

Enemies of the People?

Directe democratie en de rechter

Mr. dr. J. Uzman*

1. Inleiding

Het Dinxperlo van Zwitserland. Zo valt het bergdorpje Wangen bei Olten misschien nog het best te beschrijven. Een slaperig dorpje waar zo weinig te beleven valt dat Wikipedia zelfs het plaatselijke pompstation nog aanmerkt als bezienswaardigheid. Naast, overigens, een imposante kerktoeren en een moskee met een klein minaretje. Het is dat minaretje dat het dorpje een plaats in de geschiedenisboeken bezorgt. De bouw ervan leidt tot, wat wereldwijd bekend zal komen te staan als het ‘Zwitserse minarettenreferendum’.¹ In 2009 spreekt de Zwitserse bevolking zich, op initiatief van de *Schweizerische Volkspartei*, uit voor een grondwettelijk verbod op de bouw van minaretten.² Die wijziging treedt, conform Zwitsers staatsrecht, direct in werking.³ Al snel melden zich moslims in Straatsburg: het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) mag vaststellen dat de nieuwe bepaling in strijd is met de geloofsvrijheid en het gelijkheidsbeginsel. Voor veel deskundigen is dat een uitgemaakte zaak.⁴ Dan volgt echter een anticlimax. Het Hof begint er niet aan. De klachten zijn niet-ontvankelijk omdat de klagers nog geen concrete bouwplannen voor een nieuwe moskee hebben.⁵

Die afwijzing trekt de aandacht. Het EHRM had ook anders kunnen besluiten.⁶ Is het Straatsburgse onwil? Onbegrijpelijk zou dat niet zijn. Rechterlijke toetsing van een volksuitspraak ligt nu eenmaal gevoelig. Dat ondervonden ook de Britse rechters die vorig jaar uitspraak deden in de zaak over het Brexitreferendum.⁷ In de pers werden ze afgeschilderd als ‘Enemies of the People’.⁸ En dan hoefde de Britse rechter zich niet eens uit te laten over de rechtmatigheid van de referendumuitslag zelf. Die gevoeligheid is verklaarbaar. Een inhoudelijke toetsing van een volksuitspraak kan uitlopen op een frontale botsing met de soeverein. Het lijkt voor de hand te liggen dat de rechter dan bijzondere behoedzaamheid betracht. De vraag waar het in deze bijdrage om draait is of zo’n

rechter, als hij een wet ter toetsing voorgelegd krijgt, een speciaal gewicht toekent aan het feit dat die wet voortvloeit uit een volksuitspraak. Dat is vooralsnog niet een kwestie waar de Nederlandse rechter snel mee te maken krijgt. Of dat zo blijft staat echter te bezien: tijdens de verkiezingen van 2017 was de uitbouw van de directe democratie een populair thema. Alle reden dus om ons licht op te steken bij buitenlandse rechters. Vooral de Amerikaanse jurisprudentie is in dat verband leerzaam. Ik ga daarop dan ook eerst in. Vervolgens zet ik het Amerikaanse debat af tegen enkele uitspraken van rechters uit Europese staten en het EHRM. Om te beginnen echter iets over de verschillende vormen van directe democratie en hun gevolgen voor de rechterlijke betrokkenheid.

2. Vormen van directe democratie

Als het om directe democratie gaat, hebben we het in Nederland doorgaans over het referendum: een volksstemming over een besluit dat door een overheidsinstelling wordt overwogen of reeds is genomen.⁹ Anders dan bijvoorbeeld Zwitserland of de VS, kent Nederland de andere hoofdvariant van directe democratie niet: via volksinitiatieven kan het electoraat zelfstandig wetgeving voorstellen. Zowel het referendum als het volksinitiatief kennen bindende en raadgevende varianten. Een bijzondere variant betreft het ‘constitutionele’ referendum zoals dat in Ierland, de VS en Zwitserland gangbaar is.¹⁰ Dergelijke onderscheidingen hebben gevolgen voor de rechterlijke toets. Toetsing van de uitkomst is bij referenda minder gangbaar dan bij volksinitiatieven. Om te beginnen is de kans dat een referendum resulteert in onrechtmatige wetgeving aanzienlijk kleiner dan bij volksinitiatieven. Bij referenda wordt immers een wetgevingsproces, met bijbehorende waarborgen, afgewerkt alvorens de kwestie aan de kiezers wordt voorgelegd. Daar komt bij dat de wetgever in het geval van referenda, zeker wanneer zij adviserend zijn, de eindverantwoordelijkheid draagt. Men moet de verschillen echter ook niet overdrijven. Het

