrijheidsrechten en het instellen van een

²⁰ Zoethout 1995, p. 260, Van der Tang 1998, p. 29.

onafhankelijke rechtelijke macht, wordt doorgaans verwacht dat zij politiek arbitrair en opportuun handelen van de overheid tegengaan.²¹

1.3 De constitutie nader bezien

Dat de constitutie een concrete machtsbeperkende rol binnen de rechtsstaat heeft, is een heldere en geaccepteerde gedachte. Over het doel van de constitutie, de wijze waarop deze de beperkingen zou moeten realiseren en over de precieze status ervan in de samenleving lopen de meningen echter uiteen. Een eerste en vluchtige blik op de preambules van enkele grondwetten kan enige verschillen in doel al duidelijk maken. Waar de grondwet van de Verenigde Staten met name het overheidshandelen aan banden wil leggen en de burger tegen dat overheidsingrijpen moet beschermen,²² legt de Franse grondwet vooral de nadruk op de bescherming van de rechten van de mens en de verwerkelijking van de idealen van gelijkheid, vrijheid en broederschap,²³ terwijl de grondwet van Bosnië en Herzegovina uit 1995 vooral een toestand van vrede in een pluralistische samenleving moet garanderen.²⁴

Deze in het oog springende verschillen ten aanzien van het doel van de grondwet delen de vooronderstelling dat een dergelijk document als de grondwet

²¹ Het zal niet verbazen dat deze in de grondwet vastgestelde principes overeen komen met de door Burkens genoemde beginselen van de sociale democratische rechtsstaat, zie Burkens e.a. 2001, p. 39-48. Zie ook Zoethout 1995, p. 260.

²² De preambule van *The constitution of the United States*, de Amerikaanse grondwet, is als volgt: *We the people of the United States, in order to form a more perfect union, establish justice, insure domestic tranquillity, provide for the common defense, promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.* Te raadplegen op: <http://www.usconstitution.net/const.html#Preamble>.

²³ De preambule van *Constitution du 4 octobre 1958*, de Franse grondwet, luidt als volgt: *Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souverainete nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004. En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'Outre-Mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique.* Te raadplegen op: <http://www.affaires-publiques.org/textof/C04-10-58/preambule.htm>.

²⁴ De preambule van *Ustav Bosne i Herzegovine*, de Bosnische grondwet, luidt in het Engels als volgt: *Based on respect for human dignity, liberty, and equality, Dedicated to peace, justice, tolerance, and reconciliation, Convinced that democratic governmental institutions and fair procedures best produce peaceful relations within a pluralist society, Desiring to promote the general welfare and economic growth through the protection of private property and the promotion of a market economy, Guided by the Purposes and Principles of the Charter of the United Nations, Committed to the sovereignty, territorial integrity, and political independence of Bosnia and Herzegovina in accordance with international law, Determined to ensure full respect for international humanitarian law, Inspired by the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenants on Civil and Political Rights and on Economic, Social and Cultural Rights, and the Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, as well as other human rights instruments, Recalling the Basic Principles agreed in Geneva on 8 Sep 1995, and in New York on 26 Sep 1995, Bosniacs, Croats, and Serbs, as constituent peoples (along with Others), and citizens of Bosnia and Herzegovina hereby determine that the Constitution of Bosnia and Herzegovina is as follows.* Origineel te raadplegen op http://www.parlamentfbih.gov.ba/hrv/parlament/o_parlamentu/ustavbh.html, de Engelse versie op: <http://expired.oefre.unibe.ch/law/icl/bk00000.html>.

de samenleving op een bepaalde manier – machtbeperkend, rechtengaranderend en oorlogvoorkomend – kan vormen of sturen. Het lijkt alsof men in het denken over de constitutie stilzwijgend uitgaat van een simpele causale relatie tussen de constitutionele norm aan de ene kant en het overheidshandelen corresponderend met die norm aan de andere kant. De vraag is of deze versimpelde vooronderstelling recht doet aan de complexe verhouding tussen de constitutie (met name de geschreven grondwet) en de overheid in het bijzonder en het functioneren van de constitutie in de democratische rechtsstaat in het algemeen. Een diepere analyse van de verschillende theorieën over de constitutie kan een antwoord geven op deze vraag. In het kader van deze uitweiding wordt de constitutie als fenomeen vanuit een vijftal verschillende kaders belicht: formeel-juridisch, materieel-juridisch, rechtstheoretisch, sociologisch en politiek.²⁵ Gezien het onderwerp van deze studie zal de volgende uitweiding slechts inleidend van aard zijn.

1.3.1 Formeel- juridische opvatting

Formeel-juridisch bekeken komt de grondwet neer op een geschreven grondwettelijk document waarin de constructie van de staat als een positieve rechtsorde wordt geregeld, doordat overheidsambten worden ingesteld of bevestigd, de bevoegdheden worden toegekend, verdeeld en onderling begrensd. In dit opzicht regelt de constitutie als hoogste recht in een land de inrichting van de staat, doordat het de verdeling van rollen, verantwoordelijkheden en macht over een veelheid van instituties en functionarissen beschrijft en normeert. Tegelijkertijd voorziet de constitutie in enkele concrete procedurele beperkingen van overheidsmacht, namelijk het legaliteitsbeginsel, de machtenscheiding en de rechterlijke toetsing.²⁶ Anders gezegd²⁷, de constitutie legt onderlinge verhoudingen van de staatsorganen normatief vast, geeft daarbij de grenzen van hun bevoegdheden en de controlemechanismen die ertoe moeten dienen die grenzen te waarborgen. Tevens geeft de constitutie waarborgen voor een onafhankelijke rechterlijke macht, die toeziet op inachtneming van deze machtsverdeling.²⁸ Zo bezien is de constitutie een geheel van rechtsnormen die voldoen aan bepaalde formele kenmerken. De grondwet is daarbij een document dat op bijzondere wijze tot stand komt en gewijzigd wordt, terwijl het een hogere rechtskracht heeft en uitdrukkelijk als zodanig wordt gepresenteerd.²⁹ Kort gezegd bepaalt en normeert de constitutie als geheel van organisatierecht op een juridische wijze de gezagsstructuur en de gezagsverhoudingen in een staat.³⁰ De vraag is echter in hoeverre deze organisatiefunctie van de constitutie nog relevant

²⁵ Deze vier invalshoeken zijn geïnspireerd op Van der Tang 1998, p. 6-8.

²⁶ In haar proefschrift voert Zoethout naast deze drie procedurele beperkingen ook nog de ‘*rule of law* in beperkte zin’ aan, zie Zoethout 1995, p. 279-283. In deze studie wordt de *rule of law* gelijkgesteld met de rechtsstaat. Deze vormt een algemeen kader waarin een staatsorde überhaupt gesteld kan en dient te worden terwijl de manier waarop en de concrete invulling van die orde in de constitutie (en grondwet) is neergelegd. De *rule of law* en rechtsstaat gaan aan de constitutie vooraf en zijn er derhalve geen zelfstandig onderdeel van.

²⁷ Door Burkens e.a. 2001, p. 42.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Van der Tang brengt deze formeel-juridische aspecten van de constitutie samen onder de term ‘het formele constitutiebegrip’, zie Van der Tang 1998, p. 50-60.

³⁰ Zie voor een uitgebreide analyse van deze termen en hun relatie met de constitutie het proefschrift van Van der Hoeven, met name hoofdstukken 4 en 5, Van der Hoeven 1988, p. 75-169.

is gezien de huidige maatschappelijke tendens richting meer internationalisering en globalisering.³¹

1.3.2 Materieel-juridische aanvulling

De constitutie is echter meer dan het geheel van organisatorisch hoogste recht. Het beperken van overheidsmacht door de constitutie vindt zijn uitwerking niet alleen op een negatieve manier door een bepaalde (formele) beperkende organisatie van de overheid, maar ook op een positieve wijze door de vastlegging van de politieke en vrijheidsrechten. Deze klassieke fundamentele rechten ofwel grondrechten vormen een substantieel element van de constitutie en zijn bedoeld om bepaalde gebieden van het toezicht door de overheid af te schermen door een ruimte te creëren waarbinnen de burger volkomen vrij is, tenzij deze vrijheid op een legitieme wijze is beperkt.³² De grondrechten vormen de begrenzing van overheidsbevoegdheden in relatie tussen overheid en burger.³³ Wie uitgaat van het primaat van individuele vrijheid en elke beperking principieel als een aantasting ervan beschouwt, baseert zich echter op een klassiek-liberale fictie.³⁴ Beperkingen zijn immers inherent aan vrijheidsrechten. De vrijheid zelf wordt door de grondwet niet gegarandeerd, maar juist een niet willekeurige beperking ervan. Slechts het (procedureel) op de door de grondwet voorgeschreven wijze opleggen van deze beperkingen garandeert vrijheid. Het inhoudelijke element van de constitutie gelijkstellen aan de klassieke grondrechten doet ons vervallen in het formele, procedurele aspect. In deze studie wordt er dan ook voor gekozen om het materiële aspect van de constitutie niet gelijk te stellen met de grondrechten,³⁵ maar om deze materiële inhoud van de constitutie op een fundamenteelere wijze in te vullen zoals de rechtstheorie dat poogt.³⁶

1.3.3 De rechtstheorie

De rechtstheoretici proberen een antwoord te formuleren op de vraag naar de eigen aard of het wezen van de constitutie en beperken zich niet tot het identificeren van de rechtsregels en rechtsbeginselen die in een bepaalde grondwet zijn vervat. Tevens proberen zij de vraag naar de gelding van de constitutie en de geschreven grondwet te beantwoorden. Vooral na de Tweede Wereldoorlog hebben de theoretici als reactie op de oorlog geprobeerd om een normatieve invulling aan het constitutiebegrip te geven. Dit constitutiebegrip was het

³¹ Voor enkele beschouwingen hierover zie o.a.: De Vree 1974, p. 7-8 en Van Gunsteren 1998, p. 205. Zie over de gevolgen van deze ontwikkelingen voor de rechtsstaat het WRR rapport, Scheltema & Van Sinderen (red.) 2002.

³² Zoethout 1995 p. 283, Murphy 1993, p. 3.

³³ Burkens e.a. 2001, p. 42.

³⁴ Aldus Woldring 2003, p. 41.

³⁵ Dit wordt met name door Zoethout gedaan, Zoethout 1995, p. 283-286.

³⁶ Ook Van der Tang probeert in zijn proefschrift de materiële inhoud van de constitutie fundamenteel te benaderen en komt op de volgende definitie uit: onder de constitutie in materiële zin wordt verstaan een complex van fundamentele geschreven en ongeschreven rechtsnormen die 1. fungeren als juridische grondslag van een (als staat) georganiseerd menselijk verband en van het door of vanwege dat verband uitgeoefende gezag; 2. voorschriften bevatten met betrekking tot de organisatie en het functioneren van dit verband; 3. de relaties betreffen tussen dit verband en de subjecten van het door dit verband uitgeoefende gezag, en 4. voorschriften bevatten die de verhouding bepalen tussen het van dit verband uitgaande gezag en het gezag dat wordt uitgeoefend door andere (statelijke) verbanden. Zie Van der Tang 1998, p. 30-47.

voorwerp van polemiek waarvan de tegenstelling tussen Kelsen en Schmitt ter illustratie kan dienen. Volgens Kelsen is de constitutie een *Grundnorm* ('norm der normen'), die als enige functie heeft het autoriseren van specifieke personen om normen te creëren.³⁷ De constitutie dient de totstandkoming en geldigheid van de binnen de rechtsorde hiërarchisch geldende algemene normen – met de constitutie aan de top van de hiërarchie – te regelen en te autoriseren.³⁸ De constitutie van Schmitt neemt niet de vorm aan van een wet of rechtsregel, maar is een uiting van een fundamentele beslissing over het karakter en de vorm van de politieke eenheid.³⁹ Voorafgaand aan welke normering ook, ligt die fundamentele politieke beslissing bij de dragers van de soevereine macht. De constitutie is de verwezenlijking van die politieke wil en haar functie is het uitdragen van die wil. In de democratie is dat de wil van het volk, in een monarchie van de monarch.⁴⁰

Ook al liggen de theoretische bespiegelingen over de constitutie van Kelsen en Schmitt (constitutie als formeel-procedurele *Grundnorm* v.s. constitutie als politiek wilsafhankelijk basisdocument) ver uiteen, toch impliceren ze beiden het *a priori* karakter van de constitutie. De constitutie lijkt per definitie vooraf te gaan aan de geldende rechtsorde en wordt gezien als een fundamentele (wilsafhankelijke) norm der normen die op een of andere wijze betrokken is op een soeverein en het (voort)bestaan van de rechtsorde garandeert, na deze gecreëerd te hebben. Een tekortkoming van deze theoretische visie op de constitutie kan zijn dat deze het belang van de feitelijke maatschappelijke structuren voor de totstandkoming van de constitutie (en daarmee de grondwet) uit het oog lijkt te verliezen. Wellicht kan een sociologische bril hierbij helpen.

1.3.4 Sociologisch georiënteerde visies

Een sociologisch georiënteerde kijk op de constitutie benadert de constitutie als een sociaal fenomeen dat in relatie staat met de samenleving. Over de aard van deze relatie wordt verschillend gedacht. Een eerste stroming stelt dat de constitutie als een soort institutioneel ontwerp het collectief samenleven stuurt. Dit zogenaamd ontwerperperspectief ziet de constitutie als een instrument waarmee politieke orde in de samenleving wordt ontworpen door het arrangeren van juridische instituties. Hierbij wordt aangenomen dat door middel van 'het ontwerp constitutie' effect kan worden gesorteerd in de sfeer van de realiteit. Van der Tang argumenteert dat er in de 18^{de} en 19^{de} eeuw sprake was van een stellige verwachting dat een volgens de voorschriften van de rede opgestelde constitutie uit eigen kracht een uitgebalanceerde, goed functionerende staat zou creëren. De constitutie werd beschouwd als het instrument bij uitstek om burgerlijke, politieke en economische vrijheden veilig te stellen en de betrouwbaarheid en continuïteit van overheidsbestuur te waarborgen.⁴¹ Ook Elkin stelt dat het dominante thema van het klassiek constitutionalisme traditioneel is geweest het ontwerpen van politieke instituties, om machtoefening te beperken en goede regeringen te creëren.⁴²

³⁷ Kelsen 1986, p. 111, p. 113.

³⁸ *Idem*, p. 118-119.

³⁹ Schmitt 1928, p. 20-24

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Van der Tang 1998, p. 231-232.

⁴² Elkin 1993, p. 10-37 en p. 20. Als voorbeeld van hedendaagse 'klassiek constitutionalisme' denkers kunnen Castiglione en Lane genoemd worden. Castiglione meent dat de functie van de constitutie bestaat uit het construeren van een politieke entiteit, een staat, het vaststellen van zijn

De stellige verwachting van het klassieke constitutionalisme dat een goed geconstrueerde, afgewogen grondwet uit eigen kracht een harmonieuze politieke en maatschappelijke orde tot stand zou brengen, berustte – zo bleek in de twintigste eeuw – op een onjuiste inschatting van de normatieve kracht van het document.⁴³ De woorden van de grondwet zijn onmachtig om het politieke leven feitelijk te beheersen. Voorts hebben ze een weinig dwingende greep op de sociale omgeving.⁴⁴ Reeds in 1862 heeft Lasalle in een toespraak duidelijk gemaakt dat de machtsvraag in een staat in het geheel niet door de grondwet wordt beslist of bepaald. De feitelijk bestaande politieke en maatschappelijke machtsverhoudingen gaan vooraf aan de grondwetsvorming en worden in een grondwet slechts bevestigd.⁴⁵ Jellinek volgde tientallen jaar later met zijn beschouwing over de ontwikkeling van de constitutie, waarin hij opmerkt dat de machtsverhoudingen in de staat niet door de rechtsregels zijn te beheersen, omdat de politieke krachten zich in overeenstemming met eigen, niet van juridische vormen afhankelijke, wetten bewegen.⁴⁶ In het Nederlandse staatsrecht is het Van der Hoeven die meent dat de grondwet in het constitutionele recht een tamelijk bescheiden plaats inneemt, aangezien de grondwet de in een land geldende gezagsstructuur noch kan beheersen noch kan scheppen. De gezagsverhoudingen worden niet door de grondwet bepaald, maar door de aan de feitelijke situatie ontleende elementen: de in een samenleving heersende praktische mensbeschouwing en de actuele sociale situatie.⁴⁷

In deze beschouwing van de sociologisch georiënteerde kijk op de constitutie mag het zogenaamde ‘nieuwe’ constitutionalisme niet ontbreken. Daarin wordt geprobeerd om het constitutionalisme uit de normatieve theorie te halen en haar sociologisch te bestuderen, door de nadruk te leggen op de complexe wederzijdse afhankelijkheid tussen de constitutie en de samenleving.⁴⁸ Hiervoor is een reconstructieve sociale theorie die tot doel heeft het verbeteren van de bestaande instituties, door ze zowel economisch efficiënter als politiek deliberatiever te maken.⁴⁹

1.3.5 Politiek georiënteerde noties

De zojuist genoemde politieke deliberatie is een voorbeeld van wat in deze studie de politiek geïnspireerde notie over de status van de constitutie wordt genoemd.

fundamentele structuur en het bepalen van grenzen waarbinnen politieke macht kan worden uitgeoefend. Zie Castiglione 1996, p 16-63. Lane is van mening dat de constitutie de politieke gemeenschap ordent door de beperking en scheiding van staatsmacht in de vorm van erkenning van rechten. Lane 1996, p. 25.

⁴³ Zie uitgebreid over het falen van deze normerende werking in de twintigste eeuw Van der Tang 1998, hoofdstuk 4, p. 235-325.

⁴⁴ Ter illustratie van deze onmacht van de constitutie om de werkelijkheid te ordenen en construeren wordt dikwijls verwezen naar de ontwikkelingen in de Oost-Europese landen die na 1989 een democratische grondwet hebben gekregen zonder dat deze geleid heeft tot de democratisering van de politieke gemeenschap in de praktijk. Zie hierover Pogany 1996, p. 156-179. Zie voor nog meer voorbeelden van de ‘falende’ grondwetten Van der Tang 1998, p. 327-334, p. 286-317.

⁴⁵ Lasalle 1919, p. 33-39.

⁴⁶ Jellinek 1906, p. 72. Griffin verwoordt dezelfde gedachtegang in zijn opmerking dat een bestaande constitutie tegengewerkt kan worden door de politiek, Griffin 1996, p. 6.

⁴⁷ Van der Hoeven 1988, p. 279-181.

⁴⁸ Soltan 1993, p. 12.

⁴⁹ *Idem*, p. 13 en p. 16.

Door sommige auteurs wordt de constitutie uitgelegd als een middel om in een samenleving politieke deliberatie te bereiken. De constitutie is noch normstellend of gedragsturend, noch een vooropgezet idee over hoe de sociale werkelijkheid te vormen en te sturen.⁵⁰ Maar ze speelt een wezenlijke rol in een communicatief deliberatief proces dat gekenmerkt wordt door ‘de dynamische rechtvaardiging van de praktische besluitvorming’, hetgeen wil zeggen dat de constitutie in het politieke discours dikwijls als het ultieme rechtvaardigingsargument wordt gebruikt voor bepaalde politieke handelingen en besluiten.⁵¹ Ook Sunstein meent dat de constitutie een discursieve functie heeft.⁵² Het doel van de constitutie is volgens hem het creëren van voorwaarden voor het naar behoren functioneren van de democratische orde, waarin burgers zichzelf besturen.⁵³ De constitutie moet het eeuwige probleem in de democratie – het niet met elkaar eens zijn – aanpakken door onenigheid om te zetten in creatieve kracht of, indien eensgezindheid onmogelijk is, de situatie zo in te richten dat er geen eensgezindheid noodzakelijk is.⁵⁴ De constitutie moet voorwaarden scheppen voor een vreedzame en stabiele democratie, in het licht van de altijd aanwezige sociale verschillen in een samenleving, door een kader te faciliteren waarin een deliberatieve democratie wordt gerespecteerd.⁵⁵

Tenslotte zijn er nog enkele andere politieke betekenissen van de constitutie te noemen. In de eerste plaats wordt het woord ‘grondwet’ of ‘constitutie’ ook gebruikt als een symbool dat de glans uitstraalt van legaliteit, machtsbeperking, behoorlijk politiek handelen, rechtsbescherming, etc. Er lijkt een wereldwijde overtuiging te bestaan dat een democratische rechtsstaat een constitutie behoeft. In de tweede plaats is een constitutie in verband te brengen met de ontwikkeling van de natiestaat en het bevorderen van natievorming. Een grondwet erkent alle burgers als gelijke participanten in de samenleving, bepaalt hun identiteit als burger en construeert op die wijze een collectiviteit van mensen, een staatsvolk. In dit verband construeert en beschermt de grondwet ook het territorium van de staat door slechts van toepassing te zijn binnen de staatsgrenzen. Hierdoor helpt de constitutie feitelijk om de ene staat van de andere te onderscheiden. De opgelaaide discussie omtrent de invoering van een Europese Grondwet en de redenen die aangevoerd zijn voor de afwijzing ervan – de angst voor een Europese superstaat – laten zien hoe sterk de symbolische waarde van zelfs het woord ‘grondwet’ is met betrekking tot identiteit, nationaliteit en staatsvorming. Illustratief is ook de blijdschap waarmee de Minister van Buitenlandse Zaken Verhagen, na een bijeenkomst met zijn EU-collega’s, aan het Nederlandse volk kon verkondigen dat alle symbolen die naar een superstaat verwijzen van tafel zijn en dat er een compromis is bereikt om dit verdrag niet meer met de term ‘grondwet’ aan te duiden.⁵⁶ Op de Europese top in Lissabon van

⁵⁰ Tans 2003, p. 12-15.

⁵¹ Zie voor de kern van deze constitutionele discours, Tans 2003, hoofdstuk 6, p. 125-156.

⁵² Op het eerste gezicht lijkt Sunsteins definitie van de constitutie als middel voor het voeren van een deliberatieve politiek overeen te komen met het reeds beschreven sociologische georiënteerde ontwerperperspectief. Echter, in Sunsteins theorie normeert (ontwerpt of ordent) de constitutie het proces van publieke keuzes niet, maar stuurt het proces dat niet ontworpen kan worden.

⁵³ Sunstein 2001, p. 6.

⁵⁴ *Idem*, p. 8-9. Zie over hoe de constitutie dit volgens Sunstein kan doen p. 50-65 en p. 96-101.

⁵⁵ *Idem*, p. 96. Zie over wat Sunstein onder deliberatieve democratie verstaat p. 13-46.

⁵⁶ Zie ‘Verhagen: Grondwet EU lijkt van tafel’, *De Volkskrant* 18 juni 2007, p. 1, tevens ‘Europese top’, *De Volkskrant* 20 juni 2007, p. 4.

18 en 19 oktober 2007 zijn de regeringsleiders het eens geworden over een nieuw Europees (hervormings)verdrag. Op 13 december 2007 hebben de Europese staatshoofden en regeringsleiders het Hervormingsverdrag feestelijk ondertekend en is het verdrag vanaf dat moment het Verdrag van Lissabon gaan heten. De lidstaten moeten het verdrag echter nog wel ratificeren. Ook al lijkt de inhoud van het Verdrag van Lissabon niet zeer af te wijken van de conceptgrondwet, het woord grondwet is van tafel en daarmee wellicht de vrees voor een Europese Superstaat.

1.4 De constitutie en de rechtsstaat

Na deze weergave van verschillende visies op de status en functie van de constitutie in de democratische rechtsstaat, kunnen de volgende conclusies worden getrokken.

In de eerste plaats valt op dat de constitutie als een essentieel element van de rechtsstaat wordt ervaren, waarbij er sprake is van een relatie tussen de in de rechtsstaat aanwezige heerschappij van het recht en de grondwet die structuur verschaft, normatieve oriëntaties biedt of vastlegt en deliberatie mogelijk maakt.

In de tweede plaats zijn noties als verantwoordelijkheid, macht(sbeperking/svaststelling), vrijheid, geen willekeur, normativiteit, grondslag, staats- en natievorming, samenleving, soevereiniteit, democratie, deliberatie, orde en zelfbestuur op een of andere manier met de constitutie verbonden. Dit impliceert dat de constitutie altijd betrekking heeft op een politiek samenleven waarmee het in constante relatie staat. Dikwijls neemt dat politieke samenleven de vorm aan van een gesloten soevereine natiestaat met duidelijke grenzen en een vaste bevolkingsgroep. In een dergelijke staat is de burger in de eerste plaats bezig met het inrichten van het eigen leven binnen de ruimte die hij dankzij de grondrechten heeft, terwijl het recht hem beschermt tegen de staat en tegen de kwade medemens. In de natuurtoestand van Hobbes heerst er immers een oorlog van allen tegen allen. Locke roept de soeverein op om de vrijheid, gelijkheid en privé-eigendom van de burgers te beschermen tegen de medeburgers en de overheid zelf. Rousseau hoopt dat de staat via het maatschappelijke verdrag de vrij geboren doch alom geketende burgers kan bevrijden van hun ketens. Alle drie zien zij een centrale rol voor de constitutie weggelegd, zijnde een uiting van de soevereine macht die dezelfde soevereine macht (in een rechtsstaat) tegelijkertijd aan het recht bindt. Algemeener zou gezegd kunnen worden dat de constitutie altijd gericht is op een staat en die staat wordt als een organisch geheel gedragen door een gezag uitoefenende overheid en de aan dat gezag onderworpen burgers.

In de derde plaats lijkt de heerschappij van het recht in een rechtstaat te impliceren dat de burgers de ultieme dragers zijn van soevereiniteit. Het recht en daarmee de wet wordt ervaren als een geschikt beperkings- en beschermingsinstrument, omdat deze het product is van de democratisch en politiek gelegitimeerde wetgever waardoor het indirect de burger is die zichzelf (en de overheid) normeert. Voorts impliceren de institutionele regelingen in een constitutie, zoals het legaliteitsbeginsel, de scheiding der machten, de grondrechten en rechterlijke controle etc., dat er een primaat van het volk geldt. De autoritaire kracht van de constitutie wordt immers versterkt door de democratische procedure van de totstandkoming ervan. De traditionele idee van

de constitutie als democratisch, dynamisch basisontwerp dat de willekeurige machtsuitoefening van overheden moet beperken door bepaalde personen en instituties in een staat te autoriseren om normen te maken en beslissingen te nemen, gaat er impliciet vanuit dat de burger zo veel mogelijk te zeggen moet hebben over het recht waar hij zelf door gebonden wordt. De beginselen van zelfbinding, volkssoevereiniteit en democratie lijken als hoeksteen van de democratische rechtsstaat te fungeren

Hoe het democratische aspect van de democratische rechtsstaat traditioneel wordt uitgelegd en hoe dit traditionele uitgangspunt kan worden herijkt, komt aan de orde in hoofdstuk drie. In het volgende hoofdstuk zal de grondwettelijke regeling, nader geïllustreerd met enkele praktijkvoorbeelden, omtrent het nemen van beslissingen over de inzet van strijdkrachten aan de orde komen. Daarbij zal de nadruk uitdrukkelijk liggen op de democratische legitimatie van deze beslissingen en daarmee van de feitelijke militaire operaties.

