



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Democratie en de Wil van de wetgever

Besselink, L.F.M.

Publication date

1982

Document Version

Final published version

Published in

Nederlands Juristenblad

License

Article 25fa Dutch Copyright Act (<https://www.openaccess.nl/en/in-the-netherlands/you-share-we-take-care>)

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Besselink, L. F. M. (1982). Democratie en de Wil van de wetgever. *Nederlands Juristenblad*, 1982(4), 106-107.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

De Democratie en de Wil van de Wetgever

Laat, maar vanwege het belang van het onderwerp, wil ik toch zeer in het kort reageren op de artikelen van de hand van R. de Winter en W. Witteveen in het NJB van 16 mei en 27 juni 1981, resp. over de democratie en de wil van de wetgever.

Kritiek op het wetenschappelijk positivisme waarin de schrijver van het eerste artikel verstrikt raakt ('Het blijft tobben' is zijn povere conclusie) kan ik hier slechts aanstippen; mijn ernstigste bezwaar gaat uit naar de politieke implicaties van de gehanteerde retori- ca.

Overigens doet zich ook een consistentie- probleem voor: in het artikel over de democratie worden theorieën omtrent volksin- vloed en de volkswil op de korrel genomen (p. 526-527; 'Dat er op dit soort wilstheo- rieën heel wat valt af te dingen is na het bo- venstaande wel duidelijk. '); drie pagina's la- ter voert de schrijver zelf echter een niet na- der aangeduid idee van de volkswil aan als ar- gument tegen de decentralisatie (p. 530: 'De 'volkswil' wordt er althans maar heel gebrekkig door tot uitdrukking gebracht. '); het artikel over de wil van de wetgever richt zich tenslotte tegen 'personificatie' en meta-

forisch 'wilsgebruik'.

In het artikel over de democratie worden twee opvattingen van de democratie afge- werkt, nl. één die democratie met het meer- derheidsprincipe vereenzelvigt en één die de- mocratie vereenzelvigt met volkssoevereini- teit.

De eerste opvatting, waarvoor schrijver de mechanistische opvatting van Van der Pot/ Donner als voorbeeld neemt, wijst hij af op grond van het eveneens mechanistische en positivistische voorbeeld dat Daudt van de Arrow-paradox geeft een voorbeeld waar- van ik ten zeerste betwijfel of het de Neder- landse politieke situatie adequaat kan weer- geven. Is het echt nodig om nou net dit voor- beeld aan te halen om te tonen dat een meer- derheidssysteem nog geen democratie maakt, en dat het probleem van authentici- teit en representatie niet slechts door mecha- nismen kan worden opgelost? Hoe interes- sant de bestudering van de Arrow-paradox in de context van democratische systemen ook is (het gegeven voorbeeld kan wat dit betreft nauwelijks voldoen), wat Rousseau, Marx, Mill, Freud en anderen over representatie en authenticiteit hebben gezegd (op verschillen- de gronden en met verschillend resultaat) kan daarmee niet in één beweging onder het tafelkleed verdwijnen.

De auteur bespreekt vervolgens de opvatting die democratie gelijkstelt met volkssoeverei- niteit. Hij baseert zich daarvoor op een be- strijdbare Rousseau-interpretatie en op Van Dale die hij zelf 'niet de meest betrouwbare getuige' noemt. Tracht de schrijver nog steeds serieus zijn lezers te overtuigen? Met enkele voorbeelden wordt dan getracht de antinomieën waartoe dit begrip aanleiding geeft, aan te tonen. (In Nederland hebben reeds eerder calvinistische schrijvers van de anti-revolutionaire traditie de antinomische karaktertrekken van dit idee op meer princi- piële en fundamentele wijze aangetoond, bijv. Dooyeweerd, Mekkes, J. C. Baak, van Eikema Hommes). Op grond hiervan wordt de volkssoevereiniteit in het artikel een *fictie* genoemd, en gevoegelijk noemt schrijver nu ook de democratie maar 'een overduidelijke fictie'.