Hoofdstuk 2

Het inzetten van militairen: theorie en praktijk

Centraal in dit hoofdstuk staat de vraag of het parlement ingeboet heeft aan betrokkenheid en beslissingsmacht in het kader van besluiten omtrent het inzetten van militairen en of de democratische legitimatie van deze operaties daardoor sterk is verminderd. In de eerste plaats komt de grondwettelijke regeling met betrekking tot het nemen van besluiten over het inzetten van militairen aan de orde. De manier waarop de regering in de praktijk omgaat met de relevante grondwetsartikelen zal aan de hand van enkele voorbeelden worden geïllustreerd. Uit deze theoretische en praktische weergave zal geconcludeerd worden dat het parlement daadwerkelijk heeft ingeboet aan betrokkenheid en beslissingsmacht in het kader van militaire operaties. Dat dit gebrek aan parlementaire beslissingsmacht niet automatisch leidt tot een onacceptabel tekort aan democratische legitimatie zal aan het einde van dit hoofdstuk worden betoogd.

2.1 Wettelijke regeling en enkele praktijkvoorbeelden

Met de grondwetsherziening van 2000, waarbij een modernisering van de defensieartikelen werd doorgevoerd, werd de parlementaire betrokkenheid bij de deelname van de Nederlandse strijdkrachten aan internationale operaties verankerd in het geheel nieuwe artikel 100 van de Grondwet.⁵⁷

Om de noodzaak van de introductie van artikel 100 te illustreren, zal eerst het constitutionele kader met betrekking tot het inzetten van de krijgsmacht ten tijde van oorlog (artikel 96 van de Grondwet) worden geschetst.

2.1.1 Het constitutionele kader

Het constitutionele kader met betrekking tot de inzet⁵⁸ van de Nederlandse krijgsmacht wordt bepaald door meerdere grondwetsbepalingen, waaronder de artikelen 90⁵⁹, 96⁶⁰, 97⁶¹ en 100⁶² van de Grondwet. Voor deze studie zijn vooral de artikelen 96 en 100 van belang. In artikel 96 is de procedure voorafgaand aan het afgeven van een oorlogsverklaring beschreven, terwijl artikel 100 de beslissingsmacht bij vormen van het ter beschikking stellen van de krijgsmacht,

⁵⁷ Rijkswet van 22 juni 2000 tot verandering in de Grondwet van de bepalingen inzake de verdediging, *Stb.* 2000, 249.

⁵⁸ ‘Inzet’ wordt op dit punt zeer ruim uitgelegd, zodat daar niet alleen de recente missies en operaties onder vallen, maar ook de traditionele oorlogsvoering.

⁵⁹ Artikel 90 van de Grondwet luidt als volgt:

De regering bevordert de ontwikkeling van de internationale rechtsorde.

⁶⁰ Zie voor een integrale weergave de hoofdtekst, paragraaf 2.1.2.

⁶¹ Artikel 97 van de Grondwet luidt als volgt:

1. Ten behoeve van de verdediging en ter bescherming van de belangen van het Koninkrijk, alsmede ten behoeve van de handhaving en de bevordering van de internationale rechtsorde, is er een krijgsmacht.

2. De regering heeft het oppergezag over de krijgsmacht.

⁶² Zie voor een integrale weergave de hoofdtekst, paragraaf 2.1.4.

anders dan in geval van oorlog, aan de orde stelt. Beide artikelen normeren de constitutionele verhoudingen tussen de regering en het parlement op dit gebied, regelen de betrokkenheid en de beslissingsmacht aangaande de inzet van de Nederlandse krijgsmacht en zijn derhalve relevant voor deze studie.

2.1.2 Artikel 96: de oorlogsverklaring

Artikel 96 van de Grondwet luidt als volgt:

1. Het Koninkrijk wordt niet in oorlog verklaard dan na de voorafgaande toestemming van de Staten-Generaal.
2. De toestemming is niet vereist, wanneer het overleg met de Staten-Generaal ten gevolge van een feitelijk bestaande oorlogstoestand niet mogelijk is gebleken.
3. De Staten-Generaal beraadslagen en besluiten ter zake in vereniging.
4. Het bepaalde in het eerste en het derde lid is van overeenkomstige toepassing voor een verklaring dat een oorlog beëindigd is.

Tot 1922 bezat de Koning het recht van oorlogsverklaring en hij was verplicht om de Staten-Generaal daar onmiddellijk over in te lichten.⁶³ Deze exclusieve bevoegdheid van de Koning werd door Thorbecke verdedigd, maar er was ook sprake van kritiek.⁶⁴ Bij de grondwetswijziging van 1922 werd de inlichtingenplicht omgezet in het vereiste van voorafgaande toestemming van het parlement, waardoor het parlement feitelijk beslissingsmacht kreeg over het gebruik van het ultieme middel in de internationale betrekkingen: de oorlog. De regering verklaarde in zijn toelichting op het herzieningsvoorstel van 1922 het zeer voor de hand liggend te vinden dat voor een oorlogsverklaring de voorafgaande toestemming van de Staten-Generaal gevraagd moest worden.⁶⁵ De ratio van deze bepaling was (in die tijd al) dat de regering een zo belangrijke beslissing niet mag nemen zonder de uitdrukkelijke toestemming van het parlement. Deze ratio blijkt (toen) niet controversieel te zijn geweest en stond buiten de discussie.⁶⁶ De vraag of elke inzet van militaire middelen, dus ook buiten de juridische oorlogssituaties om, aan parlementaire toestemming onderworpen moest worden, was wel onderwerp van discussie. Een amendement van Marchant voor deze verbreding van de parlementaire toestemming werd verworpen.⁶⁷ Het toepassingsgebied van het artikel werd beperkt tot de juridische oorlogstoestand. Opmerkelijk is wel dat de regering de internationale collectieve Volkenbondactie op grond van artikel 16 van het Volkenbondverdrag als een oorlogsactie beschouwde waarvoor parlementaire toestemming moest worden

⁶³ Van Schooten 2000, p. 483.

⁶⁴ Zie Van Schooten 2008, p. 49 voor een korte weergave van de kritiek.

⁶⁵ Huart 1925, p. 48-53.

⁶⁶ Besselink 2005, p. 141.

⁶⁷ Zie *Handelingen II* 1921-1922, p. 411 e.v.

gevraagd.⁶⁸ Een dergelijke militaire operatie in het kader van internationale samenwerking werd in die tijd nog gelijkgesteld met oorlog.⁶⁹

Tijdens de grondwetsherziening van 1953 reageerde de grondwetgever op verschillende ontwikkelingen die zich op internationaal niveau hebben voorgedaan. Na de Tweede Wereldoorlog intensiverde de internationale samenwerking binnen verschillende internationale organisaties als de Verenigde Naties, de Raad van Europa en de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal.⁷⁰ Voorts vergrootte de Koude Oorlog de onzekerheid over een mogelijk internationaal gezamenlijk militair ingrijpen. Tegelijkertijd werden in het Handvest van de Verenigde Naties de verdragsstaten verplicht om geschillen via vreedzame weg te beslechten (artikel 2 lid 3), terwijl geweld tussen staten werd verboden (artikel 2 lid 4).⁷¹ Een belangrijke uitzondering op het geweldverbod vormt het recht tot zelfverdediging als een verdragsstaat wordt aangevallen door een andere staat.⁷² Een belangrijke uitzondering op het geweldverbod vormt het recht tot zelfverdediging als een verdragsstaat wordt aangevallen door een andere staat.⁷³ Het bewerkstelligen van de staat van oorlog – al dan niet door middel van een oorlogsverklaring – doet nu op zijn minst voor de staat die hiertoe overgaat, het risico ontstaan als agressor te worden gebrandmerkt.⁷⁴

De grondwetgever van 1953 speelde, zoals reeds gezegd, in op de ontwikkelingen in het volkenrecht. Rekening houdende met de invoering van het geweldverbod binnen het volkenrecht was de commissie Van Eysinga van mening dat de oorlogsbepaling uit de Grondwet kon worden geschrapt.⁷⁵ De commissie

⁶⁸ Bijlage *Handelingen II* 1919-1920, 359 nr. 3, Bijlage II, zie ook Huart 1925, p. 53.

⁶⁹ Dat operaties in het kader van internationale samenwerking vandaag de dag niet onder oorlog vallen, zal blijken uit paragraaf 2.1.3.

⁷⁰ Besselink 2005, p. 146.

⁷¹ Leden 3 en 4 van artikel 2 van het Handvest luiden als volgt:

3. Alle Leden brengen hun internationale geschillen langs vreedzame weg tot een oplossing, op zodanige wijze dat de internationale vrede en veiligheid en de gerechtigheid niet in gevaar worden gebracht.

4. In hun internationale betrekkingen onthouden alle Leden zich van bedreiging met of het gebruik van geweld tegen de territoriale integriteit of de politieke onafhankelijkheid van een staat, en van elke andere handelwijze die onverenigbaar is met de doelstellingen van de Verenigde Naties.

⁷² Aldus artikel 57 van het Handvest:

Geen enkele bepaling van dit Handvest doet afbreuk aan het inherente recht tot individuele of collectieve zelfverdediging in geval van een gewapende aanval tegen een Lid van de Verenigde Naties, totdat de Veiligheidsraad de noodzakelijke maatregelen ter handhaving van de internationale vrede en veiligheid heeft genomen. Maatregelen die door de Leden zijn genomen bij de uitoefening van dit recht tot zelfverdediging dienen onverwijld ter kennis van de Veiligheidsraad te worden gebracht en tasten op geen enkele wijze de bevoegdheid en de verantwoordelijkheid van de Veiligheidsraad ingevolge dit Handvest aan om op enigerlei tijdstip over te gaan tot zulk optreden als hij nodig acht voor de handhaving of het herstel van de internationale vrede en veiligheid.

⁷³ Aldus artikel 57 van het Handvest:

Geen enkele bepaling van dit Handvest doet afbreuk aan het inherente recht tot individuele of collectieve zelfverdediging in geval van een gewapende aanval tegen een Lid van de Verenigde Naties, totdat de Veiligheidsraad de noodzakelijke maatregelen ter handhaving van de internationale vrede en veiligheid heeft genomen. Maatregelen die door de Leden zijn genomen bij de uitoefening van dit recht tot zelfverdediging dienen onverwijld ter kennis van de Veiligheidsraad te worden gebracht en tasten op geen enkele wijze de bevoegdheid en de verantwoordelijkheid van de Veiligheidsraad ingevolge dit Handvest aan om op enigerlei tijdstip over te gaan tot zulk optreden als hij nodig acht voor de handhaving of het herstel van de internationale vrede en veiligheid.

⁷⁴ Van Schooten 2008, p. 48.

⁷⁵ Zie Van Eysinga 1951, p. 13-14.

Van Schaik meende dat het voldoende was om het vereiste van toestemming van de Staten-Generaal voor het in oorlog verklaren te handhaven en daarop twee uitzonderingen te formuleren.⁷⁶ Uiteindelijk werden met de herziening van 1953 twee wijzigingen doorgevoerd. In de eerste plaats werd de constitutieve term *oorlog verklaren* vervangen door de declaratoire term *in oorlog verklaren*.⁷⁷ Het geweldverbod liet immers niet toe dat Nederland zelf juridisch oorlog kon verklaren, zodat er slechts ruimte overbleef voor de vaststelling van een door een ander land veroorzaakte feitelijke oorlogssituatie. In de tweede plaats werd een tweede lid aan het artikel 59 (oud) toegevoegd, waarin te lezen viel dat toestemming van de Staten-Generaal niet vereist was indien een bestaande oorlogstoestand overleg onmogelijk maakte.⁷⁸

Tijdens de algehele grondwetswijzigingen in 1983 heeft de grondwetgever besloten artikel 96 in de Grondwet te handhaven zonder een wezenlijk andere uitleg aan de bepaling te geven.⁷⁹ In 2000, tijdens de modernisering van de defensieartikelen, bleef artikel 96 geheel ongewijzigd. In feite hebben we op dit moment te maken met artikel 96 zoals dat in 1953 werd vastgesteld.

2.1.3 Huidige betekenis van artikel 96

Tijdens een gesprek met de Onderzoekscommissie NATO Response Force betoogde Besselink dat artikel 96 van de Grondwet vandaag de dag niet meer serieus wordt genomen, noch door de Tweede Kamer, noch door de regering.⁸⁰ Volgens Besselink is artikel 96 vanaf de oorlog in Korea en met name na de tweede Golfoorlog in de praktijk een dode letter geworden.⁸¹

Aan de hand van de tweede Golfoorlog wordt hieronder geïllustreerd hoe de betekenis van artikel 96 in de praktijk is uitgehold. De inzet van Nederlandse militaire eenheden en materieel gedurende de bevrijding van Koeweit in 1991 vond plaats zonder een voorafgaande oorlogsverklaring en dus zonder parlementaire toestemming.⁸² Deze gang van zaken was voor enkele organisaties en individuele burgers reden om een kort geding tegen de staat aan te spannen. De regering zou volgens de eisers een onrechtmatige daad hebben gepleegd, omdat deze besloten had deel te nemen aan de Golfoorlog zonder daarbij de democratische procedure van artikel 96 te gebruiken.⁸³ De kortgedingrechter maakte korte metten met dit standpunt, stellende dat artikel 96 niet van toepassing is 'voor het plegen van oorlogshandelingen, doch uitsluitend voor het in oorlog verklaren'.⁸⁴ De kortgedingrechter verwees in zijn vonnis naar een advies van de Raad van State uit 1985 waarin naar voren was gebracht dat – refererend aan de debatten tijdens de herziening van artikel 96 in 1953 – de toestemming van de Staten-Generaal niet vereist is voor het zenden van militaire eenheden en

⁷⁶ Staatscommissie tot herziening van de grondwet 1954, p. 152-153. Zie over de uitzonderingen ook Besselink 2005, p. 147-149.

⁷⁷ Van Schooten 2008, p. 51 en Van Schooten 2004, p. 173.

⁷⁸ *Kamerstukken II*, 1951-1952, nrs. 18 en 29.

⁷⁹ Slechts enkele redactionele aanpassingen werden verricht. Zie Besselink 2005, p. 152.

⁸⁰ Besselink in: 'Onderzoek NATO Response Force', *Kamerstukken II*, 2005-2006, 30 162, nrs. 4-5, p. 93.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Van Schooten 2001, p. 11, Besselink 2005, p. 154.

⁸³ President rechtbank 's-Gravenhage 11 januari 1991, Kort Geding 1991, 51, *Nederlandse jurisprudentie* 1993, 340.

⁸⁴ *Ibidem*.

wapens.⁸⁵ Voorts voerde de kortgedingrechter aan dat ‘de regering in de praktijk de Staten-Generaal toegezegd heeft met haar overleg te (zullen blijven) voeren over de Nederlandse betrokkenheid bij de Golfcrisis. Tegelijkertijd is er geen enkele reden om aan te nemen dat de regering en de Staten-Generaal hun uiteindelijke verantwoordelijkheid anders zullen wegen als de weg van artikel 96 van de Grondwet niet wordt bewandeld’.⁸⁶

De gevolgen van deze uitspraak waren groot. De Tweede Kamer liet indirect weten het eens te zijn met de uitspraak van de kortgedingrechter door een motie van GroenLinks met meerderheid van stemmen te verwerpen. De motie verwoordde dat nu de regering het besluit had genomen om Nederland te laten deelnemen aan een mogelijke oorlog tegen Irak, om deze reden artikel 96 van de Grondwet van toepassing is. Dit tot verbazing van de indienster van de motie die van mening was dat de Kamer zichzelf hiermee buiten spel zette in kwesties die gaan over oorlog en vrede en dat ‘Koning Lubbers’, de toenmalige minister-president, zelf de oorlog kon beginnen en naar believen kon kiezen of hij de Tweede Kamer zou informeren of consulteren.⁸⁷ De regering gebruikte op haar beurt de kernredenering⁸⁸ van de rechter – als er geen in-oorlog-verklaring is afgegeven, dan hoeft er geen parlementaire toestemming te worden gevraagd – meerdere malen als argument om artikel 96 van de Grondwet buiten toepassing te laten.⁸⁹ Illusterend hiervoor zijn de opmerkingen van Minister van Defensie De Grave over de deelname aan de ‘oorlog’ in Afghanistan: ‘Er is namelijk aan geen enkel land de oorlog verklaard. Artikel 96 is dus niet van toepassing. Er is wel sprake van een gewapend conflict.’⁹⁰ en van Minister van Defensie Kamp in verband met de operatie Enduring Freedom: ‘De Nederlandse bijdrage aan het optreden van internationale coalitie valt niet onder artikel 96 van de Grondwet. Er is immers geen sprake van een in-oorlog-verklaring op grond van artikel 96’.⁹¹ Voorts ontleent de regering aan de uitspraak van de rechter nog een argument, namelijk dat het raadplegen of informeren van het parlement in de praktijk het in onbruik raken van artikel 96 kan repareren. Vanaf deze uitspraak werd in de praktijk voor het gebruik van artikel 96 doorslaggevend of er een in-oorlog-verklaring werd afgegeven en niet of de regering voornemens was een besluit te nemen tot het uitzenden van militairen en het verrichten van feitelijke oorlogshandelingen. Dit lijkt een volkomen omdraaiing van de bedoeling van de grondwetsbepaling die in 1922 werd ingevoerd om de besluitvorming over internationale politieke aangelegenheden te democratiseren.⁹²

De huidige betekenis van artikel 96 van de Grondwet is marginaal te noemen. Niet alleen vanwege het veranderde karakter van de bepaling (van constitutief naar declaratoir), maar ook en vooral vanwege de manier waarop de regering de zeer beperkte kortgedingrechterlijke uitleg van artikel 96 als argument

⁸⁵ *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 290 B, p. 6. Besselink is van mening dat de rechter ten onrechte naar het advies van de Raad van State verwijst, zie Besselink 2005, p. 155.

⁸⁶ President rechtbank 's-Gravenhage 11 januari 1991, Kort Geding 1991, 51, *NJ* 1993, 340.

⁸⁷ *Handelingen II* 1990-1991, 40, p. 2666.

⁸⁸ Naast deze kernredenering, is er nog een belangrijke redenering in de uitspraak te vinden die het bereik en het gebruik van artikel 96 nog verder versmalt, namelijk het raadplegen of informeren van het parlement lijkt volgens de kantonrechter het feitelijk buiten toepassing laten van artikel 96 van de Grondwet te kunnen repareren.

⁸⁹ Besselink 2005, p. 155-156.

⁹⁰ *Handelingen I*, 5 februari 2002, 18, p. 924 middenkolom.

⁹¹ *Kamerstukken II* 2003-2004, 27 925, nr. 146, p. 2.

⁹² Zie: Besselink 2005, p. 156.

blijft gebruiken. Dit alles bij gebrek aan substantieel verzet van de Staten-Generaal. Waar in 1922 het inzetten van een internationale vredesmacht op grond van het Volkenbondverdrag nog een oorlog betekende, wordt nu juridisch geen oorlog meer gevoerd. Geen oorlogsverklaring betekent immers geen oorlog, artikel 96 blijft buiten toepassing en het parlement hoeft niet om toestemming te worden gevraagd. Artikel 96 van de Grondwet lijkt daarmee inderdaad een dode letter te zijn geworden.

2.1.4 Artikel 100: inlichtingenplicht

De inzet van de grondwetswijziging van 2000⁹³ was het moderniseren van de omschrijving van de taken van de krijgsmacht door deze aan te passen aan de zich steeds verder ontwikkelende internationale samenwerking. Dit om ervoor te zorgen dat de Nederlandse krijgsmacht een rol van betekenis kan blijven spelen. Deze taak van de krijgsmacht – handhaving en bevordering van de internationale rechtsorde – wordt expliciet vermeld in het nieuwe artikel 100 van de Grondwet, waarin de parlementaire betrokkenheid bij het inzetten van de krijgsmacht in het kader van internationale operaties is geregeld.

Artikel 100 van de Grondwet luidt als volgt:

1. De regering verstrekt de Staten-Generaal vooraf inlichtingen over de inzet of het ter beschikking stellen van de krijgsmacht ter handhaving of bevordering van de internationale rechtsorde. Daaronder is begrepen het vooraf verstrekken van inlichtingen over de inzet of het ter beschikking stellen van de krijgsmacht voor humanitaire hulpverlening in geval van gewapend conflict.
2. Het eerste lid geldt niet, indien dwingende redenen het vooraf verstrekken van inlichtingen verhinderen. In dat geval worden inlichtingen zo spoedig mogelijk verstrekt.

Het debat over de totstandkoming van artikel 100 is gevoerd los van concrete beslissingen of voornemens tot het uitzenden van militaire eenheden en is geïnitieerd door de Kamerleden die van mening waren dat de rol van het parlement niet helder genoeg was. Tijdens een Kameroverleg in het begin van de jaren negentig over een notitie van de Minister van Defensie over de Nederlandse militair-operationele ervaringen, stelde Kamerlid Van Traa van de PvdA dat de regering zou moeten uitspreken dat voor elke inzet van de Nederlandse krijgsmacht buiten het NAVO-verdragsgebied instemming van het parlement vereist is.⁹⁴ Kamerlid Van Middelkoop van de GVP, thans Minister van Defensie van de CU, vond ook dat de Kamer ‘formeel en nadrukkelijk’ betrokken moest worden bij de besluitvorming omtrent uitzendingen van militairen.⁹⁵ Tijdens de behandeling van de Prioriteitennota in mei 1993 bracht Van Middelkoop het

⁹³ Het wetsvoorstel aangaande de modernisering van de defensieartikelen werd met meerderheid van stemmen aangenomen op 20 juni 2000 (*Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 243, nrs. 1 en 2) en heeft geleid tot de Rijkswet van 22 juni 2000 tot verandering in de grondwet van de bepalingen inzake de verdediging, *Stb.* 2000, 294.

⁹⁴ *Kamerstukken II*, 1991-1992, 22 300 X, nr. 88, p. 3.

⁹⁵ *Kamerstukken II*, 1991-1992, 22 300 X, nr. 88, p. 6.

onderwerp van parlementaire betrokkenheid weer ter sprake. Hij pleitte voor een sterke formele basis voor de reeds gegroeide staatsrechtelijke praktijk waarin de regering met de Tweede Kamer in overleg treedt en de Kamer inlichtingen verschaft.⁹⁶ De regering reageerde met een notitie waaruit bleek dat ze niet voornemens was om de ongeschreven regels te codificeren aangezien het parlement, aldus de regering, reeds genoeg mogelijkheden tot betrokkenheid bij uitzendingen had.⁹⁷ In deze afwijzende houding van de regering zag Van Middelkoop reden om een motie in te dienen die op 21 december 1994 met zeer ruime meerderheid werd aangenomen.⁹⁸ De strekking van de motie was het garanderen van een formeel instemmingsrecht voor het parlement bij de uitzendingen van de krijgsmacht. De regering antwoordde op de motie met het zogenaamde Toetsingskader.⁹⁹ Het Toetsingskader is echter niet meer dan een lijstje met aandachtspunten dat kan fungeren als een politiek niet bindend instrument waaraan de besluiten en voornemens tot uitzendingen kunnen worden getoetst. Echte criteria om uiteindelijk ja of nee te zeggen bevat het Toetsingskader echter niet.¹⁰⁰ Volgens Besselink en Bovend'Eert is de betekenis van het Toetsingskader zeer beperkt, omdat het feitelijk slechts als toelichting van de regeringsbesluiten dient en dus informatieverschaffend is en het verder geen enkele bindende juridische status heeft.¹⁰¹ De regering was echter van mening dat het Toetsingskader aansloot bij de 'hier geldende staatsrechtelijke praktijk van informatieverschaffing en gemeen overleg tussen de regering en het parlement'¹⁰² en daarmee voldoende antwoord bood op de motie van Van Middelkoop.

Ondanks de hoge inzet heeft het parlement uiteindelijk ingestemd met de codificatie van een informatierecht. Over wat dit informatierecht in algemene zin behelst, lopen de meningen uiteen.¹⁰³ De Raad van State en enkele staatsrechtjuristen zijn kritisch en stellen dat de regering, mits deze de Staten-Generaal informeert, alsnog eenzijdig kan beslissen om de krijgsmacht in te zetten en er dus noch van een materieel instemmingsrecht, noch van een medebeslissingsrecht sprake is.¹⁰⁴ De regering heeft met heldere bewoording betoogd dat er sprake is van een in de praktijk geldend materieel instemmingsrecht.¹⁰⁵ Tevens laat de regering duidelijk weten geen voorstander te

⁹⁶ *Handelingen II*, 1992-1993, 28, p. 4968.

⁹⁷ *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23 591, nr. 1.

⁹⁸ Alleen de VVD en de CD stemden tegen de motie. Zie *Kamerstukken II*, 1994-1995, 23 591, nr. 2. De motie luidde als volgt:

Overwegende, dat in het licht van de ingrijpend gewijzigde internationale omstandigheden en betrokkenheid van het parlement bij de uitzending van militaire eenheden bijzonder aandacht verdient;

Verzoekt de regering een regeling voor te bereiden waarin is vastgesteld dat het parlement bij uitzendingen van militaire eenheden een formeel instemmingsrecht wordt verleend.

⁹⁹ *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23 591, nr. 3.

¹⁰⁰ Besselink 2005, p. 160.

¹⁰¹ 'Onderzoek NATO Response Force', *Kamerstukken II*, 2005-2006, 30 162, nrs. 4-5, p. 94.

¹⁰² *Kamerstukken II*, 23 591, nr. 6, p. 10.

¹⁰³ Zie voor een overzicht: Rapport 'Onderzoek NATO Response Force', *Kamerstukken II*, 2005-2006, 30 162, nrs. 2-3, p. 15-18.

¹⁰⁴ Zie voor de opvatting van de Raad van State zijn advies: *Kamerstukken II*, 1996-1997, 25 367 (R1593) B, p. 3. Zie voor het kritische commentaar van Bovend'Eert en Besselink het verslag van hun gesprek met de onderzoeksgroep NATO Response Force op 3 oktober 2005, *Kamerstukken II*, 2005-2006, 30 162, nr. 5, p. 90-99. Zie uitgebreider: Bovend'Eert 1999, Bovend'Eert 2008, Besselink 2001 en Besselink 2005.

¹⁰⁵ De regering stelt: 'De facto heeft de Kamer instemmingsrecht, maar formeel gesproken ligt dat inderdaad anders en dat is aan de orde bij de motie- Van Middelkoop. De regering is de opvatting

zijn van een ‘overmatige juridisering van het politieke debat met het parlement over deze materie’.¹⁰⁶ Zelfs Van Middelkoop vindt dat het van doorslaggevend belang is dat de informatieplicht van artikel 100 van de Grondwet door de regering en het parlement in de politieke praktijk wordt gezien en ervaren als een instemmingsrecht. De juristen hoeven zich niet ongerust te maken, in de praktijk gaat het zoals de juristen zouden willen, lijkt Van Middelkoop te suggereren in een reactie op Bovend’Eert:

*Bij elke uitzending worden debatten gehouden aan het eind waarvan als een vaste routine aan alle fracties wordt gevraagd of zij met deze concrete uitzending kunnen instemmen. Geen minister zal het in zijn hoofd halen tegen deze parlementaire procedure te protesteren omdat er geen instemmingsrecht zou bestaan. De jurist Bovend’Eert zal ook van een politicus willen aannemen dat de aard van dergelijke besluiten als de inzet van militairen in risicovolle situaties het kabinet verplicht een zo breed mogelijk parlementair draagvlak te zoeken. Dat gebeurt dan ook door ook nadrukkelijk de steun van de oppositie te vragen (...).*¹⁰⁷

In navolging van Bovend’Eert, wordt hier tegen Van Middelkoop ingebracht dat de politieke praktijk aan verandering onderhevig is en dat artikel 100 van de Grondwet alle ruimte biedt voor verandering. De regering is er immers rechtens niet aan gehouden om instemming van de Staten-Generaal te vragen en kan de militairen uitzenden tegen de wil van het parlement in.¹⁰⁸ Een constitutionele waarborg voor voldoende zeggenschap van het parlement ontbreekt simpelweg.