Voor de schrijver, die niet verder kijkt dan

zijn neus lang is, is het daarmee met de democratie gedaan, althans stelt hij dat het nu onmogelijk is geworden dit begrip te hantieren. Onbegrijpelijk is het dat de schrijver zo doende de waarde van de juistere, naar ik dacht in West-Europa en Nederland vrij algemeen aanvaarde opvatting van de democratie (die de schrijver overigens terloops noemt) verder negeert, en zich vastklampt aan slechts twee alternatieve, niet algemeen geaccepteerde opvattingen van de democratie. Ik refereer hier aan de volgende punten die een democratie haar naam waardig doet zijn: dat 'ook minderheden op de één of andere manier aan hun trekken (moeten) komen, al was het maar omdat het systeem anders gewoon niet werkt'; dat men iets van zichzelf in de rechtsorde moet terugvinden (metaforisch gesproken natuurlijk); dat het haar gezag ontleent aan haar materieel functioneren en dat haar wetten dus hun 'gezag mede ontleen aan hun inhoud'; dat er 'een herkenbare afweging van de verschillende belangen plaatsvindt'; dat het 'zich bezighoudt met de vraag hoe eigen belangen zich verhouden tot die van anderen'. Om dit soort punten tot uitdrukking te laten komen, kan je volkssoevereiniteit en representatie niet in hun meest positivistische zin opvatten en elk apart vereenzelvigen met democratie. Het begrip democratie krijgt daarmee misschien een meer metaforisch karakter, maar aldus wordt het nog niet tot *fictie*.

De begrippen *metafoor* en *fictie* verwarren is een grote fout die de schrijvers in het tweede artikel (over de wil van de wetgever) maken. Immers een fictie is een veronderstelling dat iets wat *niet* waar is of bestaat, *wel* zo is, en wordt door juristen vooral gebruikt vanwege de heuristische waarde die de fictie heeft (dit is misschien waar Morgan op duidt als hij het heeft over de relatie tussen fictie en feit en over 'kernel of truth'). De fictie geniet overigens geen algemeen respect bij juristen, juist omdat het berust op iets wat niet bestaat. Het metafoor, daarentegen, drukt iets *wel* bestaands uit op overdrachtelijke wijze.

Het metafoor is een uiterst belangrijk, behulpzaam en waarschijnlijk onmisbaar middel in de niet-positivistische wetenschap. Het wordt o.a. door politiek filosofen gebruikt om ideeën en ideologieën uiteen te zetten, maar ook bij de theorievorming in andere sociale wetenschappen hanteert men ze. Ook de schrijvers van het artikel over de wil van de wetgever gebruiken er een aantal, bijvoorbeeld 'actor' en 'forum'.

Essentieel voor het begrijpen van een metafoor is het kennen van de metaforische context, zoals schrijvers schijnen te erkennen; het is *onmogelijk* om aan de context geen enkele rol toe te kennen. Aldus zou men dan verwachten dat het metafoor de 'wil van de wetgever' geplaatst wordt in de context van de verhouding tussen 'rechter' en 'wetgever'. Echter concentreren de auteurs zich slechts op het enkele metafoor buiten de context en 'are thus kept from focusing on other aspects of the metaphor'. Zij laten zich meeslepen door het metafoor zelf, teneinde het te kunnen afkraken. Zeker, hun kritiek op de rechter die vaak slecht motiveert door slechts de wil van de wetgever in te roepen zonder duidelijk te maken waarop dit is gebaseerd, is volstrekt gerechtvaardigd. Mijn bezwaar is dat door de verhouding tussen wetgever en

rechter in het Nederlandse constitutionele denken te miskennen, de auteurs de rechter trachten op te zadelen met een verantwoordelijkheid die hij of zij in een democratie niet behoort te hebben. Dit is wat Dubbink bedoelde en wat de schrijvers door hun negatie van de context niet kunnen begrijpen. Waar een wetstekst op een gegeven moment in de historie aanleiding kan geven tot twee verschillende beleidsgevolgen, dient de *wetgever* zich over een keuze uit te spreken. Zou de *rechter* de keuze maken, dan zou de weg naar klasse-justitie en onrecht open kunnen zijn gesteld, en bestaat een grote kans dat de democratie wordt ondermijnd. Het is politiek naïef om te veronderstellen dat het mogelijk is dat een rechter op basis van 'policies or principles' zijn beslissing democratisch beter kan legitimeren dan de wetgever. De Nederlandse rechter zal *daarom* inderdaad het recept van Dworkin niet snel opvolgen en zal in controverseele kwesties niet gauw zijn eigen voorkeuren expliciteren. Zou hij dat *wel* doen dan zal hij een hoop kritiek naar zijn hoofd geslingerd krijgen, en terecht, want hij is dan bezig zonder de legitimatie van de principes die ten grondslag liggen aan ons constitutionele systeem. Mijn bezwaar tegen het artikel wordt versterkt door de gevolgen van de door de schrijvers gehanteerde rhetorica; beweerd wordt dat de 'wil van de wetgever' een fictie is, d.w.z. 'de wil van de wetgever bestaat niet', hetgeen rhetorisch gevaarlijk dicht bij 'de wetgeving is niet gewild' ligt.