2.1.5 De betekenis van artikel 100

De strekking van artikel 100 van de Grondwet is beperkt te noemen. Immers, aan de daarin vervatte plicht is voldaan op het moment dat de regering over uitzendingen van troepen enige informatie verschaft. De regering zal de Tweede Kamer wellicht in de gelegenheid stellen een politiek standpunt kenbaar te maken, maar kan de standpunten naast zich neerleggen. Een parlementair instemmingsrecht zou echter passen binnen de bestaande constitutionele verhoudingen tussen regering en parlement.¹⁰⁹ De werking van artikel 100 is verder beperkt doordat de regering verklaard heeft dat artikel 100 niet van toepassing is op niet-vrijwillige uitzendingen waartoe Nederland uit hoofde van WEU- of NAVO-verdrag verplicht is.¹¹⁰ Voor de argumenten tegen deze wordt verwezen naar Besselink.¹¹¹ De Onderzoeksgroep *NATO Response Force* lijkt de visie van Besselink te hebben overgenomen en stelt dat de procedure van artikel

toegedaan dat dit gewoonterecht als constituerende factor voor de staatsrechtelijke praktijk niet te laag mag worden gewaardeerd. (...) De regering heeft geen enkele reden om te twijfelen aan de kwaliteit van de parlementaire debatten over uitzending. De Kamer heeft ook geen enkele reden om te twijfelen aan haar inbreng in de besluitvorming daaromtrent. De belangrijke vraag is of de introductie van een formeel instemmingsrecht de praktijk niet teveel verstoort.’ Zie: *Kamerstukken II*, 23 591, nr. 6, p.10.

¹⁰⁶ *Kamerstukken II*, 2001-2002, 23 591, nr. 8, p. 5.

¹⁰⁷ Van Middelkoop 1998, p. 2023.

¹⁰⁸ Bovend’Eert 1998-a, p. 2023-2024.

¹⁰⁹ Beargumenteed door Bovend’Eert, zie Bovend’Eert 1998, p. 1597-1598. Zie ook Bovend’Eert 2008, p. 30.

¹¹⁰ *Kamerstukken II*, 2000-2001 23 591 en 26 454, nr. 7, p. 3.

¹¹¹ Besselink 2001, p. 1883-1887.

100 van toepassing zou moeten zijn op alle vormen van inzet van de Nederlandse krijgsmacht bij militaire operaties buiten het grondgebied van het Koninkrijk.¹¹²

In de dagen na 11 september 2001 werd in NAVO-verband besloten dat er zich een geval van artikel 5¹¹³ van het NAVO-Verdrag voordeed. Operatie *Enduring Freedom* in Afghanistan werd zo ingeluid. De beslissing werd genomen binnen 24 uur na de aanslagen en op 14 november was Kabul in handen van de Noordelijke Alliantie en de Amerikanen.¹¹⁴ Artikel 96 was reeds in een vroeg stadium door de hiervoor geciteerde opmerking van minister Kamp opzij gezet; het ging immers niet om een oorlog, maar om een gewapend conflict.¹¹⁵ De regering heeft, bij monde van de minister-president, geclaimd dat artikel 100 van de Grondwet geen betrekking heeft op collectieve zelfverdediging en als er een verdragsverplichting tot samenwerking bestaat.¹¹⁶ De regering verklaarde ook dat de rechtsgrond voor Nederlandse deelname aan *Enduring Freedom* lag in het recht op zelfverdediging, dat Nederland op grond van artikel 51 Handvest heeft en op artikel 5 van het NAVO-verdrag dat Nederland verplicht om militaire ondersteuning te bieden. Door te stellen dat deze vorm van internationale zelfverdediging niet zou vallen onder de ‘handhaving en bevordering van internationale rechtsorde’ waarvoor artikel 100 de procedure regelt – hetgeen een weinig overtuigend argument is – en door te stellen dat er bij zelfverdediging geen sprake is van oorlog – ook al wordt zelfverdediging zelfs in het Handvest van de Verenigde Naties als rechtvaardiging voor oorlog gezien – omdat er geen in-oorlog-verklaring is afgegeven, schakelt de regering in één klap de werking van artikel 96 en artikel 100 van de Grondwet uit en zet het parlement volledig buiten spel.

In 2005, tijdens de debatten over de verlenging van de Nederlandse bijdrage aan *Enduring Freedom*, waren alle grote partijen van mening dat artikel 100 van de Grondwet toegepast moest worden, terwijl de regering zich bleef beroepen op artikel 51 van het Handvest en artikel 5 NAVO-Verdrag.¹¹⁷ De regering beriep zich echter ook op artikel 97 van de Grondwet, hetgeen geen formele inlichtingenplicht behelst, maar ze verklaarde zich bereid het parlement

¹¹² Zie voor de conclusies van de onderzoeksgroep: ‘Onderzoek NATO Response Force’, *Kamerstukken II*, 2005-2006, 30 162, nrs. 2-3, p. 69-71.

¹¹³ Artikel 5 van het NAVO-Verdrag luidt als volgt:

De partijen komen overeen dat een gewapende aanval tegen een of meer van hen in Europa of Noord-Amerika als een aanval tegen hen allen zal worden beschouwd; zij komen bijgevolg overeen dat, indien zulk een gewapende aanval plaatsvindt, ieder van hen de aldus aangevallen partij of partijen zal bijstaan, in de uitoefening van het recht tot individuele of collectieve zelfverdediging erkend in Artikel 51 van het Handvest van de Verenigde Naties, door terstond, individueel en in samenwerking met de andere partijen, op te treden op de wijze die zij nodig oordeelt met inbegrip van het gebruik van gewapend geweld om de veiligheid van het Noord-Atlantische gebied te herstellen en te handhaven.

Elke gewapende aanval van deze aard en alle genomen maatregelen als gevolg daarvan, zullen onmiddellijk ter kennis gebracht worden van de veiligheidsraad. Deze maatregelen zullen beëindigd worden wanneer de veiligheidsraad de noodzakelijke maatregelen zal genomen hebben om de vrede en de internationale veiligheid te herstellen en te bewaren.

¹¹⁴ Rapport ‘Onderzoek NATO Response Force’, *Kamerstukken II*, 2005-2006, 30 162, nrs. 2-3, p. 65.

¹¹⁵ Minister Kamp: ‘De Nederlandse bijdrage aan het optreden van internationale coalitie valt niet onder artikel 96 van de Grondwet. Er is immers geen sprake van een in-oorlog-verklaring op grond van artikel 96’. Zie: *Kamerstukken II* 2003-2004, 27 925, nr. 146, p. 2.

¹¹⁶ *Handelingen II*, 2001-2002, 2, p.22. Zie tevens Besselink 2005, p. 164-165.

¹¹⁷ *Handelingen II*, 2004-2005, 56.

toch te informeren.¹¹⁸ Dat de regering probeert het gebruik en daarmee de toch al geringe betekenis van artikel 100 te marginaliseren, blijkt ook uit de gang van zaken omtrent de Nederlandse deelname aan *International Security Assistance Force* (ISAF) in Afghanistan. De regering claimde toen het parlement niet te hoeven informeren volgens artikel 100 van de Grondwet, nu er geen sprake was van een besluit maar van een *voornemen* tot een besluit.¹¹⁹ Een maand later werd gesproken over de *bereidheid* om deel te nemen aan ISAF.¹²⁰ Deze onduidelijkheid van de regering over de status van de besluitvorming was voor de kamerleden Van Aartsen (VVD) en Bos (PvdA) de aanleiding om een motie in te dienen waarin de regering wordt verzocht ‘in voorkomende gevallen de Kamer slechts op basis van een eenduidig besluit een verzoek tot instemming met de uitzending van militairen op basis van artikel 100 van de Grondwet voor te leggen’.¹²¹ Opmerkelijk is dat de motie rept over instemming op basis van artikel 100. Wellicht refereren de indieners aan de gevoerde politieke praktijk, maar het is reeds vastgesteld dat in artikel 100 geen instemmingrecht is vervat.

2.1.6 Verschuivende betekenissen

Bij de beschrijving van de historische ontwikkeling van artikel 96 is gebleken dat in 1922 het inzetten van militairen op grond van een collectieve Volkenbondactie – hetgeen te vergelijken is met het inzetten van een internationale vredesmacht vandaag de dag – nog als oorlog werd beschouwd. In die tijd werd ook ‘de oorlog verklaard’, maar vanaf de Tweede Wereldoorlog en het Handvest van de Verenigde Naties kan slechts ‘in oorlog’ worden verklaard. Vanaf de Tweede Wereldoorlog is door bijna geen staat jegens een andere staat een oorlogsverklaring afgegeven, terwijl tegelijkertijd vijandigheden tussen de staten, in uiteenlopende mate van hevigheid, zich veelvuldig hebben voorgedaan en nog steeds voordoen, zonder dat men deze als ‘oorlog’ in juridische zin aanmerkt. De ontwikkeling van het verbod op interstatelijk geweld binnen het internationale recht heeft zoals reeds gezegd bijgedragen aan de ingrijpende verandering in de betekenis van de juridische begrippen ‘staat van oorlog’ en ‘oorlogsverklaring’. Oorlog verklaren bracht het risico met zich mee als agressor te worden gebrandmerkt. De operaties waarin feitelijke oorlogshandelingen plaatsvinden, worden vooral na 11 september 2001 aangeduid als ‘gewapende conflicten’, ‘politieacties’, ‘vredesoperaties’, ‘opbouwoperaties’, ‘operationele omstandigheden’ etc. Hoewel de letterlijke tekst van artikel 96 ongewijzigd bleef, lijkt de betekenis van het begrip ‘oorlog’ fundamenteel te zijn veranderd.¹²² Het scherpe Grotiaanse onderscheid tussen oorlog en vrede lijkt met de ontwikkeling van de categorie ‘gewapend conflict’ problematisch te zijn geworden. ‘Gewapend conflict’ lijkt immers noch een toestand van oorlog noch een van vrede te zijn, maar zich als een *status mixtus* te hebben ontwikkeld tussen oorlog en vrede in.¹²³ Deze nieuwe terminologie¹²⁴ verhuult het feitelijke bestaan van oorlogsvoering en creëert een categorie ‘oorlogssituaties’ waarvan de juridische status en

¹¹⁸ *Idem*, p. 3661.

¹¹⁹ *Kamerstukken II*, 2005-2006, 27 925, nr. 193.

¹²⁰ *Kamerstukken II*, 2005-2006, 27 925, nr. 197.

¹²¹ *Kamerstukken II*, 2005-2006, 27 925, nr. 203.

¹²² Van Schooten 2008, p. 65.

¹²³ *Idem*, p. 66.

¹²⁴ Gedoeld wordt op de termen: ‘gewapende conflicten’, ‘politieacties’, ‘vredesoperaties’, ‘opbouwoperaties’, ‘operationele omstandigheden’ etc.

consequenties niet helder zijn.¹²⁵ Naast deze juridische gevolgen heeft deze verschuiving van de betekenis van ‘oorlog’ en daarmee samenhangend de gemarginaliseerde betekenis van artikel 96 van de Grondwet ook fundamentele gevolgen voor de parlementaire betrokkenheid bij het nemen van zulke ingrijpende beslissingen. Het in 2000 ingevoerde artikel 100 van de Grondwet, dat toegepast moet worden bij het nemen van beslissingen over het uitzenden van Nederlandse militairen in het kader van internationale vredesoperaties, eist immers geen parlementaire goedkeuring, maar volstaat met het tijdig informeren van het parlement. Ook heeft artikel 100 een beperkte betekenis, blijkens de manier waarop de regering in de praktijk er onderuit probeert te komen door het zo uit te leggen dat het uitzenden in het kader van verplichte internationale samenwerking er niet onder valt. Omdat de term ‘oorlog’ en daarmee het democratisch sterke¹²⁶ artikel 96 in onbruik is geraakt, terwijl voor andere feitelijke oorlogshandelingen artikel 100 gebruikt wordt dat democratisch zwakker is, lijkt de invloed van de democratische instituties op dit voor de burgers zeer ingrijpende gebied van het inzetten van militairen sterk te zijn gereduceerd. Het principe van democratie, dat in een rechtsstaat o.a. weerstand moet bieden aan arbitrair politiek overheids handelen, lijkt in de marginaliteit te zijn gedrukt.

2.2 Democratische legitimatie

Na deze weergave van de totstandkoming van de artikelen 96 en 100 van de Grondwet en hun praktische toepassing en betekenis, wordt in deze paragraaf gepoogd om een antwoord te geven op de vraag naar de mate van democratische legitimatie of controle op de beslissingen die op grond van deze artikelen worden genomen.

2.2.1 Democratisch deficit

Uit het voorgaande is gebleken dat er met betrekking tot de beslissingen over het uitzenden van Nederlandse militairen sprake is van het ontbreken van parlementaire instemming. Artikel 96 is mede dankzij de uitspraak van de kortgedingrechter in onbruik geraakt, terwijl artikel 100, dat reeds beperkter is omdat het geen instemming vereist, door de regering nog beperkter wordt uitgelegd en gepraktiseerd. De regering kan namelijk ook achteraf informeren nadat een besluit om uit te zenden al is genomen en de regering zich internationaal reeds gebonden heeft. Tevens verplicht artikel 100 de regering slechts om het parlement in te lichten dat een besluit is genomen en niet over het hoe en waarom.

Enkele staatsrechtgeleerden spreken in dit verband van een democratisch deficit. Het parlement heeft namelijk niets te zeggen over de beslissingen van de regering om de krijgsmacht in te zetten, ook niet als de uitzendingen resulteren in conflicten waarbij er feitelijke oorlogshandelingen plaatsvinden.¹²⁷ Besselink

¹²⁵ De onduidelijke juridische status van bijv. vredesoperatie kan geïllustreerd worden aan de hand van de zaak Erik O. waarin de vraag aan de orde was welk wettelijk kader voor de militaire operatie in Irak geldt, het algemene commune strafrecht (aldus het Openbaar Ministerie) of de militaire (oorlogs) Rules of Engagement (aldus de rechters). Voor de uitspraken in deze zaak zie: Rechtbank Arnhem, 18 oktober 2004, *LJN* AR4029 en Hof Arnhem, 4 mei 2005, *LJN* AT4988. Zie voor een analyse paragraaf 3.3.1 van deze studie.

¹²⁶ Parlementaire goedkeuring is vereist.

¹²⁷ Van Schooten 2004, p. 128.

concludeert in zijn artikel: ‘Uiteindelijk heeft het parlement aanzienlijk aan *constitutionele beslissingsmacht* ingeboet, maar tevens zal het in beslissende gevallen *evenmin politieke zeggenschap* kunnen uitoefenen’.¹²⁸ Van Schooten concludeert het volgende: ‘Geconcludeerd kan worden dat het ideaal van het VN Handvest om de wereld te pacificeren door de introductie van het geweldverbod, uiteindelijk niet is geresulteerd in een vreedzame wereldgemeenschap. In tegendeel, conflicten tussen staten gaan door, echter onder andere namen en op grond van *sterk verminderde parlementaire betrokkenheid*’.¹²⁹ In een ander artikel, geschreven met Werner, sluit Van Schooten af met de volgende woorden: ‘In conclusion, we can state that the constitutional practice in the Netherlands is far removed from the Kantian ideal of *democratic control on the decisions to use force* in international relations’.¹³⁰ Bovend’Eert formuleert zijn conclusie als volgt: ‘Zoals in een *democratische rechtsstaat conform het legaliteitsbeginsel* burgers bindende (belastende) regels een wettelijke grondslag behoeven, in die zin dat zij *berusten op een besluit van de volksvertegenwoordiging*, zo ligt het voor de hand dat een voor de burgers en voor de Nederlandse samenleving ingrijpend besluit als de inzet van strijdkrachten eenzelfde *democratische legitimatie* behoeft’.¹³¹

De argumentaties en daarmee de conclusies van deze juristen komen op hetzelfde neer en zouden als volgt kunnen worden samengevat: doordat het parlement ingeboet heeft aan constitutionele betrokkenheid en beslissingsmacht in het kader van besluiten omtrent het uitzenden van militairen en doordat het evenmin feitelijk politieke zeggenschap heeft, is de democratische legitimatie van en democratische controle op deze beslissingen sterk verminderd. Dit staat op gespannen voet met het legaliteitsbeginsel, dat in een democratische rechtsstaat van wezenlijk belang is. Anders gezegd, het ontbreken van parlementaire beslissingsmacht om militairen uit te zenden, resulteert automatisch in een tekort aan democratische legitimatie van die uitzendingen. Dat deze beslissingen van groot politiek en maatschappelijk (zowel nationaal als internationaal) gewicht zijn, maakt een gebrek aan democratische controle en legitimatie onacceptabel.

2.2.2 *Veranderde volkswil*

Tegen de kritiek op de reductie van de betrokkenheid van het parlement bij uitzendingen van militairen zou aangevoerd kunnen worden dat de grondwettelijk vastgestelde procedure, tot uitdrukking gebracht in het artikel 100 zelf, het resultaat is van een zware en langdurige democratische procedure voor constitutionele herzieningen en dat deze vorm van beperking van parlementaire betrokkenheid door het parlement zelf is goedgekeurd. Artikel 100 van de Grondwet geeft dus uiting aan wat het parlement (en indirect het volk) wil en daarmee is de procedure uit artikel 100 democratisch legitiem. De parlementaire wil, alsmede de volkswil zijn echter aan verandering onderhevig. Hetgeen in 1998 en 2000 als redengevend werd ervaren, hoeft in 2007 niet langer relevant te zijn. Het zijn met name de ontwikkelingen na 11 september 2001 die tot een operatie in Irak en Afghanistan hebben geleid. Het verloop van en de besluitvorming over deze gevaarlijke operaties en de toegenomen angst voor het terrorisme vormden in

¹²⁸ Besselink 2005, p. 171. (Mijn cursivering, A.K.)

¹²⁹ Van Schooten 2008, p. 66. (Mijn cursivering, A.K.)

¹³⁰ Van Schooten & Werner 2002, p. 61. (Mijn cursivering, A.K.)

¹³¹ Bovend’Eert 1998, p. 1599. (Mijn cursivering, A.K.) Zie tevens Bovend’Eert 2008, p. 31.

2000 geen argumenten in het debat, maar zouden nu wellicht meer gewicht in de schaal leggen.

De veranderde volkswil komt in een democratie niet alleen tot uiting in de debatten in de media en op straat, maar ook en vooral in het kiezen van een nieuwe volksvertegenwoordiging en indirect van een nieuwe regering. Het is juist deze nieuwe regering Balkenende IV die in het regeerakkoord voor een parlementaire instemming pleit. De regering schrijft:

Nederland stemt het veiligheidsbeleid af op de nieuwe situatie in de wereld en richt zich op vredesoperaties, op bestrijding van terrorisme, op conflictpreventie en op wederopbouw. Een adequaat volkenrechtelijk mandaat is vereist bij deelname aan operaties met inzet van Nederlandse militairen. Het z.g. Toetsingskader is leidraad bij de besluitvorming, waarbij parlementaire instemming verzekerd is.¹³²

Opmerkelijk aan deze uitspraak is vooral de laatste zin, waarin verwezen wordt naar het Toetsingskader als leidraad bij de besluitvorming, waarbij parlementaire instemming *verzekerd* zou zijn. Het is onduidelijk wat de nieuwe regering met de laatste zin bedoelt. Als ze van mening is dat het Toetsingskader als leidraad kan dienen doordat het bepaalde factoren noemt die in de afweging van de Staten-Generaal betrokken kunnen worden alvorens ze hun instemming geven, dan is de lijst van aandachtspunten uit het Toetsingskader daarvoor geschikt. Indien de nieuwe regering echter meent dat door het nalopen van punten uit de Toetsingskader automatisch sprake is van een parlementaire instemming, is dat een onjuiste gedachte. De weinig bepalende en niet dwingende status van het Toetsingskader is reeds aan de orde geweest. Verder valt de formulering ‘adequaate volkenrechtelijk mandaat’ op. Door het woordje ‘adequaate’ wordt gesuggereerd dat er naast adequate ook niet-adequate of andere soorten mandaten bestaan. Volkenrechtelijk gezien is een gewapend optreden slechts geoorloofd in geval van zelfverdediging of op basis van een expliciet besluit van de Veiligheidsraad. Wat de regering onder ‘adequaate’ verstaat is de vraag. Het is op dit moment nog onduidelijk in hoeverre de huidige regering met de opmerking uit het regeerakkoord bedoelt dat zij zich expliciet wil bezighouden met een herbezinning op en een eventuele wijziging van artikel 100 van de Grondwet.¹³³ Op dit moment kan echter wel worden vastgesteld dat uit de laatste zin duidelijk blijkt dat de nieuwe regering zich een voorstander van parlementaire instemming inzake uitzendingen toont, hetgeen afwijkt van het regeringsstandpunt uit 2000. Ook blijkt uit het gegeven citaat dat de nieuwe regering oog heeft voor het feit dat een constitutionele waarborg voor voldoende zeggenschap van het parlement bij de inzet van strijdkrachten op dit moment in het juridische stelsel ontbreekt.

Toch blijkt uit de politieke praktijk van deze nieuwe regering Balkenende IV over de verlenging van de ISAF in Afghanistan, dat deze in het regeerakkoord neergelegde vereiste van parlementaire instemming bij Nederlandse deelname aan

¹³² Coalitieakkoord ‘Samen Werken, Samen Leven’, *Kamerstukken II*, 2006-2007, 30 891, nr. 4, p. 11.

¹³³ In hetzelfde regeerakkoord staat wel te lezen dat de regering voornemens is een staatscommissie in te stellen die advies zal uitbrengen over een herziening van de Grondwet. Zie coalitieakkoord ‘Samen Werken, Samen Leven’, *Kamerstukken II*, 2006-2007, 30 891, nr. 4, p. 37. In een reactie op het rapport van de Nationale Conventie heeft minister Ter Horst de komst van deze staatscommissie bevestigd. Zie voor het rapport: *Kamerstukken II*, 2007-2008, 30 184, nr. 12. en voor de reactie van de minister: *Kamerstukken II*, 2007-2008, 30 184, nr. 14. Zie tevens NRC Handelsblad 27 februari 2008, p. 3.

uitzendingen zich niet eenvoudig naar de praktijk laat vertalen. Op 30 november 2007 heeft de regering haar besluit om de Nederlandse bijdrage aan de ISAF na 1 augustus 2008 voor twee jaar te verlengen door middel van een artikel-100 brief naar de Tweede Kamer gecommuniceerd.¹³⁴ Opmerkelijk is dat de regering zelf in haar brief stelt de Kamer hiermee te willen informeren op grond van artikel 100 van de Grondwet. Over instemming wordt met geen woord gerept. De regering schrijft aan de Kamer: 'Hierbij informeren wij u op grond van artikel 100 van de Grondwet over de uitkomsten van dit onderzoek.'¹³⁵ Het onderzoek waar de regering naar refereert ging over de wenselijkheid en mogelijkheden van het blijven leveren van een bijdrage aan de ISAF na 1 augustus 2008.¹³⁶ Een paar alinea's verder spreekt de regering over 'het genomen besluit' als uitkomst van dit onderzoek.¹³⁷ In het vervolg van de brief wordt aan de Kamer medegedeeld wat het besluit van de regering is en op welke gronden dit besluit is genomen.

Uit het Kamerdebat, gevoerd op 18 december 2007 naar aanleiding van deze brief, blijkt de onder de Kamerleden heersende verwarring over de betekenis van artikel 100 in het algemeen en deze brief in het bijzonder. Ter illustratie volgen hieronder de wisselende reacties van de politieke partijen op de artikel-100 brief.¹³⁸ Kamerlid Van Baalen ziet de brief als een vraag om instemming van het kabinet en spreekt uit dat de VVD-fractie instemt met de missie. Van Baalen is niet de enige die deze brief als vraag om instemming interpreteert. Ook de woordvoerders van CDA, SGP en CU verklaren dat hun fractie instemt met de verlenging van de missie, terwijl de PVV-fractie meedeelt niet in te willen stemmen met de missie. Enkele andere partijen zien de brief niet als een vraag om instemming maar eerder als een aanleiding om hun politieke standpunt omtrent het besluit duidelijk te maken. De PvdA-fractie spreekt haar steun uit aan de nieuwe missie, terwijl de PvdD geen steun aan de verlenging van de missie verleent en Groen Links zich van steun aan deze – in hun ogen – 'vechtmis­sie' onthoudt. Ook de fractievoorzitter van de SP, Marijnissen, verklaart dat zijn fractie geen steun kan geven aan de missie en dient een motie¹³⁹ in, waarin hij vraagt om beëindiging van de Nederlandse deelname in Afghanistan. De D66-er Pechtold gaat nog een stapje verder door te betogen dat de Kamer hier te maken heeft met een missie in oorlogsgebied en dat derhalve niet de regering maar de Kamer zelf het uiteindelijke besluit zou moeten nemen. Pechtold spreekt zich vervolgens uit tegen het besluit van de regering en verleent zijn steun aan de motie van Marijnissen. Lid Verdonk was bij het debat afwezig.

Uit deze gang van zaken blijkt in de eerste plaats dat de regering Balkenende IV in artikel 100 van de Grondwet slechts een verplichting ziet om door middel van een artikel-100 brief de Tweede Kamer te informeren over het genomen besluit. Een (eenduidig) verzoek tot instemming is in de brief niet te vinden. Tevens blijkt hieruit dat onder de Kamerleden zelf over de betekenis van artikel 100 van de Grondwet verschillend wordt gedacht. Waar sommige fracties de brief zien als een verzoek tot instemming, zien andere fracties deze slechts als aanleiding om hun politieke standpunt over de Nederlandse deelname aan ISAF

¹³⁴ *Kamerstukken II*, 2005-2006, 27 925, nr. 279.

¹³⁵ *Kamerstukken II*, 2005-2006, 27 925, nr. 279, p. 3

¹³⁶ *Kamerstukken II*, 2005-2006, 27 925, nr. 264.

¹³⁷ *Kamerstukken II*, 2005-2006, 27 925, nr. 279, p.3.

¹³⁸ Zie voor het gehele debat: *Handelingen II*, 2006-2007, 37.

¹³⁹ Deze motie van Marijnissen werd tijdens de stemming 2 dagen na het debat gesteund door SP, D66, Groen Links, PVV, PvdD en lid Verdonk met als resultaat de verwerping van de motie met meerderheid (98 tegen 42) van stemmen. Zie: *Handelingen II*, 2006-2006, 39.

kenbaar te maken. Het kabinet kan deze standpunten naast zich neerleggen. Het besluit is immers reeds door het kabinet genomen. De vraag is echter wel wat de gevolgen zouden zijn geweest als de motie van Marijnissen aangenomen was en als de meerderheid van de Kamer van de regering geëist zou hebben om te besluiten de operatie niet te verlengen. Mijn voorspelling is dat een dergelijke motie het besluit van de regering niet ongedaan zou kunnen maken, zodat de operatie gewoon zou worden verlengd. Mogelijk zou het een en ander gevolgen kunnen hebben voor het voortbestaan van deze regering, maar mijns inziens zou de operatie in Afghanistan doorgaan tot het nieuwe kabinet een besluit zou nemen om de operatie alsnog te beëindigen.