Politiek gevaarlijk acht ik in het eerste artikel de suggestie dat de democratie een fictie is (d.i. niet bestaat) en de daarmee gecombineerde suggestie dat men het democratie-argument niet mag invoeren in het functioneren van de instellingen van een democratisch systeem. Deze laatste suggestie is gevaarlijk omdat het aan diegenen die binnen het Nederlandse constitutionele stelsel functioneren in feite verbiedt om te reflecteren over de ideologie die daaraan ten grondslag ligt. Dat is het droeve lot van theorieën van diegenen die op basis van een enge interpretatie van het begrip democratie het hanteren van dat begrip afraden, ook al menen zij dat het anonieme functioneren van de democratie als systeem van tamelijk milde onderdrukking niet iets is wat men zomaar prijs kan geven.

Leonard Besselink

Naschrift I

Leonard Besselink reageert op twee artikelen. Vandaar ook twee naschriften. Het eerste artikel werd namelijk door mij geschreven, en het tweede door Willem Witteveen en mij samen.

Goed dan, eerst '*Democratie is de democratie een wolf*' (NJB 1981, p. 525 e.v.). Het is Besselink kennelijk ontgaan dat het eerste woordje 'democratie' tussen aanhalingstekens stond, en het tweede niet. Ook uit de rest van het stuk blijkt trouwens dat ik de democratie-zelf niet als een wolf beschouw. Ik wees er alleen op dat er een populaire *voorstelling* van democratie bestaat, die de democratie uiteindelijk meer kwaad dan goed goet. Dat komt omdat die voorstelling aantoonbaar onjuist is. Wie zich op dat populai-

re democratie-argument beroept, loopt dan ook het risico dat het kind (de democratie) met het badwater (de slechte argumentatie) wordt weggespoeld. Ik kan daar onmogelijk een suggestie in zien 'dat de democratie een fictie is (d.i. niet bestaat)'. En voorzover mijn conclusie – 'het blijft tobben' – een symptoom is van 'het wetenschappelijk positivisme' waarin ik 'verstrikt' ben geraakt, kan ik alleen maar zeggen: lang leve het wetenschappelijk positivisme!

Reiner de Winter

Naschrift II

Wat De wil van de wetgever en het afschuiven van verantwoordelijkheden (NJB 1981, p. 669 e.v.) betreft, verwijt Besselink ons dat wij 'de rechter trachten op te zadelen met een verantwoordelijkheid die hij of zij in een democratie niet behoort te hebben'. Immers: 'Waar een wetstekst op een gegeven moment in de historie aanleiding kan geven tot twee verschillende beleidsgevolgen, dient de *wetgever* zich over een keuze uit te spreken. Zou de *rechter* de keuze maken, dan zou de weg naar klassejustitie en onrecht open kunnen zijn gesteld, en bestaat een grote kans dat de democratie wordt ondermijnd.'

Soms zal de rechter zo'n keus echter *moeten* maken. Rechtsweigeren is immers verboden. In andere gevallen is het bovendien voor de wetgever – politiek gesproken – uiterst onaantrekkelijk om knopen door te hakken. Ook dan is de beslissing uiteindelijk aan de rechter.

Uit democratisch oogpunt is daar inderdaad het een en ander op af te dingen (al zien wij de zaken wat minder somber in dan Besselink). Wij betoogden dan ook *niet* dat Dubbinks bezwaren – die op de trias politica gebaseerd waren – onterecht waren. Wij vonden ze alleen *niet reëel* (p. 676). Een subtiel verschil.