2.2.3 *Onacceptabel democratisch deficit?*

Ook al kan uit het regeerakkoord worden afgeleid dat de nieuwe regering zich een voorstander van parlementaire instemming inzake uitzendingen toont en dat de regering oog heeft voor het feit dat een constitutionele waarborg voor voldoende zeggenschap van het parlement bij de inzet van strijdkrachten op dit moment in het juridische stelsel ontbreekt, toch heeft het regeerakkoord er vooralsnog niet toe geleid dat de praktische betekenis van artikel 100 veranderd is. Ook zijn er vooralsnog geen voorstellen gedaan om de woordelijke inhoud van artikel 100 zo te veranderen dat parlementaire instemming bij (nieuwe) uitzendingen grondwettelijk verzekerd is. Of deze voorstellen gedurende de kabinetsperiode van Balkenende IV nog komen, is op dit moment nog niet bekend. Ook is nog niet bekend hoe de regering in de toekomst om zal gaan met nieuwe operaties. Vooralsnog lijkt, lettend op de afwikkeling van de verlenging van de missie in Afghanistan, weinig veranderd, zodat de kritiek van de staatsrechtjuristen op het gebruik van artikel 100 van de Grondwet nog steeds relevant is.

Gezien de reeds geschetste wettelijke regeling en de praktische uitwerking daarvan is het niet vreemd dat de juristen in hun conclusies kritisch zijn over de gang van zaken op het gebied van militaire uitzendingen. Hun kritiek wordt in deze studie gedeeld. De in de praktijk ontstane *status mixtus* tussen oorlog en vrede in, het in onbruik raken van artikel 96 en de verminderde werking van artikel 100, alsmede de manier waarop de regering in concrete situaties probeert de invloed van het parlement klein te houden, getuigen van een verschuiving van juridisering naar politisering van de beslissingen over het inzetten van de krijgsmacht. Het normatieve ankerkarakter van de constitutie, dat het overheidshandelen aan banden moet leggen, lijkt niet op te gaan voor de politieke besluitvorming en de politieke praktijk betreffende beslissingen op het terrein van inzetten van militairen. De bestudeerde grondwettelijke bepalingen hebben in de praktijk geen eenduidig en vooraf genormeerd politiek handelen tot gevolg. Het omgekeerde lijkt het geval te zijn. Het is niet de norm die het handelen bepaalt, maar de praktijk die de betekenis van de norm begrenst. De regering heeft immers meerdere malen geprobeerd om artikel 96 en artikel 100 niet van toepassing te verklaren op haar handelen, waardoor de artikelen feitelijk van hun toepassingsgebied zijn beroofd. En in gevallen dat artikel 100 toegepast wordt, legt de regering het artikel beperkt uit, zodat met een informatieve brief aan de Kamer kan worden volstaan. De Grondwet, gezien als een vast normatief anker tegen politieke willekeur, lijkt niet altijd als zodanig te fungeren. Derhalve

wordt de conclusie van de hiervoor¹⁴⁰ geciteerde staatsrechtgeleerden gedeeld dat het parlement ingeboet heeft aan betrokkenheid en beslissingsmacht in het kader van het inzetten van militairen en dat de democratische legitimatie van deze militaire operaties daardoor is verminderd.

Problematisch is echter de volgende stap die de staatsrechtgeleerden in hun conclusie nemen, namelijk dat de afwezigheid van betrokkenheid van het parlement dit handelen van de regering in een democratische rechtstaat onacceptabel maakt. Het legaliteitsbeginsel en de heerschappij van het recht vragen, aldus de juristen, om een besluit van de volksvertegenwoordiging als grondslag van overheidsoptreden. Ze lijken hierbij een causaal verband te veronderstellen tussen het gebrek aan beslissingsmacht en zeggenschap van het parlement aan de ene kant en de afwezigheid van de democratische legitimatie en controle aan de andere kant, zonder dit verband nader uit te leggen. De democratische legitimatie (of juist het democratisch deficit) lijkt in de conclusies van de door de juristen geschreven artikelen gebruikt te zijn als een soort eindwoord, een toverspreuk waarmee het overheidshandelen waar het parlement niet bij betrokken is en geen zeggenschap over heeft democratisch illegitiem lijkt en daarmee als onwenselijke en onacceptabel in de rechtsstaat moet worden aangemerkt. De vraag is of gebrek aan parlementaire beslissingsmacht (instemmingsrecht) – hetgeen op dit gebied het geval is – per definitie een onacceptabel gebrek aan democratische vertegenwoordiging, betrokkenheid, legitimatie en/of controle met zich mee brengt?

De staatsrechtjuristen gaan in hun conclusie uit van een klassieke opvatting over democratie, waarin slechts het parlement als gekozen orgaan het volk kan vertegenwoordigen en daarmee democratische legitimatie aan overheidshandelen kan verschaffen.¹⁴¹ De beslissingen van de volksvertegenwoordiging worden (fictief) gezien als de beslissingen van het volk. Maar is het parlement het enige orgaan in de rechtsstaat dat het volk zou kunnen en moeten vertegenwoordigen? Over deze vraag handelt het volgende hoofdstuk.

¹⁴⁰ Zie paragraaf 2.2.1.

¹⁴¹ Deze klassieke opvatting over democratie zal in het volgende hoofdstuk uitgebreid aan de orde komen. Naast het vertegenwoordigende aspect van de democratie zullen ook de democratische controle en het machtsevenwicht ter discussie staan.

Hoofdstuk 3

Democratie en vertegenwoordiging

In dit hoofdstuk wordt de vraag beantwoord of het reeds aangetoonde gebrek aan parlementaire beslissingsmacht bij uitzendingen per definitie een gebrek aan democratische vertegenwoordiging, betrokkenheid en/of controle met zich meebrengt. Na een weergave van de traditionele opvatting over democratie zal blijken dat het democratisch deficit inherent is aan de manier waarop de democratie in ons systeem is vormgegeven. Een herijkte visie op representatie zal worden geschetst, die een ander licht kan werpen op het democratische gehalte van verschillende organen in de rechtsstaat. Deze theorie zal verduidelijkt worden aan de hand van enkele praktijkvoorbeelden waaruit zal blijken dat het parlement niet per definitie het enige vertegenwoordigende orgaan in de rechtsstaat is en dat de rechter als rechtsvormer de rol van de democratische vertegenwoordiger of controleur op zich zou kunnen nemen en dat in enkele gevallen reeds heeft gedaan. Aan het einde van dit hoofdstuk zal een herijkte opvatting over democratie worden geschetst.

3.1 Klassieke democratie-idee

Het woord en het begrip democratie zijn ontstaan in de Griekse oudheid en zijn door de eeuwen heen beïnvloed door verschillende historische ontwikkelingen en filosofische maatschappijbeelden.¹⁴² Dat de inhoud van het begrip ‘democratie’ zeer breed is, heeft te maken met de complexiteit van de verhoudingen waar de democratie op gericht is: de verhoudingen tussen mens en samenleving, individu en gemeenschap, burger en overheid.¹⁴³ Deze verhoudingen kunnen op een prescriptieve en een descriptieve manier in de discussie worden betrokken. De vraag naar hoe de verhoudingen idealiter behoren te zijn, onderscheidt zich immers van de vraag hoe de verhoudingen feitelijk zijn.

3.1.1 Normatieve kennismaking

Prescriptief gezien, houdt de democratie-idee in dat alle zeggenschap in een staat aan het volk toekomt. De staatsmacht gaat van het volk uit.¹⁴⁴ Dit principe van de volkssoevereiniteit – heerschappij van, voor en door het volk – erkent het volk als enige bron van het gezag en maakt alle uitoefening van het gezag afhankelijk van (de machtiging van) het volk. Democratie is zo gezien een bestuursvorm waarin de voltallige bevolking soeverein is en waar alle autoriteit gebaseerd is op de instemming van het volk. Het volk regeert – althans in theorie – zichzelf. Deze bestuursvorm is gebaseerd op het menselijke gelijkheids- en vrijheidsideaal en de idee van zelfbepaling van de mens. Aangenomen wordt dat democratisering van de politieke macht leidt tot vrijheid en autonomie van het individu, die uitsluitend

¹⁴² Een inleidend overzicht van de ontwikkeling van het democratisch denken vindt men in Donner 1981, p. 14-44.

¹⁴³ Donner 1981, p. 14. Vergelijk Van der Pot & Donner & Prakke 2001, p. 112-113 en p. 145.

¹⁴⁴ Kortmann 2001, p. 318.

haar grens vindt in de vrijheid van andere gelijkwaardige individuen.¹⁴⁵ Iedereen is met gelijke vrije rechten en plichten geboren dus iedereen heeft evenveel recht om bepaalde wetten uit te vaardigen en beslissingen te nemen.

In het staats- en bestuursrecht gaat de belangstelling echter meer uit naar de andere normatieve doelstelling van democratie, namelijk het verschaffen van legitimiteit aan bevoegdheidsuitoefening door de overheid.¹⁴⁶ Deze legitimiteit van bevoegdheidsuitoefening ziet niet alleen op de berusting door burgers met de gang van zaken in het land, maar ook op de aanvaarding dat het rechtens zo behoort te gaan en zijn, dat de regels rechtvaardig zijn en dat de uitvaardigers van de regels terecht tot hun handelen zijn gemachtigd.¹⁴⁷ Dit principe van de aanvaardbaarheid geeft een invulling aan het normatieve ideaal van de volkssoevereiniteit. In een democratische samenleving geldt immers als normatief uitgangspunt dat het opdragen van het gezag met instemming van de burgers behoort te geschieden.

Een belangrijk kenmerk van de democratie is dat deze wezenlijke waarborgen bevat tegen machtsconcentratie en daarmee tegen machtsmisbruik. De gedachte hierachter is dat de vrijheid van burgers het best kan worden beschermd doordat de overheidsbevoegdheid over de verschillende machten is verdeeld. Idealiter zijn in een democratie de drie verschillende machten verdeeld over de verschillende organen die elkaar in evenwicht proberen te houden om zo te voorkomen dat een van de drie machten de totale macht kan grijpen en deze kan misbruiken. Macht bij de een dient derhalve een tegenwicht te hebben in macht bij de ander.¹⁴⁸ Dit uitgangspunt van de machtscheiding is een lange tijd het dogma van het constitutioneel streven en denken geweest, maar het ideaal is moeilijk te verwezenlijken, waardoor het principe van machtscheiding feitelijk vervangen is door *checks and balances*.¹⁴⁹

3.1.2 Feitelijke uitwerking

De descriptieve kant van de democratie-idee betreft de institutionalisering van de wijze waarop de invloed van het volk in de praktijk tot uiting komt. Het toepassen van de normatieve gedachte over de volkssoevereiniteit in de politieke praktijk is niet eenvoudig en kent vele aspecten. Deze democratie in praktische zin¹⁵⁰ komt neer op de invloed van de onderdanen op de besluiten van de overheid, waarbij als uitgangspunt geldt dat de (belangrijkste) wetgeving door de kiezers zelf of (mede) door een volksvertegenwoordiging tot stand dient te worden gebracht.¹⁵¹ Zo bezien zijn, aldus Kortmann, wat betreft de democratie-idee twee uitersten denkbaar. In het ene uiterste moeten alle besluiten die de onderdanen binden door hen zelf worden genomen en in het andere uiterste moeten alleen de constitutie en de wijzigingen daarvan berusten op een uitspraak van de onderdanen of door hen gekozen vertegenwoordigers.¹⁵² De meeste westerse staten – Nederland inclusief – bezitten een tussen deze twee uitersten liggend stelsel, waarin enige mate van

¹⁴⁵ Burkens 2001, p. 195.

¹⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁷ *Idem*, p. 195-196.

¹⁴⁸ Burkens e.a. 2001, p. 45 en p. 107-110.

¹⁴⁹ Van der Pot & Donner & Prakke 2001, p. 535-536. Zie meer over de huidige betekenis van *checks and balances* Burkens 2001, p. 110.

¹⁵⁰ Volgens Kortmann in 'enge zin', zie: Kortmann 2001, p. 318.

¹⁵¹ Zie Van der Pot & Donner & Prakke 2001, p. 158 e.v. en Kortmann 2001, p. 52.

¹⁵² Kortmann 2001, p. 319.

volksinvloed op de totstandkoming van de constitutie en overige wetgeving is verzekerd.¹⁵³ De meerderheid van de bevolking regeert dan door een combinatie van directe en vertegenwoordigende democratie.

De vertegenwoordigende democratie is ontstaan als oplossing voor een praktisch probleem van het groeiende aantal mensen binnen een staat. Omdat het praktisch onmogelijk is dat iedereen direct meebeslist over elk onderwerp, kiezen de burgers hun vertegenwoordigers die in de politieke arena voor hun belangen moeten opkomen. Het volk heeft (fictief) de hoogste macht en beschikt indirect over zichzelf omdat de door het volk periodiek gekozen representanten de wil van het volk uitdragen en beslissende invloed (behoren te) hebben op o.a. de totstandkoming van het recht. In ons politieke bestel houdt het 'aanvaardbaar-zijn' van besluiten en wetten onder meer dus in dat ingrijpende voorzieningen die de gehele gemeenschap raken, gedragen worden door (de instemming van) de meerderheid van het parlement.¹⁵⁴ Deze overdracht van macht van het volk aan het parlement dient echter nauwkeurig bewaakt te worden om te voorkomen dat deze een definitief karakter krijgt. De democratie-idee stelt dan ook een aantal minimumeisen aan de inrichting van het openbaar bestuur.¹⁵⁵

De inrichting van Nederland als een vertegenwoordigende democratie met een parlementair dualistisch stelsel is in de Grondwet geregeld. De Staten-Generaal vertegenwoordigen het gehele Nederlandse volk (artikel 50 van de Grondwet). De leden van de Eerste Kamer der Staten-Generaal worden indirect gekozen door de leden van de provinciale staten die op hun beurt door het volk worden gekozen (artikel 55 van de Grondwet), terwijl de leden van de Tweede Kamer direct door het volk worden gekozen (artikel 53 van de Grondwet). De vaststelling van de wetten geschiedt door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk, met dien verstande dat de Tweede Kamer een initiatiefrecht kent, in tegenstelling tot de Eerste Kamer (artikelen 81, 82 en 85 van de Grondwet). In het Nederlandse stelsel zijn elementen van directe democratie niet wettelijk ingevoerd. In 1984 werd door de commissie Biesheuvel het primaat van het vertegenwoordigende stelsel als 'onomstreden bezit' van onze staatsinrichting beschouwd.¹⁵⁶ Dit neemt volgens de commissie niet weg dat de directe participatie van de individuele burger in beslissingen over beleid theoretisch de voorkeur heeft, maar omdat het in grote gemeenschappen uitgesloten is dat alle leden gezamenlijk de beslissingen nemen is een representatief stelsel onvermijdelijk.¹⁵⁷ Toch ontwikkelde de commissie in haar rapport een vorm van

¹⁵³ *Ibidem.*

¹⁵⁴ Burkens 2001, p. 9.

¹⁵⁵ Volgens Burkens zijn deze de volgende: 1. in beginsel heeft een ieder gelijkelijk het recht via vrije en geheime verkiezingen invloed uit te oefenen op de samenstelling van vertegenwoordigende colleges die bij de besluitvorming betrokken zijn (actief kiesrecht); 2. in beginsel heeft een ieder het recht te worden gekozen in diezelfde vertegenwoordigende colleges (passief kiesrecht); 3. een ieder heeft het recht om naar politieke machtsverwerving te streven; 4. een ieder heeft politieke grondrechten, met name uitingsvrijheid en vrijheid van vereniging; 5. vertegenwoordigende colleges hebben invloed op de besluitvorming door middel van (mede)beslissingsrecht vooraf en/of door de bevoegdheden tot controleren achteraf; 6. er is openbaarheid van besluitvorming en besluiten; 7. in (politieke) besluitvorming wordt de meerderheidsregel gehanteerd; 8. rechten van minderheden worden gerespecteerd. Zie Burkens 2001, p. 196-197. Zie voor de manier waarop deze eisen gestalte hebben gekregen in Nederland p. 197-210. Tevens: Kortmann 2001, p. 320 en Loth & Gaakeer 2005, p. 142.

¹⁵⁶ Biesheuvel 1984, p. 123.

¹⁵⁷ *Idem*, p. 124.

referendum die zich goed verhoudt met de parlementaire democratie.¹⁵⁸ Naar aanleiding van dit rapport ontwierp de regering het ‘Wetsvoorstel Verandering in de Grondwet, strekkende tot opneming van bepaling inzake het correctief referendum’.¹⁵⁹ Dit wetsvoorstel leek de daadwerkelijke invoering van een correctief referendum in 1999 dichtbij te brengen. De Tweede Kamer stemde in met het wetsvoorstel maar tijdens de ‘Nacht van Wiegel’ haalde het voorstel de tweede lezing van de Eerste Kamer niet.¹⁶⁰ Sindsdien heeft de wetgever geen pogingen meer gedaan om elementen van de directe democratie in Nederland in te voeren.¹⁶¹

Het ideaal van de machtenscheiding – verschillende macht bij verschillende organen – is slechts voor de rechterlijke macht volledig verwezenlijkt. Uitsluitend de rechters mogen immers rechtspreken. Voor datgene wat onder wetgeving en uitvoering valt, is een volledige scheiding en toedeling aan verschillende organen nergens consequent doorgevoerd, doch is de voorkeur gegeven aan een stelsel van *checks and balances*.¹⁶² Binnen de Nederlandse *trias politica* heeft het parlement samen met de regering de wetgevende macht in handen (artikelen 81 en 82 van de Grondwet). Voorts heeft het parlement meerdere wettelijke bevoegdheden ter uitoefening van controle op de regering.¹⁶³

3.1.3 Problemen van de klassieke democratie-idee

De algemeen geaccepteerde gedachte dat een democratische rechtsstaat een succesvolle staatsvorm is, betekent niet dat de uitwerking van de democratie-idee in een staat geen problematische of zwakke kanten kent. Hieronder worden enkele problemen van de democratie-idee besproken.

Zoals reeds gezegd vindt de heerschappij van het volk bijna altijd op een indirecte manier plaats, via de volksvertegenwoordigers. Het aantal burgers is immers te groot om altijd over en voor zichzelf te kunnen vergaderen en beslissen. Burkens vindt niet dat deze noodzakelijke representatie principieel problematisch is.¹⁶⁴ Wat door Burkens wel als problematisch wordt ervaren is het karakter van democratische besluiten en de positie van minderheden daartegenover.¹⁶⁵ De volksvertegenwoordigers maken wetten die als democratische besluiten gezien kunnen worden. Het democratisch zijn lijkt de inhoud van de wet te legitimeren.

¹⁵⁸ In een correctief wetgevingsreferendum zou in een door voldoende kiezers aangevraagde volksraadpleging een zojuist door de regering en het parlement vastgestelde wet eventueel verworpen kunnen worden. Dat kiezersoordeel zou naar voorstel van de commissie bindende kracht hebben. Zie Biesheuvel 1984, p. 208-210.

¹⁵⁹ *Kamerstukken II*, 1996-1997, 25153, nr. 1 e.v.

¹⁶⁰ *Handelingen I*, 1998-1999, 30, p. 1339-1407. Zie tevens Sap 2003.

Wel worden er op lokaal niveau raadplegende referenda georganiseerd. Landelijk heeft Nederland te maken gehad met het consultatieve Referendum over het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa op 1 juni 2005.

¹⁶¹ Zie nader Sap 2003 en Kortmann 2001, p. 99 e.v.

¹⁶² Van der Pot & Donner & Prakke 2001, p. 536.

¹⁶³ Tussen het parlement en de regering is het instituut van de ministeriële verantwoordelijkheid van toepassing (artikel 42 van de Grondwet). Het parlement kan het vertrouwen in een minister of in de gehele regering opzeggen. Deze motie is niet bindend, echter in de praktijk leidt deze tot het aftreden van de bewindspersoon of de ontbinding van de gehele Kamer. Voorts heeft de regering de plicht om de Kamer in te lichten indien de Kamer of een lid daarvan om inlichtingen vraagt (artikel 68 van de Grondwet). Zie ook Burkens 2001, p. 112-118.

¹⁶⁴ Burkens 2001, p. 27.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

Maar is een wet per definitie juist omdat het een democratisch besluit is? Indien dit uitgangspunt juist is dan betekent dit dat er besluitvorming mogelijk is waarbij fundamentele grondrechten, de rechtsstaatgedachte en zelfs de democratie aangetast en zelfs verworpen kunnen worden.¹⁶⁶ Kortmann vindt de onmacht van wat hij 'de formele democratie'¹⁶⁷ noemt, om te voorkomen dat een meerderheid die aan de macht is en zichzelf aan de macht houdt door te voorkomen dat er een nieuwe meerderheid kan ontstaan die de macht zou kunnen overnemen, een zwakte van de democratie.¹⁶⁸

De democratische besluiten (de wetten) van de volksvertegenwoordiging zullen voorts altijd meerderheidsbesluiten zijn. Burkens meent dat er in een democratie geen sprake kan zijn van principiële juistheid maar dat de besluiten slechts juist zijn voor zover de meerderheid meent dat ze juist zijn, met dien verstande dat deze juistheid een voorlopige is omdat de meningen kunnen veranderen en de meerderheid kan omslaan.¹⁶⁹ En omdat deze juistheid van besluiten slechts een voorlopige is, is het een vereiste van de democratie om zo veel mogelijk rekening te houden met minderheidsstandpunten. De democratie kan immers tot een 'tirannie van de meerderheid'¹⁷⁰ leiden. Volgens Koopmans is de kern van de democratie dan ook het beschermen van minderheden, opdat zich nieuwe meerderheden kunnen vormen die de macht kunnen overnemen.¹⁷¹ Dit lijkt vooral nodig te zijn in een pluriforme en multi-etnische samenleving als de onze. Deze gevaren van democratisch legitieme ondemocratische besluiten en de tirannie van de meerderheid lijken inherent te zijn aan een systeem waarin politieke representatie heerst.

Voorts kan als een wezenlijk probleem van de representatieve democratie worden gezien, de geringe mate van daadwerkelijke machtsuitoefening door de burger. Immers, de macht van de burger moet vertaald worden naar de macht die door het parlement op de politieke besluitvorming en wetgeving kan worden uitgeoefend.¹⁷² In ons stelsel zijn er talloze factoren die in de complexe machts- en invloedsrelatie tussen regering en parlement een rol spelen. Ondanks de grote theoretische machts potentie die het parlement als medewetgever heeft, is zijn feitelijke macht – en daarmee impliciet de macht van het volk – vrij beperkt. De politieke praktijk lijkt vandaag de dag bepaald te worden door het regeerakkoord, waarbij het parlement voornamelijk reageert op de door regering in het kader van het regeerakkoord voorgestelde wetten zonder zelf vaak het initiatief in handen te nemen. Tevens is de meerderheid van het parlement geneigd om het in het regeerakkoord vastgestelde beleid van de (eigen) regering te steunen.

Aan de hand van de reeds weergegeven normatieve en feitelijke kant van de democratie-idee – de problemen niet uit het oog verliezend – zullen hieronder enkele samenvattende kenmerken van de klassieke democratiegedachte worden geschetst.

¹⁶⁶ Denk aan de terreur na de Franse Revolutie en aan het legaal opheffen van de democratie in 1933 in Duitsland.

¹⁶⁷ Kortmann 2001, p. 320. Tegenover deze formele democratie-idee plaatst Kortmann een inhoudelijk democratiebegrip. Als voorbeeld noemt hij de *streitbare Demokratie* van Duitsland waarin de minderheden en individuen gerechtigd zijn zich, desnoods met geweld, te verzetten tegen opheffing van democratie.

¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹ Burkens 2001, p. 29.

¹⁷⁰ Mill 1968, p. 79.

¹⁷¹ Koopmans 1998, p. 29.

¹⁷² Jue 1981, p. 215.

3.1.4 De klassieke representatieve democratie

De staatsmacht in een democratie gaat per definitie uit van het soevereine volk. Het volk is (of heeft) de hoogste macht in een staat. De ultieme manier waarop het volk zichzelf moet regeren, is de directe democratie. Deze directe democratie is echter slechts haalbaar in kleine gemeenschappen, waarin het voor alle burgers feitelijk mogelijk is zich zinvol met de *res publica* bezig te houden. In een grote gemeenschap zoals de onze is een volledig directe democratie niet mogelijk, dus is het volk gedwongen zijn macht af te staan aan zijn vertegenwoordigers. De klassieke opvatting van democratie impliceert derhalve dat een directe vorm van democratie feitelijk onmogelijk is, maar normatief beter zou zijn. Er lijkt een overtuiging te heersen dat representatie zich moeilijk laat rijmen met volkssoevereiniteit.¹⁷³ Democratie zou geënt zijn op de 'directe democratie', namelijk de participatie van alle burgers aan de politieke macht en daarmee aan de publieke zaak. Er lijkt dus een theoretische voorkeur voor de directe, maar een praktische voorkeur voor de representatieve democratie te bestaan. In deze representatieve democratie vormt het parlement, zonder last of ruggespraak, als vertegenwoordigend dus politiek lichaam het recht, echter wel in samenwerking met de regering. Het is de (mede)wetgevende en enige vertegenwoordigende macht van de *trias politica*. Als vertegenwoordigend en politiek lichaam is het parlement bij uitstek gelegitimeerd om wetten te maken. De praktijk is op dit punt wat genuanceerder en weerbarstiger. De democratische besluiten van het parlement zijn echter wel meerderheidsbesluiten, zodat hun juistheid een voorlopige is. Volgens de klassieke democratieopvatting komt in de Nederlandse representatieve democratie de directe wil van het volk bij gebrek aan een bindend referendum slechts tijdens de verkiezingen tot uiting¹⁷⁴. De democratie wordt herleid tot het kiezen van de vertegenwoordiging door een numerieke meerderheid van kiezers. De daadwerkelijke volksinvloed op het beleid lijkt gering. Het verkiezingsmoment is en blijft een vervreemdingsmoment. Het volk wordt gereduceerd tot een representatie – het parlement – waarbij nooit sprake kan zijn van een nauwkeurige nabootsing, maar waarbij een reductie van de werkelijkheid zal intreden. De (grond)wet als meerderheidsbesluit van het parlement staat nog verder van het volk en draagt een nog grotere reductie van de werkelijkheid in zich.

Volgens deze klassieke staatsrechtelijke opvatting over democratie en vertegenwoordiging – die de representatie als een noodzakelijk praktisch kwaad beschouwt¹⁷⁵ – wordt deze vertegenwoordigingsfictie pas zichtbaar en daarmee problematisch indien het parlement – zijnde enig erkend vertegenwoordigend orgaan – feitelijk niet bij de wetgeving of besluitvorming is betrokken. Uit het vorige hoofdstuk bleek dat dit op het terrein van het inzetten van militairen het geval is. Tevens bleek dat de staatsrechtgeleerden ervan uitgaan dat de daadwerkelijke invloed van het parlement de fictie zou kunnen opheffen.

¹⁷³ Van Roermund 2002, p. 511. Na het signaleren ervan zet Van Roermund zich af tegen deze gedachte, zie p. 512-532.

¹⁷⁴ 40.000 burgers kunnen wel middels een burgerinitiatief de Tweede Kamer verzoeken om een onderwerp op de agenda te zetten en daar een standpunt over te vormen. Het ingenomen standpunt brengt echter de wil van de Kamer tot uiting en niet die van het volk.

¹⁷⁵ Ontleend aan Van Roermund 2002, p. 512.

Maar is dit wel mogelijk? Heeft een representatieve democratie niet per definitie te maken met een principiële dus onophefbaar en problematisch deficit? En is politieke vertegenwoordiging per definitie een uitsluitend parlementaire aangelegenheid?

3.2 Herijkte representatie-idee

In deze paragraaf zal een alternatieve opvatting over representatie worden ontwikkeld die, vertrekkend vanuit het wezen van representatie, een ander licht kan werpen op de rol van het parlement en zijn vermeende monopoliepositie als vertegenwoordigend orgaan in een rechtsstaat.

3.2.1 Politieke representatie

De kern van de net geschetste klassieke democratie-idee zal hier kort herhaald worden aan de hand van een discussie tussen Barber en Plotke. In zijn *Strong Democracy*¹⁷⁶ maakt Barber een onderscheid tussen een *thin* en een *strong* democratisch model. Na betoogd te hebben waarom representatieve democratie onverenigbaar is met vrijheid, gelijkheid en sociale rechtvaardigheid, legt hij uit dat representatieve democratie *thin* is omdat deze de kiezers tot een passieve politieke rol veroordeelt.¹⁷⁷ De kiezer houdt zich immers slechts één keer in de vier jaar bezig met de politiek door tijdens de verkiezingen op een knop te drukken, geeft daarna zijn macht uit handen en vervalt in de passiviteit. De *strong democracy* bevordert daarentegen de actieve rol van de burger in het besluitvormingsproces. Slechts bij deze vorm van democratie is volgens Barber sprake van actief participeren vanaf het moment van agendering tot de besluitvorming en van een daadwerkelijk zelfbestuur door de burgers en niet slechts voor de burgers.¹⁷⁸

In zijn kritiek op Barber en in zijn verdediging van de representatieve democratie gebruikt Plotke twee argumenten. Als eerste argument voert Plotke aan dat een directe democratie naar het model van Barber feitelijk niet mogelijk is, omdat het eenvoudigste onderwerp waar een klein buurtcomité zich over zou moeten uitspreken, al zou leiden tot *coercion, collapse or representation*.¹⁷⁹ Met dit pragmatische argument lijkt Plotke een theoretische voorkeur voor de directe democratie te hebben, maar in praktijk genoeg te nemen met de representatieve democratie. Zijn tweede, principiële argument gaat echter uit van een andere gedachte. Plotke stelt dat het representatieve democratiemodel niet ten gunste van het directe model afgeschaft moet worden, maar dat het verbeterd moet worden door de relatie tussen de representanten en de gerepresenteerden actiever te maken.¹⁸⁰ Dit betekent echter niet dat de representanten de mening van hun achterban zonder meer moeten overnemen want – en hier schuilt de kern van Plotke's argument – de vertegenwoordiger moet het belang van de achterban altijd behartigen in het kader van een breder maatschappelijk debat over het algemeen belang. Plotke schrijft:

¹⁷⁶ Barber 1984.

¹⁷⁷ Barber 1984, p. 147.

¹⁷⁸ *Idem*, p. 151.

¹⁷⁹ Plotke 1997, p. 27.

¹⁸⁰ *Idem*, p. 30-31.

*A representative cannot only say: I support Y because I am bound to do so by an agreement with my constituents. He or she must say: Y, which is a matter of great concern to my constituents, is crucial to the public good. Political debate contests that claim.*¹⁸¹

Volgens Plotke moet er een zekere afstand bestaan tussen de representanten en de gerepresenteerde. Als een vertegenwoordiger slechts voor het belang van zijn achterban opkomt, hetgeen een deelbelang is, plaatst hij of zij zichzelf immers buiten het algemeen belang dat het politieke spectrum overheerst. Uit het principiële argument van Plotke blijkt dat de relatie tussen de vertegenwoordiger en de vertegenwoordigde geen identiteitsrelatie is.

Deze karakterisering van de relatie vindt men bij verschillende auteurs die het wezen van de representatie hebben geanalyseerd. Ankersmit gaat uit van dezelfde gedachte als hij een *substitution theory of democracy* verdedigt ten nadele van een *resemblance theory* door te betogen dat er altijd een *functional gap* zal bestaan tussen de vertegenwoordigers en de vertegenwoordigden en dat deze afstand onmisbaar is voor het goed functioneren van de representatieve democratie.¹⁸² Aan het einde van het derde hoofdstuk van zijn dissertatie betoogt Hoogers dat de vertegenwoordigers een zeer abstract belang vertegenwoordigen waardoor ze niet gelijk te stellen zijn met hun achterban maar als onafhankelijke grootheden een zelfstandige rol hebben te vervullen.¹⁸³ Om te kunnen begrijpen waarom Ankersmit en Hoogers de representatierelatie op deze manier kwalificeren en om het citaat van Plotke beter te kunnen duiden, is het nodig om te bezien hoe zij de kerngedachte achter politieke representatie definiëren en wat de consequenties van deze gedachte zijn.

3.2.2 Noodzaak van representatie

Ankersmit gebruikt in zijn theorie de term ‘representatie op esthetische wijze’.¹⁸⁴ Hij begint met het definiëren van representatie als het tegenwoordig stellen van het afwezige, het afwezige aanwezig maken.¹⁸⁵ Politieke representatie heeft ook te maken met het aanwezig stellen van het afwezige. Ankersmit gebruikt een vergelijking met het kunstwerk om de relatie tussen de representatie en het gerepresenteerde te duiden. Zoals van een kunstwerk gezegd kan worden dat het de werkelijkheid representeert in de afbeelding, zonder dat gezegd kan worden dat de afbeelding die werkelijkheid is, zo kan van een representant (in politieke zin is dat het parlement) gezegd worden dat deze het gerepresenteerde (het volk) afbeeldt zonder het volk te zijn.¹⁸⁶ In het geval van een kunstwerk, krijgt de grenzeloze en onbepaalde werkelijkheid haar contouren en vorm dankzij de afbeelding.¹⁸⁷ Op dezelfde manier krijgt het volk als ongekende en onbekende

¹⁸¹ *Idem*, p. 33.

¹⁸² Ankersmit 2002, p. 109-112, p. 117.

¹⁸³ Hoogers 1999, p. 120-121, p. 125, p. 339.

¹⁸⁴ Ankersmit 2002, p. 8, p. 116-117. Goossens gaat uit van dezelfde esthetische representatie door te stellen dat volksvertegenwoordiging een esthetische vorm van representatie vooronderstelt en dat het de voornaamste opdracht van elke politieke partij is om de waarheid te scheppen. Deze waarheid zegt vervolgens iets over hoe de samenleving daadwerkelijk is. Zie nader: Goossens 2003, p. 69 e.v.

¹⁸⁵ Ankersmit 2002, p. 109.

¹⁸⁶ *Idem*, p. 115.

¹⁸⁷ Ankersmit 1999, p. 97.

politieke werkelijkheid zijn contouren door middel van de vertegenwoordiging.¹⁸⁸ De representatie bezit dan ook zelfstandigheid ten opzichte van het gerepresenteerde, ze zijn niet identiek, zodat er sprake is van een breuk en afstand tussen beiden.¹⁸⁹ De politieke representatie is volgens Ankersmit noodzakelijk om de politieke realiteit contouren te geven.¹⁹⁰ Ook is representatie nodig om de samenleving eenheid en samenhang te verschaffen.¹⁹¹ Zonder representatie hebben we geen notie van het gerepresenteerde en zonder politieke representatie hebben we geen notie van de natie, zijnde een politieke eenheid.¹⁹² Ankersmit vervolgt:

*Hence, to put it provocatively, even if it were possible to get the whole nation together, or to achieve the same effect by some variant of direct democracy such as electronic voting, even then we should prefer representation. Political reality only comes into being after the nation has unfolded itself in a represented and in a representation representing the represented. Without representation, no democratic politics.*¹⁹³

Hoogers hangt dezelfde definitie van representatie als Ankersmit aan en toont zich enthousiast over zijn esthetische uitleg¹⁹⁴ maar verwijt hem dat hij zijn esthetische analogie niet tot het einde heeft doorgedacht.¹⁹⁵ Hoogers zelf poogt dat wel te doen en meent dat daarvoor een beroep op de term ‘transcendentie’ nodig is. Wat feitelijk transcendent is en door de representatie immanent in de werkelijkheid zichtbaar gemaakt moet worden, is volgens Hoogers de soeverein die hij gelijk stelt met het volk.¹⁹⁶ Bij politieke representatie gaat het volgens Hoogers om ‘het volk’ dat transcendent is aan de feitelijke rechtsordening en in die ordening (de staat) tot aanwezigheid wordt gebracht door middel van een proces dat representatie heet.¹⁹⁷ ‘Het volk’ wordt hierbij uitgelegd als een theoretische, abstracte notie die voorafgaat aan de werkelijke staatsordening, daar het fundament van is en deze staatsordening mogelijk maakt. Juist deze transcendentie van de soeverein (het volk) maakt representatie noodzakelijk. De soeverein is immers afwezig in de politieke gemeenschap en moet door representatie aanwezig gemaakt worden. Anders kan de soeverein in de werkelijkheid, in de staat, nooit handelen en dat handelen van de soeverein is de kern van de democratie.¹⁹⁸

¹⁸⁸ *Ibidem.*

¹⁸⁹ *Ibidem.*

¹⁹⁰ Ankersmit 2002, p. 115.

¹⁹¹ Ankersmit 2003, p. 57-58.

¹⁹² *Ibidem.* Zie ook: Ankersmit 2002, p. 115 en Ankersmit 1999, p. 97. Goossens neemt deze esthetische representatie als uitgangspunt en werkt deze wat concreter uit. Hij stelt dat een samenleving pas een zekere gemeenschappelijkheid verwerft ‘in de mate dat haar ongrijpbare levendigheid zichtbaar en benoembaar gerepresenteerd’ wordt. Zie voor verdere uitwerking van deze gedachte: Goossens 2003, p. 72-80.

¹⁹³ Ankersmit 2003, p. 57-58.

¹⁹⁴ Hoogers zelf beroept zich in de eerste plaats op de representatietheorie van Gadamer die de representatie eveneens esthetische uitlegt met behulp van een kunstwerk dat verbeeldt. Hieraan toe voegt Hoogers een theologische representatiegedachte: representatie als Gods openbaring. Zie nader Hoogers 1999, p. 275-286.

¹⁹⁵ *Idem.*, p. 287-289.

¹⁹⁶ *Idem.*, p. 294.

¹⁹⁷ Hoogers 2000, p. 694.

¹⁹⁸ Hoogers 1999, p. 295 en p. 222.

Hans Lindahl is een derde auteur die deze representatiegedachte hanteert in zijn geschriften over soevereiniteit, vertegenwoordiging, rechtsvorming en autoriteit. Omdat Lindahls opvatting over representatie later uitvoerig aan de orde zal komen¹⁹⁹ wordt op dit punt volstaan met een weergave van enkele citaten die de kern van zijn representatietheorie illustreren:

*De eenheid van een veelheid van individuele machtsverhoudingen wordt vastgesteld door te verwijzen naar een algemeenheid buiten de politieke orde. Soevereiniteit is een noodzakelijke vooronderstelling van elke politieke gemeenschap.*²⁰⁰

*Als soeverein, als grond van de eenheid is het volk afwezig.*²⁰¹

*Alle democratieën zijn representatieve democratieën, niet alleen uit pragmatische overwegingen verbonden met politieke 'arbeidsverdeling' bij grote samenlevingen, maar ook omdat de bepaaldheid van een politieke samenleving steeds een gerepresenteerde is²⁰² en ook omdat de politieke eenheid van het volk steeds een gerepresenteerde eenheid is.*²⁰³

*Er is geen politieke orde mogelijk zonder concretisering van het algemeen belang.*²⁰⁴

Bij de theorieën van Hoogers, Ankersmit, Plotke en Lindahl kunnen kritische noten worden geplaatst.²⁰⁵ Deze kritiek raakt echter niet aan de fundamentele gedachte die de auteurs delen over de aard van representatie en haar noodzakelijkheid in de democratie en zal derhalve in deze studie onbesproken blijven. Van belang is vast te stellen dat de noodzaak van de politieke representatie inherent lijkt te zijn aan het principe van democratie en de idee van volkssoevereiniteit. Het volk is immers een abstract geheel dat in een samenleving nimmer als zodanig aanwezig is, maar immer gerepresenteerd dus aanwezig gesteld moet worden.

3.2.3 Soevereiniteit van het volk

De aanhangers van de klassieke democratie-idee zouden, zich baserend op het beginsel van volkssoevereiniteit en het adagium 'het volk geeft of stelt zichzelf de wet', kritiek kunnen uitoefenen op de noodzakelijkheid van representatie. Zij kunnen aanvoeren dat representatie niet noodzakelijk is, omdat het volk in de staat aanwezig is en zich op elk moment kan tonen. Het volk kan immers in een directe democratie, bijvoorbeeld tijdens een referendum, naar voren treden, zijn mening geven, meepraten en rechtstreeks meebeslissen. Maar hebben we dan nog te maken met het volk als soeverein? Kan het volk als soeverein ooit naar voren treden en meepraten?

Alvorens antwoord kan worden gegeven op deze vragen is het noodzakelijk om zich te realiseren dat het begrip 'volk' twee fundamenteel verschillende betekenissen heeft. Enerzijds fungeert het 'volk' als een numeriek begrip waarmee een optelsom van kiesgerechtigden wordt aangeduid. Anderzijds

¹⁹⁹ Zie paragraaf 3.2.4 van deze studie.

²⁰⁰ Lindahl 1997, p. 124.

²⁰¹ *Idem*, p. 128.

²⁰² Lindahl 1999, p. 24.

²⁰³ Lindahl 2001, p. 194. (Mijn toevoeging aan het vorige citaat, A.K.)

²⁰⁴ *Idem*, p. 189.

²⁰⁵ Zie voor kritiek op Ankersmit: Hoogers 1999, p. 287-298. Voor kritiek op Hoogers zie: Eijsbouts 2000, p. 267-269. Voor kritiek op Plotke zie: Lindahl 2001, p. 186-188. Zie voor kritiek op Lindahl: Ankersmit 1999, p. 90-99.

wordt met het 'volk' een bepaalde – fictieve – politieke eenheid bedoeld, een politieke identiteit, het fundament van het staatsgezag, de hoogste en soevereine macht.²⁰⁶ Alleen als politieke eenheid kan het soevereine volk worden gedacht. Immers, een volk als optelsom van kiesgerechtigden houdt een constante verdeeldheid in, terwijl een fundament van de staat en het staatsgezag een politieke eenheid vooronderstelt. Precies deze gedachte is te vinden bij Ankersmit, Plotke, Hoogers en Lindahl, als ze stellen dat het volk – zijnde een politieke eenheid, een politieke gemeenschap, de soeverein of het algemeen belang – per definitie afwezig is in de werkelijkheid en derhalve gerepresenteerd moet worden. Ook Van Roermund is deze gedachte toegedaan. Hij schrijft:

*De constituerende macht over de rechtsorde bestaat bij de gratie van de representatie van de politieke orde als eenheid, in naam waarvan en ten bate waarvan die macht optreedt. Die eenheid of 'identiteit' van een politieke orde gaat niet aan de representatie vooraf, maar is pas in de representatie gegeven. Iets ruimer gezegd: omdat een rechtsorde noodzakelijkerwijs een politiek maaksel is, kan ze (a) alleen verbindend zijn in zover ze als eenheid wordt opgevoerd en kan (b) dat opvoeren alleen geschieden door een veelheid van actoren die zich als eenheid voordoet.*²⁰⁷

Dat deze betekenis van het begrip 'volk' in het staatsrecht ook een wezenlijke rol speelt, blijkt uit artikel 50 van de Grondwet, waarin staat dat de Staten-Generaal het gehele Nederlandse volk vertegenwoordigen. Door in het artikel het object 'volk' te voorzien van het adjectief 'het gehele Nederlandse' en niet te volstaan met 'een volk' wordt met deze formulering een eenheid voorondersteld. Niet alleen de formulering van dit artikel impliceert dat het niet uitsluitend op een veelheid van kiezers is gericht, maar ook de gedachte achter vertegenwoordiging gaat daar van uit. De Staten-Generaal dienen immers het volk te representeren in hun wetgevende en controlerende taak om, op die manier te garanderen dat het volk zichzelf de wet stelt en dat er aan het principe van volkssoevereiniteit is voldaan. De klassieke democratie-idee erkent immers de soevereiniteit van het volk als leidend principe van de democratie. Echter, door deze soevereiniteit te reduceren tot de veelheid aan kiezers, wordt de soevereiniteit gelijkgesteld met een onoplosbare verscheidenheid en een veelheid aan deelbelangen. De kiezers die deel nemen aan het politieke debat hebben min of meer uiteenlopende visies op het algemeen belang. Het algemene belang is juist de manier waarop het volk als politieke eenheid, als soeverein, vanuit de feitelijke verscheidenheid kan worden gedacht. Dat deze gedachte ook gangbaar is in het klassieke staatsrecht blijkt uit het commentaar op artikel 50 van de Grondwet. In zijn commentaar stelt Leenknecht dat artikel 50 zo begrepen moet worden dat van volksvertegenwoordigers verwacht mag worden dat zij hun inspanningen zullen verrichten in dienst van het algemeen belang en niet van lokale belangen of bijzondere belangen van bepaalde groeperingen in de samenleving.²⁰⁸ Het is juist hierom dat geen politieke partij zal beweren dat haar opvattingen juist zijn omdat

²⁰⁶ Zie Lindahl 1999, p. 12, Lindahl 2004, p. 86 en Lindahl 1997, p. 128.

²⁰⁷ Van Roermund 2004, p. 92. In een ander werk verzet Van Roermund zich tegen de gangbare opvatting dat representatie een 'noodzakelijk praktisch kwaad' is en betoogt hij, leunend op de inzichten van Negri en Lefort, dat representatie en soevereiniteit onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden, ofwel: zonder representatie geen soeverein. Zie: Van Roermund 2002, p. 512-531.

²⁰⁸ Leenknecht 2000, p. 332. Het is juist hierom dat geen politieke partij zal beweren dat haar opvattingen juist zijn omdat ze de meeste kiezers achter zich heeft, partijen zullen altijd betogen dat hun opvattingen juist zijn omdat ze de beste concretisering zijn van het algemeen belang.

ze de mening van de meeste kiezers vertegenwoordigen, partijen zullen altijd betogen dat hun opvattingen juist zijn omdat ze de beste concretisering zijn van het algemeen belang. Anders gezegd, ook de gekozen volksvertegenwoordigers zelf claimen altijd voor het algemeen belang van het gehele volk (als eenheid gedacht) op te komen, in plaats van voor het deelbelang van hun kiezers. Kortmann verwoordt dezelfde gedachte:

De bepaling moet niet in privaatrechtelijke zin worden opgevat. De Staten-Generaal handelen niet namens het Nederlandse volk, zoals een vertegenwoordiger optreedt namens de vertegenwoordigde. (...) Ook beoogt de bepaling uit te drukken dat de (leden van de) Staten-Generaal zich niet systematisch mogen gedragen als behartigers van locale, regionale of op andere criteria gebaseerde deelbelangen. Zij staan voor het algemeen belang, hoe moeilijk ook te definiëren. Het voorgaande betekent dat de vertegenwoordiging van het gehele Nederlandse volk op zich genomen geen verband houdt met het aantal kiezers van de leden van de Staten-Generaal noch met het kiesstelsel. Ook al zouden de leden van de Staten-Generaal door de regering worden benoemd, dan nog zouden zij het gehele Nederlandse volk vertegenwoordigen.²⁰⁹

Kortom, uiting geven aan het principe van volkssoevereiniteit maakt representatie noodzakelijk omdat de soeverein (het volk als politieke eenheid of algemeen belang) nimmer concreet aanwezig is in de politieke werkelijkheid (de staat) of verschijning en noodzakelijkerwijze gerepresenteerd dient te worden.

Hoe de representatieve relatie gekarakteriseerd kan worden en welke rol rechtsvorming daarin heeft, kan geïllustreerd worden aan de hand van de theorie van Lindahl, die als een van de weinigen²¹⁰ de representatieve relatie gekoppeld heeft aan rechtsvorming. Opmerkelijk genoeg lijken Van der Pot en Donner ook een relatie tussen de soeverein en rechtsvorming te erkennen, stellende dat de soevereiniteit als niet aan de voor anderen geldende regels gebonden bevoegdheid, net als de rechtsorde, boven zichzelf uit wijst.²¹¹ Een verband leggen tussen rechtsorde (en daarmee rechtsvorming) en representatie van het volk (algemeen belang) is het illustreren waard, omdat het een ander licht kan werpen op de democratie-idee en op de democratische representanten in een staat.

3.2.4 Rechtsorde en rechtsvorming²¹²

Volgens Lindahls analyse van de representatie is politieke representatie het proces waarbij het altijd afwezige algemeen belang (het volk) geconcretiseerd wordt. Dit

²⁰⁹ Kortmann 2001, p. 210. Van der Pot & Donner & Prakke hebben een andere opvatting:

‘In dat perspectief dient ook de volksvertegenwoordiging te worden gezien. Het is een opdracht tot handelen en besluiten voor degenen die dat zelf niet kunnen omdat zij te veel in aantal zijn, te verspreid wonen, niet deskundig genoeg zijn en, vooral, wel wat anders te doen hebben’. Zie Van der Pot & Donner & Prakke 2001, p. 456. Op dezelfde pagina stellen zij dat representatie niet zozeer het bevelen van een eenheid van zijn betreft, maar meer het bewerken van eenheid van handelen. Onduidelijk is echter hoe deze eenheid van handelen bewerkstelligd moet worden zonder daarbij uit te gaan van een eenheid van handelenden.

²¹⁰ In zijn theorievorming leunt Lindahl sterk op Kelsen en zijn rechtsvormingstheorie uit de *Rheine Rechtslehre*. Lindahls theorie leent zich echter beter voor toepassing in deze studie omdat zijn hiërarchie van de normen het algemeen belang als grondslag en beginpunt heeft, terwijl Kelsen de hiërarchie laat beginnen met een niet bestaande hypothetische *Grundnorm*.

²¹¹ Van der Pot & Donner & Prakke 2001, p. 149.

²¹² De inhoud van deze paragraaf is gebaseerd op de hoofdlijnen van de theorie van Lindahl. Zie voor de uitputtende weergave: Lindahl 1997, Lindahl 1999, Lindahl 2004, Lindahl 2001. Zie voor de toegepaste uitwerkingen: Lindahl 1998, Lindahl 2000.

algemeen belang en zijn concretisering zijn aan elkaar gerelateerd in termen van een ‘wederzijdse afhankelijkheid’. Enerzijds is het belang waarvoor een vertegenwoordiger opkomt afhankelijk van het algemeen belang, in die zin dat ‘particulier’ belang slechts als concretisering van het algemeen belang aanspraak kan maken op legitimiteit. Anderzijds wordt het algemeen belang slechts kenbaar via de concretisering, representaties, omdat deze het niet rechtstreeks toegankelijke algemeen belang aanwezig stellen.²¹³ Lindahl gebruikt in navolging van Plotke en Cassirer, ter illustratie van deze afhankelijkheidsrelatie, het voorbeeld van een stoel. Het begrip stoel (algemeen) wordt slechts in en door middel van stoelen (particulier) aanwezig gesteld. Tegelijkertijd komt iets als stoel tevoorschijn omdat het naar het afwezige begrip ‘stoel’ verwijst.²¹⁴ Het gevolg van deze afhankelijkheidsrelatie is dat elke concretisering van het algemeen belang vatbaar is voor de kritiek dat het slechts een deelbelang representeert. Een politieke partij dient dus in een politieke arena te betogen dat en waarom programma X de beste concretisering van het algemeen belang is, maar tegelijkertijd is deze claim principieel aanvechtbaar. Een andere partij zal immers zeggen programma X slechts voor deelbelangen opkomt en dat eigen programma Y in het algemeen belang is. De claim is echter nodig omdat slechts een concretisering van het algemeen belang aanspraak kan maken op gelding.²¹⁵ Politieke representatie als het proces waarbij het algemeen belang geconcretiseerd wordt, bestaat dus uit aanvechtbare claims dat concretisering X, Y of Z de beste concretisering van het algemeen belang is.

Tot zover is de theorie van Lindahl te rijmen met het klassieke uitgangspunt dat het parlement het volk vertegenwoordigt. Immers de wetten van het parlement zijn legitiem omdat ze worden geacht het volk, dus het algemeen belang te representeren ofwel te concretiseren. Dat er een verband is tussen enerzijds de wetten en het recht en anderzijds het algemeen belang lijkt plausibel. De staatsrechtsleer lijkt hier ook van uit te gaan, getuige de reeds geciteerde opmerking over artikel 50 van de Grondwet, namelijk dat de inspanningen (de wetten) van de volksvertegenwoordiging (het parlement) in dienst moeten zijn van het algemeen belang.²¹⁶ Vanuit het staatsrecht zal niet ontkend worden dat de materiële bepalingen van de constitutie het algemeen belang dienen. De formele bepalingen kunnen worden beschouwd als de spelregels – Lindahl noemt ze de institutionalisering²¹⁷ – die het kader bepalen waarbinnen de politieke discussie over het algemeen belang (en zijn invulling) plaatsvindt. Deze spelregels maken het mogelijk dat de claim dat concretisering X of Y of Z de beste is, daadwerkelijk in de politieke arena kan worden aangevochten.

De vraag naar het wezen van de politieke representatie lijkt dus nauw verbonden met het proces van rechtsvorming als zodanig. In navolging van Kelsen stelt meent Lindahl dat rechtsvorming een toepassende en scheppende handeling is, waarbij de hogere norm toegepast wordt en tegelijkertijd een lagere norm geschapen wordt.²¹⁸ Rechtsvorming heeft dus een representatieve structuur: in het toepassings- en scheppingsmoment zit namelijk de wederzijdse

²¹³ Lindahl 2001, p. 188-189.

²¹⁴ *Idem*, p. 186.

²¹⁵ Lindahl 1999, p. 12.

²¹⁶ Leenknecht 2000, p. 332.

²¹⁷ Lindahl 1999, p. 12.

²¹⁸ Lindahl 1999, p. 17-18.

afhankelijkheidsrelatie tussen een norm en zijn concretisering besloten.²¹⁹ Lindahl toont aan dat het algemeen belang concreet gerepresenteerd wordt door het proces van rechtsvorming, bestaande uit een hiërarchie der normen.²²⁰ Het algemeen belang staat aan top van de hiërarchie als meest algemene en hoogste norm. De betekenis van het algemeen belang wordt toegepast en geschapen (vorm gegeven) in de grondwet(geving), die vervolgens toegepast en vorm gegeven wordt in andere, lagere wetten. Aan het einde van deze hiërarchie bevindt zich het rechterlijk vonnis dat een wettelijke norm toepast en haar meest concrete betekenis schept.²²¹ De laagste norm, het vonnis, is tegelijkertijd de meest concrete representatie van de hoogste norm, het algemeen belang. Het vonnis dankt zijn legitimiteit aan de toepassing van het algemeen belang en alle andere normen die het algemeen belang concretiseren. Maar tegelijkertijd geeft het vonnis betekenis aan het algemeen belang. Alle rechtsvorming is zo bezien politieke representatie, beginnend bij het algemeen belang en eindigend bij het vonnis. Het gevolg van deze stelling is dat alle rechtsvormers politieke representanten zijn.²²²

De stelling dat het rechterlijk vonnis het algemeen belang vertegenwoordigt is in het klassieke staatsrecht geen algemeen geaccepteerde stelling. Daarom probeert Lindahl expliciet aan te tonen dat de rechter aan rechtsvorming doet (toepassend en scheppend handelt) en dat politieke representatie niet alleen een taak van het parlement maar ook van de rechter is.²²³

3.2.5 De rechter als vertegenwoordiger

Volgens Lindahl is de rechter evenzeer een volksvertegenwoordiger als de wetgever, omdat de rechter, net als de wetgever, steeds moet beslissen wat in de context van de te stellen norm (vonnis) de algemene normatieve betekenis van een wet (of andere norm) is.²²⁴ Aansluitend op Scholten betoogt Lindahl dat in alle rechtzaken de toepassing van een hogere (wettelijke) norm bijstelling eist, hoe minimaal ook, vanwege de steeds veranderende context waarin een norm moet worden toegepast.²²⁵ Het 'vinden'²²⁶ van recht – hetgeen de rechter doet – is tegelijkertijd een voortzetting én een schepping van de hogere (wettelijke) norm. Het is zowel toe- als aanpassing ervan en dit impliceert dat rechtspraak, evenals wetgeving, een specifieke politieke functie vervult; de vertegenwoordiging is van de grondwaarden van een politieke samenleving.²²⁷ De betekenis van een gestelde

²¹⁹ *Ibidem.*

²²⁰ *Idem*, p. 11.