*Reiner de Winter,
Willem Witteveen*

DEMOCRACY AND LEGISLATIVE INTENT

Late, but because of the importance of the subject, I would nevertheless like to respond very briefly to the articles by R. de Winter and W. Witteveen in the NJB of 16 May and 27 June 1981, respectively on democracy and legislative intent.

I can only touch upon the criticism of the scientific positivism in which the author of the first article gets entangled ('Struggling on' is his poor conclusion); my most serious objection concerns the political implications of the rhetoric used.

Incidentally, a consistency problem also arises: in the article on democracy, theories of popular influence and popular will are taken to task (p. 526-527: 'That there is a lot to be said against this kind of theory of intent is obvious after the above.'). Three pages later, however, the author himself puts forward an unidentified idea of the popular will as an argument against decentralisation (p. 530: "'The 'popular will', at least, is only very imperfectly expressed by it.'"); finally, the article on the will of the legislature opposes 'personification' and metaphorical 'use of intent'.

The article on democracy dishes out two conceptions of democracy, one that identifies democracy with the majority principle and one that identifies democracy with popular sovereignty.

He rejects the first view, for which the author takes the mechanistic view of Van der Pot/Donner as an example, on the basis of Daudt's equally mechanistic and positivistic example of the Arrow paradox - an example which I very much doubt can adequately represent the Dutch political situation.

Is it really necessary to cite precisely this example to show that a majority system does not make a democracy, and that the problem of authenticity and representation cannot be solved by mechanisms alone? However interesting the study of the Arrow-paradox in the context of democratic systems is (the example given can hardly suffice in this respect), what Rousseau, Marx, Mill, Freud and others have said about representation and authenticity (on different grounds and with different results) cannot thereby disappear under the tablecloth in one move.

The author then discusses the view that equates democracy with popular sovereignty. He bases this on a contestable Rousseau interpretation and on the Van Dale [Dictionary of the Dutch Language], which he himself calls "not the most reliable witness". Is the writer still seriously trying to convince his readers? A few examples will then attempt to demonstrate the antinomies to which this term gives rise. (In the Netherlands, Calvinist writers of the anti-revolutionary tradition have already demonstrated the antinomian characteristics of this idea in a more principled and fundamental way, e.g. Dooyeweerd, Mekkes, J. C. Baak, van Eikema Hommes). On this basis, the article calls popular sovereignty a fiction, and conveniently, writer now also calls democracy but "an obvious fiction".

For the writer, who looks no further than his nose is long, this is the end of democracy, or at least he argues that it has now become impossible to use this concept. Incomprehensibly, in so doing, the writer further ignores the value of the more correct, what I thought was a fairly generally accepted conception of democracy in Western Europe and the Netherlands (which, incidentally, the writer

mentions in passing), and clings to only two alternative, not generally accepted conceptions of democracy. I refer here to the following points that make a democracy worthy of its name: That 'minorities too (must) get their due somehow, if only because otherwise the system simply does not work'; that one must find something of oneself in the legal order (metaphorically speaking, of course); that it derives its authority from its material functioning and thus its laws 'derive their authority partly from their content'; that there is 'a recognisable balancing of different interests'; that it is 'concerned with how one's own interests relate to those of others'. For such points to be expressed, one cannot take popular sovereignty and representation in their most positivistic sense and identify each separately with democracy. This may give the concept of democracy a more metaphorical character, but thus it does not yet become fiction.

Confusing the concepts of metaphor and fiction is a big mistake the authors make in the second article (about the will of the legislature).

After all, a fiction is an assumption that something that is not true or does not exist, is nevertheless handled as if it is true and existent, and is used by lawyers mainly because of the heuristic value the fiction has (this is perhaps what Morgan is referring to when he talks about the relationship between fiction and fact and about 'kernel of truth'). Fiction, by the way, does not enjoy general respect among jurists precisely because it relies on something that does not exist. Metaphor, on the other hand, expresses something that does exist metaphorically.