²²¹ Om de relatie tussen wet en vonnis, algemene en particuliere, abstracte en concrete in verband te brengen met het afwezige en aanwezige ofwel gerepresenteerde en representatie gebruikt Lindahl de functionele leer van Cassirer, de rechtsvormingleer van Kelsen en de hermeneutische leer van Mc.Cormick, zie Lindahl 1998, p. 491-495 en Lindahl 2001, p. 175-184.

²²² Lindahl 2001, p. 176 en Lindahl 1999, p. 10.

²²³ Dit geldt ook voor de bestuurlijke macht, deze past toe en schept normen in haar besluiten. Gezien het onderwerp van deze studie zal het vertegenwoordigende aspect van de uitvoerende macht niet aan bod komen.

²²⁴ Lindahl 2001, p. 193.

²²⁵ Lindahl 1999, p. 25-26, Lindahl 1998, p. 494-495 en Lindahl 2000, p. 241-242.

²²⁶ Door van rechtsvinding te spreken probeerde Scholten te benadrukken dat de rechter noch een zuivere geconstitueerde macht is die het recht toepast, noch een zuiver constituerende macht is die het recht schept. Zie Scholten 1974, p. 174. Tevens Van Roermund 2001, p. 168-169. Zie voor meer over Scholten: Lissenberg e.a. 1996.

²²⁷ Lindahl 1999, p. 25-26.

wet (en daarmee van het algemeen belang) maakt zich kenbaar via de toepassing door de rechter; de rechter schept namelijk de betekenis van de norm in zijn toepassing. Tegelijkertijd wordt de gestelde norm (het vonnis) slechts als toepassing van de hogere norm voorgesteld en is zijn geldigheid en binding daarvan afhankelijk.²²⁸ De rechter kan een norm niet willekeurig en subjectief uitleggen omdat hij in zijn vonnis moet en zal claimen een hogere norm toe te passen, dus ook te vertegenwoordigen. Tegelijkertijd dient de rechter – rekening houdend met de maatschappelijke context en de eventueel veranderde politieke identiteit – elke keer weer kritisch te onderzoeken of een wet nog steeds als een concretisering van het algemeen belang opgevat kan worden.²²⁹ De verhouding tussen wet en vonnis is representatief: er is geen rechtstreekse toegang tot de normatieve betekenis van de wet, waardoor deze normatieve betekenis indirect aanwezig moet worden via individualiserende normen in het vonnis. Tegelijkertijd ontleent de geïndividualiseerde norm (het vonnis) haar aanspraak op gelding aan de claim dat zij de wet representeert (en daarmee in laatste instantie ook het algemeen belang).²³⁰ Vonnis en wet zijn dus van elkaar afhankelijk.

Volgens de theorie van Lindahl ligt de legitimatie van de rechter en zijn vonnis in zijn rechtsvormende handeling, i.e. de concretisering van het algemeen belang, i.e. de representatie van het volk.²³¹ Ook de voormalige president van de Hoge Raad, Martens, meent dat de legitimatie van de rechter van een andere aard is dan die van het parlement, maar zeker niet minder.²³² Maar Lindahl gaat een stap verder dan Martens door te stellen dat de rechter in een bepaald opzicht meer volksvertegenwoordiger is dan de Staten-Generaal:

*Slechts in de geïndividualiseerde norm wordt het virtuele karakter van het recht opgeheven en komt de samenleving te weten wat het algemeen belang concreet betekent, dat wil zeggen wordt 'het gehele Nederlandse volk' concreet aanwezig gesteld. (...) Dat het parlement een 'rechtstreeks' gekozen orgaan is, kan namelijk niet opgevat worden alsof het daarom 'dichterbij' het vertegenwoordigende volk staat dan de rechter. Het parlement staat dichterbij het electoraat, dat wil zeggen, dichterbij de uiteenlopende opvattingen die de burgers erop nahouden met betrekking tot het algemeen belang. Als zodanig staat wetgeving door het parlement altijd bloot aan het bekende risico van de tirannie van de meerderheid. (...) Juist omdat het volk als politieke eenheid niet met het volk als electoraat samenvalt, kan men aan de politieke vertegenwoordiging van de rechter een zelfstandige betekenis toebedelen.*²³³

Deze woorden van Lindahl zijn niet eenvoudig te rijmen met de klassieke staatrechtelijke theorie over de rol en betekenis van de rechterlijke en wetgevende macht in een democratische rechtsstaat. Toch kunnen er in de rechterlijke praktijk – juist op het terrein van militaire operaties waar deze studie zich primair op richt – voorbeelden worden gegeven aan de hand waarvan de bruikbaarheid en houdbaarheid van deze 'lindhalianse' theoretische noties kunnen worden aangetoond. Hieronder volgen enkele van deze voorbeelden.

²²⁸ Lindahl 2000, p. 245.

²²⁹ *Idem*, p. 241-142.

²³⁰ Lindahl 2001, p. 191.

²³¹ Vergelijk Van Roermund 2001, p. 168-169. Mijns inziens bedoelt hij hetzelfde als hij, na een koppeling gemaakt te hebben tussen het soevereiniteitsprobleem en de rechter, op pagina 172 concludeert: 'De uitoefening van de constituerende, rechtsvormende macht kan de vorm aannemen van de geconstitueerde, rechtstoepassende macht.'

²³² Martens 2000, p. 751.

²³³ Lindahl 2001, p. 194-195.

3.3 Casus

Naar aanleiding van het rapport van de Tijdelijke Commissie Besluitvorming Uitzendingen²³⁴ stelde de Vaste Commissie voor Defensie dat het *peacekeeping* karakter van operaties meer en meer wordt gemengd met *peace-enforcement*.²³⁵ Deze vermenging vergroot de onduidelijkheid van de juridische status van uitgezonden militairen tijdens internationale operaties. In het verleden deed artikel 96 van de Grondwet de officiële oorlogstoestand intreden waardoor het humanitaire oorlogsrecht en de oorlogsbepalingen in werking traden. Dit artikel is echter in onbruik geraakt. De juridische status van ‘acties’, ‘vredesoperaties’, ‘operaties’ en ‘gewapende conflicten’, zijnde geen oorlog in juridische zin maar waarbij wel oorlogshandelingen kunnen worden uitgevoerd, is onduidelijk: het oorlogsrecht is niet van toepassing, maar welk recht wel?²³⁶ Dat er in de praktijk over de status van operaties en daarmee over het toepasbare recht valt te twisten, blijkt uit de zaken Eric O. en Slapende Mariniers.²³⁷ In beide zaken is het de rechterlijke macht geweest die de juridische status van de operatie in Irak heeft bepaald en daarmee op het meest individuele niveau de rechten en plichten van een militair heeft vastgesteld, ofwel het algemene belang op een bepaalde manier heeft geconcretiseerd (de wil van het volk heeft vertegenwoordigd).

3.3.1 Eric O.²³⁸

Sergeant-majoor der mariniers Eric O. heeft deelgenomen aan de operatie in Irak en had op 27 december 2003 als commandant van het *Quick Reaction Force* de taak om een container te bergen, beschermen en transporteren. De situatie waarin Eric O. zijn taak moest uitvoeren was gevaarlijk en onvoorspelbaar. Er heerste chaos en onoverzichtelijkheid, er waren onvoldoende militairen, de onderlinge

²³⁴ *Kamerstukken II*, 2000-2001, 26 454, nr. 7-10.

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ Van Schooten 2007-a, p. 10.

²³⁷ Het op 18 juni 2007 verschenen rapport van de commissie Van den Berg bevestigt dit. In het rapport valt te lezen dat het mandaat van het ministerie van justitie waarmee de strijdkrachten naar Irak zijn gestuurd niet afdoende aansloot op de gevoelige operatie en de mogelijke consequenties van de militaire taakuitvoering bij crisisbeheersingsoperaties, zodat het in de praktijk niet altijd duidelijk was voor de militairen hoe te handelen. Zie *Onderzoek ondervragingen in Irak*, Rapport van de commissie van onderzoek naar de betrokkenheid van Nederlandse militairen bij mogelijke misstanden bij gespreken met gedetineerden in Irak, p. 70. Het rapport is te raadplegen op: http://www.mindef.nl/binaries/Rapport%20van%20de%20commissie_tcm15-74265.pdf.

²³⁸ Zie voor de feiten zoals vastgesteld door de rechter in eerste en tweede aanleg: Rechtbank Arnhem, 18 oktober 2004, *LJN* AR4029 en Hof Arnhem, 4 mei 2005, *LJN* AT4988. Zie ook Van Schooten 2007-a, p. 11-15. Recent is de zaak van Eric O. in opspraak gekomen nadat er in een NOVA uitzending van 29 maart 2007 door de bij het schietincident betrokken mariniers verklaard werd dat ze onder dwang en manipulatie van superieuren hun verklaringen over het incident hebben aangepast. De militairen hebben hiervan inmiddels aangifte gedaan en het Openbaar Ministerie heeft een onderzoek ingesteld. Wat het resultaat van dit onderzoek ook moge zijn, het doet niets af aan het belang van deze zaak voor deze studie. Met de zaak kan nog steeds aangetoond worden op welke manier de rechter de knopen doorhakt en het algemeen belang concreetiseert door te beslissen wat in een (militaire) situatie – waarbij de regering en het parlement gefaald hebben de status van de operatie en het daarvoor geldende recht vast te stellen – het recht moet zijn en welke individuele rechten en plichten daaruit volgen.

communicatie was slecht en het naderen van de container door ongeveer honderd Irakezen maakte de situatie dreigend. De situatie was zo grillig dat Eric O. uit vrees voor de container en zijn personeel, als reactie op de dichterbij komende Irakezen, zichtbaar ter waarschuwing zijn wapen heeft doorgeladen. De Irakezen bleven echter lopen waarna de sergeant-majoor een waarschuwingsschot in de lucht heeft afgevuurd. Ondanks dit waarschuwingsschot bleef er een groepje richting de container doorlopen. Toen het groepje ongeveer 75 meter van Eric O. verwijderd was, heeft deze een waarschuwingsschot links voor de groep in de grond afgevuurd met de bedoeling het zand te laten opspetteren hetgeen de groep mogelijk zou afschrikken. Enkele seconden na het schot viel een Irakees op de grond. Deze overleed onderweg naar het ziekenhuis.

Eric O. werd door het Openbaar Ministerie verweten tijdens een schietincident in Irak op 27 september 2003 zijn dienstvoorschriften te hebben overtreden omdat hij geweld heeft gebruikt in een situatie waarin geweldgebruik niet toegestaan was. Subsidiar werd hem dood door schuld (artikel 307 van het Wetboek van Strafrecht) ten laste gelegd. De rechtszaak spitste zich in eerste aanleg toe op de vraag welk recht er van toepassing was in deze vredesoperatie die noch een situatie van vrede, noch van oorlog was. De militaire kamer van de rechtbank in Arnhem oordeelde dat de *Rules of Engagement* (ROE) van toepassing waren. In artikel 151 van de ROE werd bepaald dat het gebruik van een waarschuwingsschot als zelfstandig gewelddmiddel toegestaan was ter afwending van dreiging. Het gebruik van geweld diende volgens de rechtbank wel te voldoen aan de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit en dit was in casu het geval.²³⁹ De ROE zijn volgens de rechtbank door de *Aide Memoire* van toepassing verklaard. Aangezien de verdachte zich aan de ROE, de *Aide Memoire* en de Geweldsinstructie heeft gehouden, kan volgens de rechtbank niet bewezen worden verklaard dat hij zijn dienstvoorschriften heeft overtreden. Verdachte werd dan ook vrijgesproken van het hem primair en subsidiar ten laste gelegde.²⁴⁰

Het Openbaar Ministerie (OM) ging in beroep tegen het vonnis van de rechtbank, argumenterend dat de ROE geen dienstvoorschriften zijn en dat de rechtbank de definitie van 'dienstvoorschrift' uit artikel 135 van het Wetboek van Militair Strafrecht te breed heeft geïnterpreteerd en daarmee heeft geoordeeld in strijd met het legaliteitsbeginsel. De Advocaat-generaal hield tevens in zijn beroep vast aan de tenlastelegging van dood door schuld, stellende dat Nederland niet als militaire partij aan de operatie in Irak deelnam en dat er derhalve sprake was van een 'expert op operatie', zodat het commune strafrecht van toepassing was.²⁴¹ De status van de uitgezonden militairen was volgens het OM geen militaire status, maar te vergelijken met die van politieagenten zonder militaire taken. Derhalve waren de ROE niet van toepassing. Het hof was het niet eens met het OM en sprak met dezelfde argumenten als de rechtbank Eric O. vrij. De ROE moeten volgens het hof als dienstvoorschriften worden aangemerkt en zijn als zodanig van toepassing op het handelen van de militairen in Irak.²⁴² Eric O. was op grond van artikel 151 van de ROE bevoegd tot het lossen van een waarschuwingsschot dat voldeed aan de eisen van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit

²³⁹ Rechtbank Arnhem 18 oktober 2004, *LJN* AR4029, overwegingen 4.6-4.8.

²⁴⁰ *Idem*, overweging 5.

²⁴¹ Het volledige Requisitoir inzake Eric O. is te raadplegen op: http://www.om.nl/militaire_zaken_eric_o/_militaire_zaken_documenten/502/.

²⁴² Hof Arnhem 4 mei 2005, *LJN* AT4988, overwegingen b5- e2.

en niet als onvoorzichtig, onzorgvuldig, onachtzaam of nalatig kan worden aangemerkt, zodat de verdachte van het primaire, subsidiaire en meer subsidiaire dient te worden vrijgesproken.²⁴³ Aan het einde van het arrest reageert het hof kort en bondig, maar uitermate kritisch op enkele opmerkingen van de Advocaat-generaal.²⁴⁴ Het hof stelt dat het OM en de Ministerie van Defensie voorafgaand aan de operatie geen overleg hebben gevoerd waarin de status van de operatie had moeten worden vastgesteld. Deze vooraf vastgestelde status zou ten grondslag kunnen liggen aan een afgewogen beleid voor instructie en vervolging. Omdat in casu dat overleg niet had plaatsgevonden en de status van de operatie niet helder was, voelde de rechter zich genoodzaakt zelf te beslissen welk recht voor deze operatie geldt. Dat heeft het hof ook gedaan door korte metten te maken met de door het OM aangevoerde gelijkstelling tussen de militair in Irak en een politieagent. Met een vergelijkbare regeling als voor de politie wordt, aldus het hof, uit het oog verloren dat het militaire optreden tijdens internationale operaties van een volstrekt andere orde is. Een voorbeeld hiervan is juist het zelfstandige waarschuwingsschot, dat als politiebevoegdheid inderdaad taboe is maar in de militaire praktijk geenszins.²⁴⁵ Hiernaast meent het hof dat het legaliteitsbeginsel, zoals door het OM uitgelegd, een beperkte weergave is waarbij de rechtsbeschermende functie van het legaliteitsbeginsel uit het oog is verloren. Het OM ontbreekt het volgens het hof aan ‘situational awareness’ ten aanzien van buitengewone en gevaarvolle omstandigheden, waarbij een uitgezonden militair moet kunnen rekenen op de nodige juridische rugdekking.

Uit deze kritische opmerkingen van het hof richting het OM zijn enkele conclusies te trekken over de concretiserende rol van de rechter in casu. In de eerste plaats bepaalt de rechter de status van deze operatie en compenseert derhalve het gebrek aan overleg vooraf tussen het OM en de Ministerie van Defensie. Het hof concretiseert de status van deze specifieke operatie (en daarmee het algemeen belang) door in deze juridisch onduidelijke situatie te bepalen welk recht er dient te gelden (de ROE) en welke rechten en plichten op individueel niveau daaruit volgen. Ten tweede stelt de rechter vast dat een uitgezonden militair niet gelijk te stellen is aan een politieagent. Hiermee zegt hij niet alleen iets over de status van de operatie in Irak, namelijk: de operatie is nauw verwant met een militair optreden en daarom zijn de ROE van toepassing,²⁴⁶ maar tegelijkertijd spreekt de rechter zich uit over het algemeen belang door te zeggen dat een zelfstandig waarschuwingsschot door een militair wel en door een politieagent niet mag worden gelost. In de derde plaats kan gezegd worden dat de rechter het algemeen belang onafhankelijker en vrijer kan concretiseren, omdat hij los van een politieke context (ministerie) of van een vervolgingscontext (OM) rekening houdende met alle feiten en omstandigheden van het geval – met name de mate van gevaar – het juridische kader toepast en schept door te bepalen dat het verbod om iemand te doden niet zonder meer opgaat tijdens een militaire uitzending waarvan de juridische status vooraf niet duidelijk is.

²⁴³ *Idem*, overwegingen a-f. Zie ook: Van Schooten 2007-a, p. 16.

²⁴⁴ *Idem*, overweging ten overvloede a-e.

²⁴⁵ *Ibidem*.

²⁴⁶ Zie voor een beschouwing van het karakter van de ROE, alsmede voor een uitgebreide analyse van het functioneel geweldgebruik in internationale operaties: Dolman e.a. 2005.

3.3.2 Slapende Mariniers

Naast de Eric O. zaak heeft het probleem van de onduidelijkheid omtrent juridische status zich ook voorgedaan in de zaak van de Slapende Mariniers.²⁴⁷ Twee Nederlandse militairen in Irak werd ten laste gelegd dat zij op 15 augustus 2003 in slaap waren gevallen terwijl zij op wacht stonden. Hierdoor waren ze niet in staat het bewakingsgebied te controleren, wat gevaar voor de veiligheid van de manschappen met zich mee had gebracht. De verdachten werd primair het in tijd van oorlog opzettelijk dan wel door schuld niet vervullen van een bijzondere verplichting (artikel 107 lid 1 jo. 107 lid 2 dan wel 108 lid 1 jo. 108 lid 2 van het Wetboek van Militair Strafrecht) ten laste gelegd, subsidiair het opzettelijk dan wel door schuld niet vervullen van een bijzondere verplichting (artikel 107 lid 1 of 108 lid 1 van het Wetboek van Militair Strafrecht). De rechtzaak spitste zich toe op de vraag of er tijdens de wacht sprake was van ‘in tijd van oorlog’. Volgens de rechters was dit niet het geval omdat er in casu niet gesproken kon worden van oorlog in volkenrechtelijke zin, gelet op het bepaalde in artikel 87 Wetboek van Strafrecht en artikel 96 van de Grondwet, er geen sprake was van feitelijke oorlogsomstandigheden (er was sprake van een lage dreiging en een lage alert-status) en de voor toepasselijkheid van artikel 71 Wetboek van Militair Strafrecht vereiste bekendmaking niet had plaatsgevonden.²⁴⁸ Omdat er geen sprake was van ‘in tijd van oorlog’, spraken de rechtbank en het hof de verdachten dan ook vrij van het primair ten laste gelegde niet vervullen van een bijzondere verplichting in tijd van oorlog. De verdachten werden echter wel veroordeeld op grond van artikel 107 lid 1 Wetboek van Militair Strafrecht, namelijk het als militair aan zijn schuld te wijten zijn dat hij een bijzondere verplichting betreffende de waakzaamheid of veiligheid niet vervult, terwijl als rechtstreeks en onmiddellijk gevolg daarvan schade te duchten is voor de veiligheid. Het hof merkte hierbij op dat de verdachten zich weliswaar niet ‘in tijd van oorlog’, maar wel ‘onder operationele omstandigheden in Irak’ schuldig hebben gemaakt aan een wachtdelict door in slaap te vallen.²⁴⁹ De militaire kamer van de rechtbank merkte in haar vonnis, ten overvloede, op dat de huidige terminologie in het Wetboek van Militair Strafrecht onvoldoende aansluit bij de veranderde operationele omstandigheden waaronder de krijgsmacht haar internationale taken moet verrichten. Tegelijkertijd stelde de rechtbank dat deelname aan vredes- en veiligheidsoperaties in internationaal verband niet zonder meer als oorlog of als feitelijke oorlogsomstandigheden kan worden geclassificeerd.²⁵⁰

In deze zaak hebben de rechters de status van de vredesoperatie in Irak vastgesteld door te betogen dat en waarom er geen sprake was van een ‘in tijd van oorlog’. In concreto hebben ze ook bepaald welk recht (namelijk artikel 107 lid 1) van toepassing is op deze situatie en waarom. Interessant in deze zaak is dat de eis van de officier van justitie voor zowel het primair (het feit begaan in tijd van oorlog) als voor het subsidiair (het feit begaan niet in tijd van oorlog) ten laste

²⁴⁷ Rechtbank Arnhem 1 maart 2004, *LJN* AO4591, Hof Arnhem 8 september 2004, *LJN* AQ9886, Hoge Raad 11 oktober 2005, *LJN* AU2053.

²⁴⁸ Rechtbank Arnhem 1 maart 2004, *LJN* AO4591, par. 3, Hof Arnhem 8 september 2004, *LJN* AQ9886.

²⁴⁹ Hof Arnhem 8 september 2004, *LJN* AQ9886.

²⁵⁰ Rechtbank Arnhem 1 maart 2004, *LJN* AO4591, par. 3.

gelegde gelijk was, waaruit blijkt dat de officier het bestanddeel ‘in tijd van oorlog’ niet als een strafverzwarende omstandigheid aangewend had. Volgens de commissie Borghouts blijkt hieruit dat de officier van justitie deze zaak aangegrepen heeft om een proefproces te voeren met als doel meer duidelijkheid te krijgen over het toepassingsbereik van het begrip ‘in tijd van oorlog’.²⁵¹ Deze duidelijkheid hebben de rechters geschapen door concrete criteria te introduceren die ‘in tijd van oorlog’ definiëren en bepalen. Deze criteria en de opmerking van de rechtbank dat de veranderende operationele omstandigheden waaronder de krijgsmacht haar internationale taken moet verrichten niet aansluiten bij de terminologie in het Wetboek van Militair Strafrecht, impliceren een bepaalde visie van de rechter op het algemeen belang. Deze concretisering van het algemeen belang door de rechters in deze zaak vindt op drie niveaus plaats. Op het meest concrete niveau bepalen de rechters dat de operatie in Irak geen oorlog is, wat gevolgen heeft voor de individuele rechten en plichten van de militairen aldaar. Op een algemeen niveau brengen de rechters een concretisering van het militair recht aan door duidelijk een grens te trekken tussen ‘in tijd van oorlog’ en ‘niet in tijd van oorlog’. Aangezien het militair recht het algemeen belang inzake militaire kwesties concretiseert, kunnen de uitspraken gezien worden als een indirecte concretisering van het algemeen belang. Op een nog algemener niveau kan de suggestie van de rechtbank dat een eventuele verbreding van ‘in tijd van oorlog’ naar ‘onder operationele omstandigheden’ beter zou aansluiten bij de huidige maatschappelijke context, uitgelegd worden als een impliciete en voorzichtige poging van de rechter om in het licht van het algemeen belang vandaag de dag het huidige militaire strafrecht als te beperkt aan te duiden en een herijking voor te stellen. Ten overvloede wordt nog opgemerkt dat door artikel 107 lid 1 Wetboek van Militair Strafrecht van toepassing te verklaren, deze rechters – net als hun collega’s in de Eric O. zaak – van mening zijn dat de militairen in Irak niet te vergelijken zijn met politieagenten.

3.3.3 *Intermezzo: de commissies*

Uit de worsteling van de rechters om zich uit te spreken over de aard van de operatie in Irak – het is geen oorlog maar wel van militaire aard, waarbij sprake is van ‘operationele omstandigheden’ – blijkt dat het niet eenvoudig is om deze operatie juridisch te duiden. Naast deze rechters zijn er nog twee commissies geweest die geworsteld hebben met de operatie in Irak. Hun worsteling illustreert tegelijkertijd wat voor consequenties onhelderheid en onduidelijkheid op dit gebied met zich mee kan brengen. Daarom zullen de rapporten van de commissies hieronder kort worden behandeld.

Naar aanleiding van de zaak tegen Eric O. is, na een motie van de Tweede Kamer,²⁵² de ‘Commissie evaluatie toepassing militair strafprocesrecht bij uitzendingen’ ingesteld, die een onderzoek moest doen naar de structuur en werkwijze en de procedures die bij de vervolging van uitgezonden militairen aan de orde zijn. De politieke vraag die na de zaak Eric O. werd opgeroepen, was of de procedures die in dat soort gevallen gelden en de wijze waarop deze worden gehanteerd voldoende zijn toegespitst op de hoge eisen en de specifieke omstandigheden van militaire operaties in risicogebieden.²⁵³ Wat het precieze

²⁵¹ Borghouts 2006, p. 96.

²⁵² *Kamerstukken II*, 2004-2005, 29 800 X, nr. 51.

²⁵³ *Ibidem*. Zie ook: Bruin 2007, p. 73-74.

mandaat van de militairen was en welke andere voorschriften dit mandaat medebepaalden, was in Irak volgens de commissie niet helder. Om in de toekomst zeker te zijn van meer helderheid voor en tijdens een operatie, beveelt de commissie het volgende aan:

- het verruimen van het verouderde begrip ‘in tijd van oorlog’ tot het ‘gewapend conflict’ in het Wetboek van Militair Strafrecht, overeenkomstig de verruiming in het Wetboek van Strafrecht;
- het vooraf voldoende informeren van militairen;
- het opnemen van strafuitsluitende werking van de geweldsinstructies – voortvloeiend uit de ROE – in het vervolgingsbeleid van het OM;
- te onderzoeken op welke wijze kan worden voorzien in een wettelijke bepaling, toegesneden op Nederlandse militairen op operaties, waarin de legitimatie van geweldgebruik conform de gewelddinstructies wordt opgenomen.²⁵⁴

De aanbeveling van Coolen om in beide wetboeken de uitdrukking ‘in tijd van oorlog’ nog verder te verruimen tot de zinsnede ‘onder operationele omstandigheden’ werd niet door de commissie overgenomen²⁵⁵

Het op 18 juni 2007 verschenen rapport van de commissie Van den Berg die onderzoek heeft gedaan naar de vermeende martelingen door Nederlandse militairen van gedetineerden in Irak, laat ook een beeld zien van een operatie die heeft geleden onder een onduidelijke en slechte mandatering.²⁵⁶ Militairen hielden zich niet altijd aan hun instructies en opereerden op of over de grens van het toegestane, de defensieorganisatie stuurde de militairen in het veld soms slecht aan en hield in een geval informatie achter voor de minister en de Kamer en de politiek zelf stuurde de strijdkrachten met een mandaat dat niet altijd even goed aansloot bij de praktijk te velde.²⁵⁷ De commissie pleit er voor dat bij de vaststelling van een mandaat voor een operatie zowel op politiek als op ambtelijk niveau zorgvuldig wordt doordacht of een bepaald mandaat te velde wel toepasbaar is.²⁵⁸ Deze opmerking van de commissie lijkt vanzelfsprekend, maar is het niet. De commissie constateert dat de Nederlandse regering in Irak, anders dan de Britten en Amerikanen, de status van een niet-bezettende mogendheid had. Ter wille van het politieke draagvlak werd voor dit ‘kunstmatige onderscheid’ gekozen. Nederland was geen bezettende mogendheid, maar voerde wel orders uit van een bezettende mogendheid. Hierdoor kwam volgens de commissie de commandant te velde in een spagaat terecht.²⁵⁹

Dit laatste rapport illustreert wat de gevolgen kunnen zijn van een onheldere juridische status van een operatie en van een onduidelijk mandaat. Het rapport van de commissie Borghouts doet aanbevelingen over hoe dit in de toekomst voorkomen zou kunnen worden. Echter, voor Erik O. en de slapende mariniers komen deze rapporten te laat en is het feitelijk de rechter geweest die zelf in deze twee zaken een eind heeft moeten maken aan de heersende juridische onduidelijkheid door rechtsvormend op te treden.

²⁵⁴ Borghouts 2006, p. 66-70, Bruin 2007, 84-90.

²⁵⁵ Borghouts 2006, p. 68 e.v.

²⁵⁶ Zie voor conclusies een aanbevelingen: *Onderzoek ondervragingen in Irak*, Rapport van de commissie van onderzoek naar de betrokkenheid van Nederlandse militairen bij mogelijke misstanden bij gespreken met gedetineerden in Irak, p. 74-76. Het rapport is te raadplegen op: http://www.mindef.nl/binaries/Rapport%20van%20de%20commissie_tcm15-74265.pdf.

²⁵⁷ *Idem*, p. 63-65.

²⁵⁸ *Ibidem*.

²⁵⁹ *Idem*, p. 42 en p. 63.

3.3.4 Rechter als rechtsvormer

Uit de zaken Eric O. en Slapende Mariniers is gebleken dat de vooraf juridisch niet helder begrensde of gedefinieerde status van de operaties, die noch een toestand van vrede noch van oorlog zijn, bij de rechter in de eerste plaats vraagt om een vaststelling van het geldende recht. Deze verduidelijking van de juridische context is van belang voor het succesvol uitvoeren van een operatie, omdat de militairen dan weten hoe ze mogen handelen, wat geoorloofd is en wat niet. Dat is vooral van belang in risicovolle omstandigheden waarbij mensenlevens op het spel kunnen staan. In gevallen dat de regering en het parlement er niet in geslaagd zijn om de status en de grenzen van een operatie duidelijk vooraf aan te geven, is het in het algemeen belang dat de rechter in een individueel geval – hetgeen als precedent kan gaan werken – dit tekort aan helderheid opvangt en corrigeert.

Uit de behandelde zaken is ook gebleken dat de Nederlandse rechter voorzichtig blijft in zijn uitspraken over onduidelijke militaire operaties. In de Eric O. zaak spreekt de rechter duidelijk uit dat de vraag naar de status van een operatie idealiter voorafgaand aan de operatie door het OM en de Ministerie van Defensie moet worden vastgesteld. In de zaak van de Slapende Mariniers merkt de rechtbank wel op dat er sprake is van een discrepantie tussen de terminologie in de wet en de veranderde operationele omstandigheden te velde, maar een daadwerkelijke suggestie tot verbetering doet de rechtbank niet. Deze voorzichtigheid en terughoudendheid van de rechterlijke macht is te begrijpen in ons huidige systeem dat gebaseerd is op de klassieke opvatting van democratie, waarbij de rechter niet als een democratisch orgaan wordt gezien en derhalve niet geacht wordt zich uit te spreken over wetgeving. De praktijk laat echter zien dat de specialistische rechter toch wel rechtsvormend optreedt door op zijn eigen, individuele en contextafhankelijke manier de geldende wetten (en daarmee het algemeen belang) te concretiseren door deze te vertalen naar feitelijke rechten en plichten en door te bepalen dat in Irak een militaire operatie gaande is die niet ‘in tijd van oorlog’ plaatsvindt, maar wel anders is dan een politieoptreden en waarvoor de ROE van toepassing zijn.

Opgemerkt dient te worden dat het niet van belang is of de behandelde uitspraken juridisch gezien op een juiste rechtsopvatting rusten.²⁶⁰ Ook al was Eric O. door een van de rechters veroordeeld of waren de slapende mariniers vrijgesproken, dan nog zou de uitspraak van de rechter de status van de operatie bepalen en daardoor een vorm van concretisering van het recht en daarmee van het algemeen belang zijn.

Dus kan geconcludeerd worden dat de rechter, overeenkomstig de theoretische beschouwing over representatie als rechtsvormer, in potentie in staat is om vertegenwoordigend op te treden en zo het tekort aan parlementaire betrokkenheid bij uitzendingen aan te vullen. Dit kan de rechter doen door zich uit te spreken over het geldend recht en door – rekening houdend met alle omstandigheden van het geval – rechten en plichten voor individuele militairen vast te stellen. Van belang is ook om te concluderen dat de rechter dat in de praktijk reeds heeft gedaan in de zaken van Erik O. en Slapende Mariniers.

²⁶⁰ Zie voor een kritische bespreking van de uitspraak in de Eric O. zaak: De Roos 2005, p. 258 e.v.

3.4 Herijkte democratie-idee

Lindahls theorie over rechtsvorming en representatie leerde dat de rechter als rechtsvormer in zijn vonnis het algemeen belang concretiseert (hoe minimaal ook). De casus leerden dat deze theorie praktisch ingevuld kan worden. Deze mogelijkheid van praktische invulling neemt echter niet weg dat er nog kritiek mogelijk is tegen de theorie. In deze paragraaf wordt de kritiek weerlegd waarna de theorie gebruikt zal worden om een herijkte democratie-idee te schetsen.

3.4.1 De kritiek weerlegd

Lindahls theorie over representatie, met name zijn oprekking daarvan, heeft drie mogelijk problematische aspecten. Ankersmit heeft deze aspecten in zijn co-referaat²⁶¹ op Lindahl aangevoerd. De kritiek van Ankersmit had evenzeer van de klassieke staatsrechtjuristen kunnen komen.

In de eerste plaats is het volgens Ankersmit onverstandig en onjuist van Lindahl dat hij alle staatsmachten tot volksvertegenwoordigers maakt.²⁶² Om te illustreren dat deze oprekking onjuist is gebruikt Ankersmit het voorbeeld van een politieagent die een onderdeel is van de uitvoerende macht en die nimmer een volksvertegenwoordiger kan zijn omdat hij niet gekozen is, gebonden handelt en verantwoording aan zijn baas moet afleggen in plaats van aan het volk. Ankersmit meent in lijn met de klassieke opvatting dat slechts een gekozen orgaan (het parlement dus) een volksvertegenwoordigend orgaan kan zijn.²⁶³ Het gehele Nederlandse volk representeren betekent echter abstraheren van het electoraat. De politieagent vertegenwoordigt misschien op het eerste gezicht de staat, maar wie of wat is de staat en wat is de opdracht van de staat en indirect van de agent? Het volk vertegenwoordigen en het algemeen belang behartigen? De politieagent zal zijn opdrachten uitvoeren als zijnde bevelen van hogerhand, maar de staat zal de opdrachten geven, claimend daarmee het algemeen belang te vertegenwoordigen.

In de tweede plaats heeft Ankersmit kritiek op Lindahls voorstelling van rechtsvorming als representatie. De hiërarchie tussen normen impliceert volgens Ankersmit een relatie tussen een algemene en een particuliere norm, maar deze relatie is niet zonder meer gelijk te stellen aan een relatie tussen de representatie en het gerepresenteerde.²⁶⁴ De volksvertegenwoordiging (het parlement) is niet aan het toepassen, maar strikt aan het scheppen, terwijl het bestuur en de rechter puur aan het toepassen zijn; er is hoogstens sprake van interpretatie. Het is de taak van de rechterlijke macht om de normen (wetten) in een concreet geval uit te leggen en om ze expliciet te betrekken op de huidige maatschappelijke context om uiteindelijk uit de norm concrete rechten en plichten te destilleren. Dit destilleren is meer dan interpreteren omdat de concrete betekenis van de norm uit het vonnis blijkt en niet vooraf gegeven is. Niet alleen omdat de wettelijke normen gezien hun algemeenheid geen vaste kenbare betekenis hebben, maar ook omdat de

²⁶¹ Ankersmit 1999, p. 91-93.

²⁶² *Idem*, p. 91.

²⁶³ Opvallend is dat Ankersmit in latere geschriften zijn standpunt lijkt te hebben genuanceerd. In plaats van 'het electoraat' gebruikt hij 'natie' en 'politieke identiteit'. Zie bijv. Ankersmit 2002, p. 115.

²⁶⁴ Ankersmit, 1999, p. 92.

rechter de algemene normen moet concretiseren, in het licht van alle omstandigheden van het geval, die elke keer weer om een nieuwe betekenis van de norm kunnen vragen, hoe minimaal deze ook is. Dat Scholten en Martens beiden uitgaan van een rechter die het recht vindt (ofwel toepast en schept), is hiervoor reeds opgemerkt.²⁶⁵ Ook Vranken is deze mening toegedaan. In zijn *Algemeen Deel* gaat Vranken zelfs nog een stap verder door te stellen dat rechterlijke rechtsvorming móét.²⁶⁶ Vranken constateert dat het gegeven dat de rechter een rechtsvormende taak heeft, tegenwoordig openlijk aanvaard wordt en niet ter discussie staat.²⁶⁷ De wetgever kan het volgens Vranken niet meer alleen af, zodat rechtsvorming door de rechter onmisbaar is geworden voor de ontwikkeling van het recht. Het recht ontwikkelt zich verder doordat zich steeds nieuwe situaties voordoen die niet zijn voorzien en waarin de rechter de knoop moet doorhakken.²⁶⁸ Hieraan kan toegevoegd worden dat er ook in reeds voorziene gevallen een rol voor de rechter is weggelegd omdat de maatschappelijke context, alsmede de individuele omstandigheden om nieuwe ‘rechtsvorming’ kunnen vragen.

In de derde plaats vindt Ankersmit Lindahls gelijkstelling van ‘het gehele Nederlandse volk’ aan ‘het algemeen belang’ problematisch.²⁶⁹ Deze twee noties zijn volgens hem niet identiek. Volgens Ankersmit vertegenwoordigen de Staten-Generaal niet zozeer het algemeen belang zelf maar de politieke opvattingen van de Nederlandse bevolking over het algemeen belang. Maar wat is de status van deze politieke opvattingen? Zijn dit geen deelbelangen? Ankersmit gaat hier wederom uit van de relatie parlement-electoraat en niet van de relatie parlement-volk. Het soevereine volk impliceert immers een politiek eenheid en wordt niet gevormd door een optelsom van verschillende politieke opvattingen. Voorts miskent Ankersmit de politieke realiteit waarbij de politieke partijen feitelijk niet zullen beweren dat ze slechts een politieke opvatting van eigen kiezers naar buiten brengen, maar waar ze zullen betogen dat deze opvatting de enige goede en juiste is voor het gehele volk.

3.4.2 De herijkte democratie-idee

Nu de algemene theorie van Lindahl waardevol blijkt te zijn, bezien we op welke wijze zijn representatietheorie de democratie-idee kan herijken.

Het is duidelijk dat het democratieprincipe dat voortvloeit uit Lindahls theorie niet berust op de directe inmenging van het volk in de politieke besluitvorming of op het letterlijke idee van het volk dat zichzelf de wet stelt. De democratie is intern verbonden met het vertegenwoordigingsprincipe, omdat democratie het inzicht institutionaliseert dat ‘het volk’ zich altijd onttrekt aan een rechtstreekse toegang tot – dus aan de toe-eigening van – politieke macht.²⁷⁰ Het op deze manier benaderen van ‘het volk’ dat gerepresenteerd dient te worden, doet recht aan het wezen van het principe van volkssoevereiniteit. Reeds is gebleken dat de analyse van soevereiniteit zich moeilijk laat rijmen met het vertegenwoordigen van het volk als een numerieke veelheid en dat het koppelen

²⁶⁵ Zie paragraaf 3.2.5 van deze studie.

²⁶⁶ Vranken 2005, nr. 9.

²⁶⁷ *Ibidem*.

²⁶⁸ *Ibidem*.

²⁶⁹ Ankersmit 1999, p. 92-93.

²⁷⁰ Lindahl 2001, p. 195.

van soevereiniteit aan het volk als politieke eenheid recht doet aan de idee achter soevereiniteit.²⁷¹ Slechts van een in de staat afwezige eenheid kan immers worden gezegd dat ze machtsscheppend en rechtstellend fungeert door aan die macht en dat recht vooraf te gaan. De plaatsing van het volk als politieke eenheid buiten de rechtsorde, als een abstracte notie die aan de staatsvorming en aan de staat transcendent is, lijkt inherent te zijn aan het principe van de volkssoevereiniteit. De daarvoor noodzakelijke representatieve democratie is dus niet problematisch. Er is verder ook geen sprake van een problematisch vervreemdingsmoment dat de klassieke democratie-idee meende op te kunnen heffen door het volk rechtstreeks invloed te geven. Deze herijkte democratie-idee laat zien dat representatie het volk niet vervreemdt maar er juist identiteit aan verleent. Democratie zal om deze redenen altijd een vertegenwoordigende democratie zijn.

Verder zijn alle rechtsvormende organen vertegenwoordigende organen die hun legitimiteit danken aan de claim dat hun norm (inclusief het individuele vonnis) het algemeen belang (via zijn andere concretisering, de wetten) toepast en tegelijkertijd de betekenis van het algemeen belang scheidt. De vertegenwoordiger zal altijd claimen het algemeen belang te representeren, maar juist omdat dat algemeen belang pas betekenis krijgt door de concretisering ervan, kan de claim aangevochten worden als zijnde een deelbelang. Deze aanvechtbaarheid van de claim wordt door de democratie en vooral door het principe van de *trias politica* geïnstitutionaliseerd. De institutionalisering van een systeem van *checks and balances* maakt het mogelijk om op democratische wijze met de noodzakelijke aanvechtbaarheid van de claim om te gaan: slechts wanneer een claim omtrent de betekenis van de politieke eenheid van het volk (algemeen belang, norm) zich achteraf aan de kritische toets van een andere macht onderwerpt, kan er redelijkerwijze sprake zijn van de representatie van het soevereine volk.²⁷² In deze herijkte democratie-idee komt het traditionele principe van de machtenscheiding wel zuiverder tot uitdrukking. Juist omdat alle drie de machten politieke machten zijn en ze alle drie in hun wetten, besluiten of uitspraken het algemeen belang menen te vertegenwoordigen, is geen van de machten geprivilegieerd en kunnen ze elkaar in gelijke mate controleren of met gelijke kracht bevechten. Het evenwicht wordt bereikt zonder dat men zich in bochten moet wringen om het belang en de waarde van de niet gekozen rechter te verdedigen. De grond waarop de verhouding van de *trias* is gebaseerd, maakt een controle van alle machten ten opzichte van elkaar acceptabel.

Voorts institutionaliseert de democratie, met name de formele bepalingen uit de constitutie, de mogelijkheid om in de politieke arena – waaronder ook een gang naar de rechter wordt verstaan – een dergelijke claim aan te vechten. Instrumenten als verkiezingen, referenda, de (beroeps)gang naar de rechter, etc. zijn instrumenten die de aanvechtbaarheid van de claim mogelijk maken en vormen dus de kern van de democratie. Dankzij de dynamiek van de wederzijdse afhankelijkheidsrelatie en de noodzakelijke aanvechtbaarheid van de claims zijn verschillende in onze democratische rechtstaat geldende institutionele waarborgen te begrijpen.²⁷³

²⁷¹ Zie paragraaf 3.2.3 van deze studie.

²⁷² Lindahl 2004, p. 87.

²⁷³ Niet alleen de reeds geldende staatsinrichting (de verdeling van bevoegdheden tussen het parlement en de regering, de manier van totstandkoming van de verschillende staatsorganen, verkiezingen etc.) maar ook het evenwicht der machten, rechterlijke controle (en de gehele inrichting van de rechterlijke macht) zijn hiervan voorbeelden.

De noodzakelijke representativiteit van de rechtsorde heeft tot gevolg dat geen rechtsorde zich definitief kan vestigen omdat elke claim dat deze rechtsorde het volk het beste representeert aanvechtbaar is. Er zullen altijd andere²⁷⁴ concretisering van het algemeen belang aanwezig zijn die vanuit de marge proberen de rechtsorde te veranderen, hoe minimaal ook. De herijkte democratie-idee verklaart waarom een politieke gemeenschap een contingente en voorlopige orde is en wat de status is van een 'minderheidsstandpunt', waarom en hoe deze geïnstitutionaliseerd kan worden door deze een plaats te geven in een structuur van de aanvechtbare claims waaruit de rechtsorde is opgebouwd. Het grootste probleem van de klassieke democratie-idee, de status van minderheden, lijkt in de herijkte democratie-idee niet problematisch te zijn. Door de aanvechtbaarheid van de claim te institutionaliseren, wordt immers mogelijk gemaakt dat de minderheid meerderheid wordt en wordt het gevaar van de tirannie van de meerderheid voorkomen.

²⁷⁴ In de klassieke opvatting zou men ze 'minderheden' noemen, echter de term is te zeer verbonden met een numeriek volksbegrip dat in de klassieke idee een wezenlijke maar hier een ondergeschikte rol speelt.

Hoofdstuk 4

Afronding

De centrale vraag van deze studie – heeft het parlement ingeboet aan betrokkenheid en beslissingsmacht in het kader van besluiten omtrent het uitzenden van militairen en is de democratische legitimatie van deze militaire operaties daardoor zo verminderd dat dit vermeend democratisch deficit strijdig is met de principes van de democratische rechtsstaat – is tot nog toe niet expliciet beantwoord. In dit hoofdstuk zal, gebruikmakend van de analyses uit de voorgaande drie hoofdstukken, een aanzet worden gedaan tot het beantwoorden van de centrale vraag. Voorts zullen enkele afsluitende opmerkingen worden gemaakt over deze studie en over verder wetenschappelijk onderzoek op dit terrein.

4.1 Conclusie

Deze studie begint met de principes van de democratische rechtsstaat. Na de beschouwing over de rechtsstaatedachte wordt in het eerste hoofdstuk de rechtsstaat gedefinieerd als een staat waarin de dienstige overheid, belichaamd door volksvertegenwoordigers, in naam van het volk wetten en regels maakt, zich zelf aan deze wetten en regels houdt, terwijl het de monopolistische bevoegdheid heeft om degene die zich er niet aan houdt te straffen, mits daartoe in een rechterlijke procedure wordt besloten. De heerschappij van het recht – die de kern van de rechtsstaatedachte blijkt te zijn – is erop gericht de macht van de overheid rechtens te beperken en willekeur te voorkomen. Deze heerschappij van het recht wordt feitelijk gewaarborgd en geoperationaliseerd dankzij bepaalde institutionele voorzieningen, procedures en fundamentele waarden die ieder op hun eigen manier geacht worden de macht van de overheid aan banden te leggen en die in Nederland vastgesteld zijn in een constitutie.

De constitutie blijkt een democratisch basisontwerp te zijn dat de willekeurige machtsuitoefening van overheden poogt tegen te gaan en aan banden te leggen door bepaalde personen en instituties in een staat te autoriseren om normen te maken en beslissingen te nemen en door tegelijkertijd de manier waarop dit dient te gebeuren voor te schrijven. Dit legaliteitsprincipe en de zware en langdurige democratische procedures voor constitutionele herziening(en) lijken te impliceren dat de constitutie als een solide normatief anker fungeert dat onbegrensd en willekeurig politiek (machts)handelen in de rechtsstaat, waar de heerschappij van het recht geldt, dient te voorkomen.

De analyse van de vijf verschillende visies over de status en de functie van de constitutie in de rechtsstaat leert in de eerste plaats dat de constitutie als een essentieel element van de rechtsstaat wordt ervaren. Er is sprake van een relatie tussen de in de rechtsstaat heersende heerschappij van het recht en de constitutie, als het document dat structuur verschaft, normatieve oriëntaties biedt of vastlegt en deliberatie mogelijk maakt. In de tweede plaats blijkt uit de analyse dat de constitutie in de rechtsstaat gezien kan worden als een ‘contract’ tussen de burgers waarmee ze uiting proberen te geven aan hun soevereine macht en waarmee ze die soevereine macht tegelijkertijd aan regels binden. In de derde plaats laat de

analyse van de vijf visies zien dat de heerschappij van het recht impliceert dat de burgers dragers zijn van soevereiniteit en dat de institutionele regelingen in de constitutie het primaat van het volk (dienen te) waarborgen. De traditionele idee van de constitutie, als een normatief anker in de rechtsstaat, gaat er impliciet vanuit dat de burger zo veel mogelijk te zeggen moet hebben over het recht waar hij zelf door gebonden wordt. Dus wordt in het eerste hoofdstuk geconcludeerd dat de beginselen van zelfbinding, volkssoevereiniteit en democratie de principes van de democratische rechtsstaat zijn.

In het tweede hoofdstuk is gebleken dat het parlement wel degelijk heeft ingeboet aan betrokkenheid en beslissingsmacht in het kader van het nemen van besluiten omtrent het inzetten van militairen en dat de democratische legitimatie van deze operaties daardoor is verminderd.

De weergave van de totstandkoming van de grondwettelijke regeling in combinatie met enkele praktijkvoorbeelden leerde dat de tekst van artikel 96 van de Grondwet door de jaren heen amper is veranderd terwijl zijn betekenis, mede onder invloed van de ontwikkelingen op internationaalrechtelijk gebied, marginaal is geworden. Dankzij de uitspraak van de Kortgedingrechter in 1991 is artikel 96 veranderd van een constitutief in een declaratoir artikel, doordat voor het gebruik van het artikel doorslaggevend was geworden of er een in-oorlogverklaring was afgegeven en niet of de regering voornemens was een besluit te nemen tot het verrichten van daadwerkelijke oorlogshandelingen. Waar in 1922 voor het inzetten van een internationale vredesmacht op grond van het Volkenbondverdrag nog de term 'oorlog' werd gebruikt, wordt vandaag de dag juridisch geen oorlog meer gevoerd. Geen oorlogsverklaring betekent immers in de praktijk geen oorlog, met als gevolg dat artikel 96 buiten toepassing blijft en praktisch nooit meer gebruikt wordt.

Uit de analyse van de totstandkoming van artikel 100 van de Grondwet blijkt vervolgens dat dit artikel gezien kan worden als een reactie op de zich steeds verder ontwikkelende internationale militaire samenwerking. Om te waarborgen dat op het internationale vlak Nederland een rol van betekenis kan blijven spelen, werd in 2000 artikel 100 van de Grondwet ingevoerd, dat de parlementaire betrokkenheid bij het inzetten van de krijgsmacht in het kader van internationale operaties regelt. Volgens artikel 100 is de regering er rechtens niet aan gehouden om instemming van de Staten-Generaal te vragen en kan de regering de militairen uitzenden tegen de wil van het parlement in. Een constitutionele waarborg voor voldoende zeggenschap van het parlement bij het beslissen over operaties ontbreekt simpelweg.

Het parlement heeft met de invoering van artikel 100 van de Grondwet de constitutionele beslissingsmacht ingeruild voor vermeende materiële politieke zeggenschap die niet altijd even bindend en beslissend is. Er is sprake van een democratisch deficit. Omdat de term 'oorlog' en daarmee het democratisch 'sterke' artikel 96 in onbruik is geraakt, terwijl voor militaire operaties waarbij ook feitelijke oorlogshandelingen kunnen worden verricht het democratisch 'zwakkere' artikel 100 gebruikt moet worden, is de invloed van de democratische instituties op dit ingrijpende aspect van internationale samenwerking, waar mensenlevens op het spel kunnen staan, gereduceerd. Aan het einde van het tweede hoofdstuk blijkt dat ook van de kant van de staatsrechtjuristen ervaren wordt dat het parlement ingeboet heeft aan betrokkenheid en beslissingsmacht in het kader van het inzetten van militairen en dat de democratische legitimatie van

deze militaire operaties daardoor is verminderd. Deze conclusie wordt in deze studie gedeeld, maar in tegenstelling tot de in paragraaf 2.2.1 geciteerde staatsrechtgeleerden wordt betoogd dat door het ontbreken van constitutionele betrokkenheid en beslissingsmacht, de democratische legitimatie van deze militaire operaties niet dermate is verminderd dat het deficit strijdig is met de principes van de democratische rechtsstaat. Het ontbreken van parlementaire beslissingsmacht bij beslissingen om ten strijde te trekken, hoeft niet automatisch te leiden tot een in de democratische rechtsstaat onacceptabel tekort aan democratische legitimatie en controle van deze operaties. Het causale verband dat de juristen vooronderstellen tussen het gebrek aan beslissingsmacht en zeggenschap van het parlement enerzijds en de afwezigheid van de democratische legitimatie en controle anderzijds wordt in deze studie bekritiseerd. Het tweede hoofdstuk wordt afgesloten met de opmerking dat het bekritisieren en zelfs herijken van deze vooronderstelling een ander antwoord zou kunnen geven op de vraag of een gebrek aan parlementaire beslissingsmacht per definitie een onacceptabel gebrek aan democratische vertegenwoordiging, betrokkenheid en/of controle impliceert en daarom in strijd is met de principes van de democratische rechtsstaat.

In het derde hoofdstuk wordt betoogd dat de afgenomen democratische legitimatie van militaire operaties niet zonder meer onacceptabel en dus strijdig met de principes van de rechtsstaat is, omdat het gebrek aan parlementaire instemming opgevangen zou kunnen worden door een andere vorm van democratische betrokkenheid en/of controle.

In het begin van het derde hoofdstuk wordt de klassieke democratie-idee geschetst. Deze idee gaat uit van de soevereiniteit van het volk en impliceert dat de ultieme manier waarop het volk zichzelf kan en moet regeren de directe democratie is. Deze directe democratie is in grote gemeenschappen niet mogelijk zodat het volk gedwongen is macht af te staan aan zijn vertegenwoordigers. Een representatieve democratie heeft daarom onvermijdelijk te maken met een indirecte en vaak fictieve invloed van het volk omdat het volk altijd vertegenwoordigd dient te worden. Er is sprake van een vertegenwoordigingsfictie die volgens de klassieke opvatting opgeheven zou kunnen worden door het parlement beslissingsmacht inzake uitzenden van de krijgsmacht te geven opdat democratisch tekort beperkt kan worden.

Vervolgens wordt in het derde hoofdstuk betoogd dat het opheffen van de vertegenwoordigingsfictie niet mogelijk en niet wenselijk is. Na een analyse van de begrippen 'representatie', 'volkssoevereiniteit' en 'volk' blijkt dat representatie noodzakelijk en inherent is aan het principe van democratie en de idee van volkssoevereiniteit. Uitgaan van het principe van volkssoevereiniteit impliceert 'het volk' opvatten als afwezig zijnde politieke eenheid ofwel algemeen belang. Slechts zo opgevat kan het volk als een abstracte transcendente soeverein de grond van het staatsgezag vormen. Immers het volk, de natie, is een abstract geheel dat in een samenleving nimmer als zodanig aanwezig is, maar altijd gerepresenteerd dus aanwezig gesteld moet worden. De enige feitelijke legitieme macht van en in de staat, is de macht die de soeverein representeert. De soeverein moet immers vanwege zijn onmogelijke concrete aanwezigheid of verschijning noodzakelijkerwijze gerepresenteerd worden.