Metaphor is an extremely important, helpful and probably indispensable tool in non-positivist scholarship. It is used by political philosophers, among others, to expound ideas and ideologies, but they are also used in theorising in other social sciences. The authors of the article on the will of the legislature also use some of them, for instance 'actor' and 'forum'.

Essential to understanding a metaphor is knowing the metaphorical context, as authors seem to acknowledge; it is impossible not to assign any role to the context. Thus, one would then expect the metaphor the 'will of the legislature' to be placed in the context of the relationship between 'courts' and 'legislature'. However, the authors focus only on the single metaphor out of context and 'are thus kept from focusing on other aspects of the metaphor'. They allow themselves to be carried away by the metaphor itself in order to tear it down. Certainly, their criticism of judges who often give poor reasons by merely invoking the will of the legislature without making it clear what this is based on is perfectly justified. My objection is that by misunderstanding the relationship between legislature and courts in Dutch constitutional thinking, the authors try to saddle the courts with a responsibility they should not have in a democracy. This is what Dubbink meant and what the authors are unable to grasp due to their negation of the context. Where a legal text at one point in history may give rise to two different policy consequences, the legislature should decide on a choice. Were the courts to make the choice, the path to class justice and injustice could have been opened up, and there is a strong possibility of undermining democracy. It is politically naïve to assume that it is possible that a court can democratically legitimise his decision better than the legislature on the basis of 'policies or principles'. The Dutch courts will therefore indeed not readily follow Dworkin's recipe and will not readily make his own preferences explicit in controversial matters. Should he do so, he will get a lot

of criticism thrown at him, and rightly so, because he is then acting without legitimising the principles underlying our constitutional system. My objection to the article is reinforced by the implications of the rhetoric used by the authors; it is claimed that the 'will of the legislature' is a fiction, i.e. 'the will of the legislature does not exist', which is rhetorically dangerously close to 'legislation is not willed'.

Politically, I consider dangerous the suggestion in the first article that democracy is a fiction (i.e. does not exist) and the combined suggestion that one should not invoke the democracy argument in the functioning of the institutions of a democratic system. The latter suggestion is dangerous because it effectively prohibits those who function within the Dutch constitutional system from reflecting on the ideology underlying it. This is the sad fate of theories of those who, based on a narrow interpretation of the concept of democracy, advise against using that concept, even if they believe that the functioning of democracy as a system of rather mild oppression is not something that can be readily relinquished.

Leonard Besselink

Postscript I

Leonard Besselink responds to two articles. Hence also two postscripts. Indeed, the first article was written by me, and the second by Willem Witteveen and me together.

Well then, first 'Democracy is a wolf' (NJB 1981, p. 525ff). It apparently escaped Besselink's notice that the first word 'democracy' was in inverted commas, and the second was not. The rest of the piece also shows, by the way, that I do not consider democracy - itself - a wolf. I was merely pointing out that there is a popular representation of democracy that ultimately does more harm than good to democracy. This is because that depiction is demonstrably false. Those who rely on that popular democracy argument therefore run the risk of washing out the baby (democracy) with the bathwater (the bad argument). I can indeed see in that a suggestion 'that democracy is a fiction (i.e. does not exist)'. And insofar as my conclusion - 'struggling on' - is a symptom of 'scientific positivism' in which I have become 'entangled', I can only say: long live scientific positivism!

Reiner de Winter

Postscript II

Regarding *De wil van de wetgever en het afschuiven van verantwoordelijkheden* (NJB 1981, p. 669 ff), Besselink accuses us of 'trying to saddle the courts with a responsibility he or she should not have in a democracy'. After all: 'Where a legal text may at some point in history give rise to two different policy consequences, the legislature should pronounce on a choice. Were the courts to make the choice, the path to class justice and injustice might have been opened up, and there is a high risk of undermining democracy.' Sometimes, however, the courts will have to make such a choice. After all, denial of justice is prohibited. Moreover, in other cases, it is - politically speaking - extremely unattractive for the legislature to cut corners. Even then, the decision is ultimately up to the courts.

From a democratic point of view, there are indeed things to be said against this (although we see things somewhat less gloomy than Besselink). We therefore did not argue that Dubbink's objections - based on the trias politica - were unjustified. We just did not think they were real (p. 676). A subtle difference.

Reiner de Winter, Willem Witteveen