Hoe deze representatieve relatie tussen het volk (ofwel algemeen belang) en zijn representaties gekarakteriseerd kan worden en welke rol rechtsvorming

daarin heeft, wordt geïllustreerd aan de hand van de theorie van Lindahl die als een van de weinigen de representatieve relatie gekoppeld heeft aan rechtsvorming. Lindahl stelt dat rechtsvorming een handeling is waarbij de hogere norm toegepast wordt en tegelijkertijd een lagere norm geschapen wordt. Rechtsvorming heeft een representatieve structuur en geeft uiting aan de manier waarop het algemeen belang gerepresenteerd wordt. In het toepassings- en scheppingsmoment zit de wederzijdse afhankelijkheidsrelatie tussen een norm en zijn concretisering besloten. De laagste norm binnen de hiërarchie, het vonnis, is dan ook de meest concrete representatie van het algemeen belang. Het vonnis is juist legitiem omdat het het algemeen belang toepast (alle andere normen die het algemeen belang verder concretiseren); maar tegelijkertijd geeft het vonnis juist inhoud aan het algemeen belang. In een vertegenwoordigende democratie zijn daarom alle rechtsvormende organen vertegenwoordigende organen die hun legitimiteit danken aan de claim dat hun norm het algemeen belang toepast en tegelijkertijd de betekenis van het algemeen belang schept. Deze claim is noodzakelijk, maar ook aanvechtbaar.

Omdat de rechter in het vellen van zijn vonnis rechtsvormend opereert – het algemeen belang toepast en schept – zou de rechter theoretisch gezien het parlement in zijn rol van de democratische vertegenwoordiger of controleur kunnen aanvullen en eventueel het gebrek aan parlementaire betrokkenheid kunnen compenseren door zelfstandig vertegenwoordigend te opereren. Ter ondersteuning van de theoretische noties worden in hoofdstuk drie enkele praktijkvoorbeelden gegeven. Met de zaken Erik O. en Slapende Mariniers wordt geïllustreerd dat de rechterlijke macht rechtsvormend, dus vertegenwoordigend, handelt in een juridisch onheldere situatie die de militaire operatie in Irak blijkt te zijn. Door vast te stellen welk juridisch kader van toepassing is en welke rechten en plichten in dat kader gelden, concretiseert de rechter het algemeen belang en daarmee de soevereine volkswil. De casus leren dat de vooraf juridisch niet helder begrensde of bepaalde status van militaire operaties, die noch een toestand van vrede noch een toestand van oorlog zijn, bij de rechter in de eerste plaats vraagt om een vaststelling van het geldende recht. Met name in gevallen waarin de regering en het parlement er niet in geslaagd zijn om de status en de grenzen van een operatie duidelijk vooraf aan te geven, is het in het algemeen belang dat de rechter dit tekort aan helderheid opvangt en/of corrigeert. Vaststellen welk recht van toepassing is, is van wezenlijk belang voor het succesvol uitvoeren van operaties die dikwijls gevaarlijk kunnen zijn en waarbij het leven van Nederlandse staatsburgers op het spel kan staan. Juist deze delicate operaties vragen om een heldere afbakening van de rechten en plichten van de militairen opdat deze hun werk veilig kunnen doen. Het is immers in het algemeen belang dat de militairen op de hoogte zijn van de juridische context waarin ze opereren en de mogelijke consequenties daarvan, met name als ze optreden in gevaarvolle omstandigheden waarin geweld gebruikt kan of moet worden.

Aan het einde van het derde hoofdstuk wordt een herijkte democratie-idee geschetst. Deze blijkt niet te berusten op de directe inmenging van het volk in de politieke besluitvorming dus ook niet op de letterlijke idee van het volk dat zichzelf, bij voorkeur direct, de wet stelt. De democratie blijkt intern verbonden te zijn met het vertegenwoordigingsprincipe, omdat democratie het inzicht institutionaliseert dat het immer afwezige volk als soeverein zich altijd aan een rechtstreekse toegang zal blijven onttrekken. De herijkte opvatting heeft een ander licht laten schijnen op de rol van de *trias* en de onderlinge verhouding van haar

elementen. Juist omdat alle drie de machten politieke machten zijn en ze alle drie in hun wetten, besluiten of vonnissen het algemeen belang vertegenwoordigen, is geen van de machten geprivilegieerd en kunnen ze elkaar in gelijke mate controleren of met gelijke kracht bevechten. Immers, elke concretisering, van welke macht deze ook afkomstig is, is aanvechtbaar en kan als deelbelang worden aangeduid.

Er zijn verder nog argumenten aan te voeren waarom een rechter – beschouwd als aan het parlement gelijkwaardige dus zelfstandige democratische macht binnen de *trias* – wellicht beter in staat zou zijn het algemeen belang op dit complexe en dynamische terrein van militaire operaties te vertegenwoordigen. In de eerste plaats zou de rechter het algemeen belang vrijer en onafhankelijker kunnen concretiseren omdat hij los van een politieke context of electorale angst het juridische kader en eventueel het mandaat van de operatie kan normeren en daarbij vooral rekening kan houden met de gevaren en risico's van de operatie en de uitzonderlijke gevaarsfactor van de situatie ter plaatse. De specialistische en kundige militaire rechter zou kunnen waarborgen dat het mandaat en het recht dat de operatie normeert, betrokken is op de realiteit ter plaatse zodat het te velde uitvoerbaar is. Tegelijkertijd zou de rechter kunnen waarborgen dat het mandaat niet in strijd is met het nationale of internationale recht. Ook zou de rechter – indien hij ingeschakeld wordt tijdens een operatie – rekening kunnen houden met gebeurtenissen en ervaringen die in de dynamiek van de operatie zijn ontstaan en voorafgaand aan de operatie niet (te) voorzien waren. Ook zou de rechter rekening kunnen houden met de gedurende de operatie veranderde maatschappelijke context in het land waarin de operatie plaatsvindt, maar ook in eigen land.

Duidelijk is wel dat de rechter deze rol in ons rechtssysteem – dat gebaseerd is op de klassieke democratie-idee en waar dus alleen het parlement als democratisch orgaan wordt gezien – niet kan spelen. Niet alleen omdat hij altijd op initiatief van een ander ingeschakeld moet worden,²⁷⁵ maar vooral omdat de rechter niet geacht wordt zich te mengen in politieke discussies en beleidsvorming. Een instrument als de constitutionele toetsing en dus mede een constitutioneel hof dat handelingen, besluiten en wetten van de regering en het parlement zou kunnen toetsen, ontbreekt in Nederland. In een democratisch rechtssysteem dat gebaseerd is op de herijkte democratie-idee, zou daar wellicht plaats voor zijn. De kwestie van constitutionele toetsing valt echter buiten het bestek van deze studie.

Deze studie heeft geïllustreerd dat zelfs in het huidige rechtssysteem de rechter als professioneel en politiek neutraal orgaan weldegelijk in staat is rechtsvormend op te treden. De theorie heeft laten zien dat het parlement niet het enige orgaan is dat democratische legitimatie aan operaties kan verschaffen. De rechterlijke macht kan in potentie het gebrek aan parlementaire betrokkenheid compenseren door een zelfstandige democratische 'toets' uit te voeren. Het gebrek aan parlementaire beslissingsmacht of controle bij de besluiten om Nederlandse militairen uit te zenden, hoeft dan ook niet per definitie te leiden tot onacceptabele en illegitieme operaties. De rechtsvormende rechter die zich uitsprekt over het algemeen belang, ofwel namens het volk als soeverein

²⁷⁵ Bij incidenten waarin mogelijk strafbare feiten zijn gepleegd is de rechterlijke betrokkenheid afhankelijk van het OM. Verder zou de staat net als in 1991 i.v.m. de Golfoorlog kunnen worden aangeklaagd wegens het plegen van onrechtmatige daad. Hierbij moet het initiatief van bezorgde burgers komen.

optreedt, kan enige mate van democratische legitimatie aan militaire operaties verschaffen.

Dus luidt het antwoord op de centrale onderzoeksvraag van deze studie als volgt:

Hoewel gezegd kan worden dat het parlement ingeboet heeft aan betrokkenheid en beslissingsmacht in het kader van besluiten omtrent het uitzenden van militairen, betekent dit niet dat de democratische legitimatie van deze militaire operaties per definitie zo laag of zelfs afwezig is, dat dit democratisch deficit onacceptabel is en strijdig met de principes van de democratische rechtsstaat. De rechterlijke macht zou dit tekort aan parlementaire inmenging kunnen ondervangen door het in een juridisch kader plaatsen van militaire operaties en door het construeren van individuele rechten en plichten van betrokken burgers. In deze vaststelling van de status van de operatie, in de normering van het toepasselijke recht en in de constructie van de individuele rechten en plichten voor de militairen, concretiseert de rechter het algemeen belang, beschermt hij tegen politieke willekeur, handelt hij namens het soevereine volk en verschaft hij enige democratische legitimatie aan de militaire operatie.

4.2 Tot slot

In deze studie is aangetoond dat een feitelijk gebrek aan parlementaire betrokkenheid of zeggenschap omtrent het inzetten van Nederlandse strijdkrachten in internationale militaire operaties niet per definitie resulteert in militaire operaties die in strijd zijn met de principes van de democratische rechtsstaat. Aangetoond is ook dat de rechterlijke macht zich kan uitspreken over operaties en de democratische legitimatie ervan kan vergroten. Het is niet de primaire bedoeling van deze studie om een waardeoordeel uit te spreken over de huidige praktijk op het gebied van uitzenden van militairen, noch om uitspraken te doen ten gunste van de rechterlijke democratische betrokkenheid, ten koste van de betrokkenheid van het parlement. De rechter zal het parlement niet kunnen vervangen, aangezien de rechterlijke positie en rol in de rechtsstaat een andere is en moet blijven. De rechter kan echter wel het parlement aanvullen of het gebrek aan parlementaire zeggenschap ondervangen. Ook kan de rechter het falen van de regering en het parlement, om vooraf helderheid over de status en het juridische kader van een operatie te verschaffen, corrigeren.

Het primaire doel van deze studie is om de diepliggende grondslagen en vooronderstellingen achter ons staats- en rechtssysteem naar boven te halen – vertrekkend vanuit de vraag naar de democratische legitimatie van complexe maar zeer gewichtige besluitvorming ten aanzien van het uitzenden van Nederlandse militairen – en om te bezien wat het gevolg zou kunnen zijn van de herijking en aanpassing van deze vooronderstellingen voor de democratische legitimatie van militaire operaties in het bijzonder en ons staats- en rechtssysteem in het algemeen.

Ondanks de conclusie van deze studie dat het gebrek aan parlementaire controle niet per definitie in strijd is met de principes van de rechtsstaat, is de vraag naar de verhouding en bevoegdheidsverdeling tussen regering en parlement – zonder de rechter ook maar in de analyse te betrekken – niet gesteld. Een volgende studie zal deze vraag moeten stellen en beantwoorden. Ook de vraag naar de bruikbaarheid en wenselijkheid van de constitutionele toetsing zal in een volgende studie aan de orde moeten komen. De complexe feitelijke verhoudingen tussen de regering, het parlement, het volk en de rechter dienen tevens in een verdere analyse te worden betrokken. Een volgende studie zal ook moeten analyseren welke aspecten en noties het proces van besluitvorming, voorafgaand aan het begin van een delicate, risicovolle en ingrijpende operatie, beïnvloeden. Wellicht spelen bij de besluitvorming allerlei diplomatieke, politieke, operationele en juridische aspecten een rol.

Slechts als alle bovengenoemde vragen, noties, aspecten en omstandigheden in de analyse worden betrokken, valt er iets te zeggen over de aard van de beslissingen om de Nederlandse militairen uit te zenden. Na deze verkennende studie is immers nog steeds onduidelijk of de democratische legitimatie van militaire operaties een kwestie is van politieke principes of principiële politiek en wat de optimale wijze is waarop de democratische legitimatie van militaire operaties in onze democratische rechtsstaat moeten en kunnen worden ingericht.

De uitdaging om deze vervolgstudie uit te voeren heb ik reeds met beide handen aangegrepen. De zoektocht gaat ongeremd door, weliswaar onder een andere naam²⁷⁶ en binnen een andere rol²⁷⁷, maar even intens en grondig.

Dit is dan ook slechts een voorlopig einde.

²⁷⁶ De voorlopige werktitel luidt als volgt: ‘Fundamentele verandering van het oorlogsconcept in de Nederlandse constitutie na de Tweede Wereldoorlog en 9/11: arbitraire beslissingen of constitutionele principes?’

²⁷⁷ Als promovenda binnen de vakgroep Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit van Tilburg.

Zal ik nu gaan of zal ik niet gaan, dacht Raskolnikov terwijl hij midden op de rijweg op het kruispunt bleef staan en om zich heen keek alsof hij van iemand het laatste woord verwachtte. Maar er kwam nergens een antwoord vandaan; alles was doof en dood als de stenen waarover hij liep, dood voor hem, voor hem alleen... Plotseling onderscheidde hij in de verte, aan het eind van de straat, zo'n tweehonderd passen bij hem vandaan, in de dichter geworden duisternis een oploop, gepraat, geschreeuw... Midden in de menigte stond een rijtuig... Midden op de straat begon een lichtje te flikkeren. Wat zou dat zijn? Raskolnikov keerde naar rechts en ging erop af. Het was of hij zich overal aan vastklampte en hij grijnsde koel bij deze gedachte omdat hij al vast besloten had om naar het bureau te gaan en zeker wist dat zo meteen alles afgelopen zou zijn.

F.M. Dostojevski,
Misdaad en Straf

Literatuur en jurisprudentie

Literatuur

Ankersmit, F.R., 1999, 'Lindahl over representatie', *R&R*, p. 91-99.

Ankersmit, F.R., 2002, *Political representation*, Stanford: Stanford University Press.

Ankersmit, F.R., 2003, 'De imaginaire stad. Eenheid, totaliteit en politieke ideologie', in: Heysse, T. & Goossens, W. (red.), *Democratie als filosofisch vraagstuk*, Kapellen: Pelckmans.

Barber, B., 1984, *Strong Democracy: Participatory politics for a New Age*, Berkeley: University of California Press.

Besselink, L.F.M., 1999, 'Parlementair instemming met inzet van strijdkrachten en de staatsrechtelijke begeleiding van Grondwetsherzieningen', *NJB*, p. 130-131.

Besselink, L.F.M., 2001, 'Militaire acties en de rol van het parlement', *NJB*, p. 1883-1887.

Besselink, L.F.M., 2005, 'Van constitutionele beslissingsmacht tot vermeende zeggenschap: parlementaire betrokkenheid bij de deelname van de Nederlandse krijgsmacht aan internationale militaire operaties', in: M. van Damme (red.), *De Grondwet en het inzetten van strijdkrachten*, Antwerpen: Maklu.

Biesheuvel, B.W., 1984, *Relatie kiezers-beleidsvorming: Kabinetsformatie, referendum en volksinitiatief*, (Eindrapport van de Staatscommissie van Advies inzake de relatie kiezers-beleidsvorming), 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij.

Bovend'Eert, P.P.T., 2008, 'De inzet van de krijgsmacht met toestemming van het parlement', in: R. de Lange (red.), *Grondwet, krijgsmacht en oorlog*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, p. 21-38.

Bovend'Eert, P.P.T., 1998, 'De inzet van strijdkrachten zonder toestemming van de Staten Generaal', *NJB*, p. 1594-1599.

Bovend'Eert, P.P.T., 1998-a, 'Naschrift', *NJB*, p. 2023-2024.

Burkens, M.C., 1989, 'Problemen van de Rechtsstaat', in: J.W.M. Engels (red.), *De Rechtsstaat Herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.

Burkens, M.C., 2001, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Utrecht: W.E.J. Tjeenk Willink.

Bovens, M.A.P., 1999, *De digitale rechtsstaat: beschouwingen over informatiemaatschappij en rechtsstaat*, Alphen aan de Rijn: Samson Uitgeverij.

Borghouts, H.C.J.L., 2006, *Evaluatie toepassing militair strafprocesrecht bij uitzendingen*, Haarlem.

Bruin, R., 2007, 'Evaluatie toepassing militair strafprocesrecht bij uitzendingen: Een bespreking', *MRT*, p. 73-90.

Castiglione, D., 1996, 'The political Theory of the Constitution', in: Bellamy, R., & Castiglione, D. (red.), *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives*, Oxford: Blackwell Publishers.

Donner, A.M., 1981, 'De ontwikkeling van het democratisch denken', in: Thomassen, J.J.A. (red.), *Democratie, theorie en praktijk*, Alphen aan de Rijn/Brussel: Samsom Uitgeverij.

Dolman, M.M., & Ducheine, P.A.L., & Gill, T.D., & Walgemoed, G.F., 2005, 'Functioneel geweldgebruik in internationale operaties: een spiegel van rechtspraak en praktijk', *MRT*, p. 369-420.

Elkin, S.L., 1993, 'Constitutionalism: Old and New', in: Elkin, S.L., & Soltan, K.E., (red.), *A New Constitutionalism. Designing Political Institutions for a Good society*, Chicago: Chicago University Press.

Eijsbouts, W.T., 2000, 'De verbeelding van het souvereine' (bespreking van Gerhard Hoogers, *De verbeelding van het souvereine*, dissertatie Groningen, Deventer: Kluwer, 1999), *RMThemis*, p. 267-269.

Eysinga, W.J.M. van, 1951, *Eindrapport van de Commissie nopens de Samenwerking tussen Regering en Staten-Generaal inzake het Buitenlands Beleid*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij.

Hoeven, J. van der, 1988, *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.

Hoogers, H.G., 1999, *De verbeelding van het souvereine. Een onderzoek naar de theoretische grondslagen van politieke representatie*, Deventer: Kluwer.

Hoogers, H.G., 2000, 'De verbeelding van het souvereine. Een onderzoek naar de theoretische grondslagen van politieke representatie', *AA*, p. 691-696.

Hoogers, H.G., 2004, 'De verbeelding van de rede en de Europese Unie. Over politieke representatie in Nederland en haar toekomst', in: Engels, J.W.M. & Nap, M. (red.), *De ontwikkeling en toekomst van de vertegenwoordigende democratie*, Deventer: Kluwer.

Huart, F.J.A., 1925, *Grondwetsherziening 1917 en 1922*, Arnhem: Gouda Quint.

Goossens, W. 2003, 'Het gelijk van politieke partijen', in: Heysse, T. & Goossens, W. (red.), *Democratie als filosofisch vraagstuk*, Kapellen: Pelckmans.

- Gunsteren, H. van, 1998, 'Een globaliserende Grondwet', *NJB*, 203-204.
- Griffin, S.M., 1996, *American Constitutionalism. From theory to politics*, Princeton: Princeton University Press.
- Jellinek, G., 1906, *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Eine staatsrechtlichpolitische Abhandlung*, Berlijn.
- Jong, H.G. de, 1990, 'De oorlogsverklaring in het internationale en het nationale recht', *RMThemis*, p. 100-114.
- Kortmann, C.A.J.M., 2001, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer.
- Koopmans, T., 1998, *Compendium van het staatsrecht*, Deventer: Kluwer.
- Kelsen, H., 1986, 'The function of a constitution', in: Tur, R & Twining, W. (red.), *Essays on Kelsen*, Oxford: Clarendon Press.
- Lasalle, F., 1919, *Gesamelte Schriften und Reden*, hrsg. von E. Bernstein, 2. Bd., Berlijn.
- Lane, J.E., 1996, *Constitutions and Political Theory*, Manchester: Manchester University Press.
- Leenknecht, G.J., 2000, 'De Staten-Generaal', in: Koekoek, A.K. (red.), *De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: Kluwer.
- Lindahl, H., 1997, '“Vorst op God na”, Politieke macht en de symbolisering van soevereiniteit', *R&R*, p. 122-136.
- Lindahl, H., 1998, 'The purposiveness of law: Two concepts of representation in the European Union', *Law and philosophy*, 481-507.
- Lindahl, H., 1999, 'De Staten-Generaal vertegenwoordigen het gehele Nederlandse volk: Over representatie als rechtsfilosofisch probleem', *R&R*, p. 8-29.
- Lindahl, H., 2000, 'Authority and representation', *Law and philosophy*, p. 223-246.
- Lindahl, H., 2001, 'Rechtsvorming als politiek e-representatie: de kwestie van constitutionele toetsing', in: Klink, B. van & Broers, E.J. (red.), *De rechter als rechtsvormer*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- Lindahl, H., 2004, 'Constitutionele rechtspraak vanuit rechtsfilosofisch perspectief' (bespreking van Ella van Dommelen, *Constitutionele rechtspraak vanuit rechtsfilosofisch perspectief*, Dissertatie Amsterdam, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2003), *RMThemis*, p. 83-87.

- Lissenberg, E., & Brouwer, P.W., & Jacobs, F., & Poortinga, E., 1996, *De actualiteit van Paul Scholten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri.
- Loth, M.A. & Gaakeer, A.M.P., 2005, *Meesterlijk recht: over recht, rechtswetenschap en juristerij*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- Martens, S.K., 2000, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *NJB*, p. 747-757.
- Mill, J.S., 1968, 'On Liberty', in: Lindsay, A.D. (red.), *Utilitarianism, Liberty and Representative Government*, London: Dent.
- Ministerie van Defensie, 2005, *Defensie op vele fronten actief*, Jaarverslag.
- Ministerie van Defensie, 2004, *Feiten over het Nederlandse veiligheidsbeleid en de krijgsmacht*.
- Middelkoop, E. van, 1998, 'De inzet van strijdkrachten zonder toestemming van de Staten Generaal', *NJB*, p. 2022-2023.
- Murphy, W.F., 1993, 'Constitutions, Constitutionalism and Democracy', in: Greenberg, D., & Katz, S.N., & Oloveiro M.B., & Wheatley, S.C. (red.), *Constitutionalism and Democracy. Transition in the Contemporary World*, Oxford/New York: University Press of Virginia.
- Morin, J.I., 1992, 'The Rule of Law and the Rechtsstaat Concept: a Comparison' in: McWhinney, & E., Zaslove, J., & Wolf, W., (red.), *Federalism-in-the – making, Contemporary Canadian and German Constitutionalism, National and Transnational*, Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers.
- Ommeren, F. J van, 2003, 'De rechtsstaat als toetsingskader', in: Ommeren, F.J. van en Zijlstra, S.E. (red.), *De rechtstaat als toetsingskader*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- Plotke, D., 1997, 'Representation is Democracy', *Constellations*, p. 22-24.
- Pot, C.W. van der & Donner, A.M.& Prakke, L., 2001, *Van Der Pot-Donner. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Pogany I., 1996, 'Constitution Making or Constitutional Transformation in Post-Communist Societies?', in: Bellamy, R., & Castiglione, D. (red.), *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives*, Oxford: Blackwell Publishers.
- Roermund, B. van, 2001, 'De rechter: grenswachter of grensganger?', in: Klink, B. van & Broers, E.J. (red.), *De rechter als rechtsvormer*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.
- Roermund, B. van, 2002, 'Constituerende macht, Soevereiniteit en representatie', in: *Tijdschrift voor Filosofie*, p. 509-532.

- Roermund, B. van, 2004, 'De lidstaat als constituerende macht', in: Engels, J.W.M. & Nap, M. (red.), *De ontwikkeling en toekomst van de vertegenwoordigende democratie*, Deventer: Kluwer.
- Roos, Th. A. de, 2005, 'Naschrift bij Hof Arnhem 4 mei 2005', *MRT*, p. 258-262.
- Sap, J.W., 2003, *De nacht van Wiegel, Het referendum in een representatieve democratie*, Utrecht: Lemma B.V.
- Schooten, H. van, 2000, 'Inleiding artikelen 96-103: veiligheid', in: Koekoek, A.K. (red.), *De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: Kluwer.
- Schooten, H. van, & Werner, W.G., 2002, 'Democratic control on the use of force under the Dutch constitution', *Tilburg foreign law review*, p. 43-62.
- Schooten, H. van, 2004, 'On War, Peace and Armed conflict', *International Journal for the Semiotics of Law*, p. 169-183.
- Schooten, H. van, 2008, 'De oorlogsverklaring', in: R. de Lange (red.), *Grondwet, krijgsmacht en oorlog*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, p. 39-66.
- Schooten, H. van, 2007-a, 'Peacekeeping Missions: A New category of War?', in: Luc Wintgens (ed.), *The Process of Legisprudence*, Aldershot, te verschijnen in 2008
- Schooten, H. van, 2007-b, Shifts in the Concept of War. New War Terminology and Its Legal Consequences, *International Journal for the Semiotics of Law*, te verschijnen in 2008
- Scheltema, M., & Sinderen, J. van (red.), 2002, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, WRR Rapporten aan de regering nr 63, Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Scheltema, M., 1989, 'De Rechtsstaat', in: J.W.M. Engels (red.), *De Rechtsstaat Herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Schmitt, C., 1928, *Verfassungslehre*, Munchen und Leipzig.
- Scholten, P., 1974, *Algemeen Deel van mr. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlandse burgerlijk recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Soltan, K.E., 1993, 'What is the New Constitutionalism?', in: Elkin, S.L., & Soltan, K.E., (red.), *A New Constitutionalism. Designing Political Institutions for a Good society*, Chicago: Chicago University Press.
- Sunstein, C.S., 2001, *Designing Democracy. What Constitutions Do*, Oxford: Oxford University Press.

Staatcommissie tot herziening van de Grondwet, 1954, *Eindrapport van de Staatscommissie tot herziening van de Grondwet*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij.

Tang, G.F.M. van der, 1998, *Grondwetsbegrip en grondwetsidee*, Rotterdam: Gouda Quint.

Tans, O., 2003, *Het constitutionele theater*, Amsterdam: Thela Thesis.

Vranken, J.B.M., 2005, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen Deel***, een vervolg*, Deventer: Kluwer.

Vree, J.K. de, 1974, *Het stervensuur van Leviathan? Beschouwingen over de ontwikkeling van staat en internationale samenleving*, Alphen aan de Rijn: Samsom Uitgeverij.

Witteveen, W. & Klink, B. van, 2002, *De sociale rechtsstaat voorbij. Twee ontwerpen voor het huis van de rechtsstaat*, WRR Voorstudies en Achtergronden nr. V116, Den Haag: Sdu Uitgevers.

Woldring, H. E. S., 2003, 'Filosofische reflectie op beginselen van de rechtsstaat', in: Ommeren, F.J. van en Zijlstra, S.E. (red.), *De rechtstaat als toetsingskader*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.

Zoethout, C. M. 2003, 'Wat is de rechtsstaat', in: Ommeren, F.J. van & Zijlstra, S.E. (red.), *De rechtstaat als toetsingskader*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers.

Zoethout, C.M., 1995. *Constitutionalisme*, Arnhem: Gouda Quint.

Jurisprudentie

President rechtbank 's-Gravenhage 11 januari 1991, Kort Geding 1991, 51, *NJ* 1993, 340.

Rechtbank Arnhem, 1 maart 2004, *LJN* AO4591.

Hof Arnhem, 8 september 2004, *LJN* AQ9886.

Rechtbank Arnhem, 18 oktober 2004, *LJN* AR4029.

Hof Arnhem, 4 mei 2005, *LJN* AT4988.

Hoge Raad, 11 oktober 2005, *LJN* AU2053.