* Mr. dr. J. Uzman is als universitair docent staats- en bestuursrecht verbonden aan de Universiteit Leiden.

1. Strikt genomen ging het niet om een referendum maar om een volksinitiatief.
2. Daarover uitgebreid: L. Langer, ‘Panacea or Pathetic Fallacy? The Swiss Ban on Minarets’, *Vanderbilt J. of Transnational Law* 2010, afl. 4, p. 863-951.
3. Art. 195 *Bundesverfassung*.
4. Vgl. A. Peters, ‘The Swiss Referendum and the Prohibition of Minarets’, *EJILTalk!* 2 december 2009 (www.ejiltalk.org).
5. EHRM 8 juli 2011, 65840/09 (*Ouardiri/Zwitserland*); EHRM 8 juli 2011, 66274/09 (*Ligue des Musulmans/Zwitserland*).
6. Zie bijv. EHRM 10 juli 2012, *Gst.* 2012/117, m.nt. Broeksteeg (*SGP/Nederland*).
7. High Court (QB) 3 november 2016, *EWHC* 2768 (Admin) (*Miller & Dos Santos*). Zie tevens: UKSC 24 januari 2017, *UKSC* 5. Daarover o.a.: J.J.J. Sillen, ‘Brexit voor het UK Supreme Court’, *NJB* 2017, p. 852-859.
8. *The Daily Mail* 4 november 2016, p. 1.
9. Vgl. W.J.M. Voermans, ‘Referendum: geloofsartikel of hebbing, drama of nuttige correctie?’, *AA* 2011, afl. 6, p. 468-478, op p. 470, die overigens opmerkt dat niet iedereen het referendum als échte directe democratie beschouwt.
10. D. Michael, ‘Judicial Review of Initiative Constitutional Amendments’, *UC Davis Law Review* 1980, afl. 2, p. 461-495.

is niet ondenkbaar dat regering en parlement de bevolking inschakelen om omstreden beleid te legitimeren. Recente referenda in Hongarije en Turkije laten dat zien. Staat bij referenda formeel een besluit van de wetgever centraal, dat besluit heeft door een positieve referendumuitslag wel een bijzondere legitimatie verkregen. De volksuitspraak 'dekt' de wetgevende arbeid. Bovendien valt het verschil tussen bindend en raadplegend in de praktijk te relativiseren: referenda hebben, vanwege de politieke gevolgen ervan, doorgaans *de facto* bindende kracht.¹¹

Voor de rechterlijke bevoegdheid is ook relevant of sprake is van een constitutioneel referendum. Wereldwijd kennen de meeste landen wel rechterlijke toetsing van wetgeving *aan* grondwet, maar toetsing *van* de grondwet is bepaald minder gangbaar.¹² In sommige landen toetst een constitutioneel hof aan zogenaamde *Ewigheidsklauseln*, of acht de rechter zichzelf bevoegd om 'the basic structure of the Constitution' te bewaken.¹³ In andere landen, zoals Nederland, Noorwegen en Zwitserland, waarin rechterlijke toetsing van wetgeving traditioneel met argusogen wordt bekeken, is rechterlijke toetsing *van* de grondwet minder vanzelfsprekend. Toetsing aan rechtsstatelijke beginselen of aan *Ewigheidsklauseln* is in zulke landen uitgesloten.¹⁴ Voor sommige landen geldt misschien dat de mensenrechtenverdragen uitkomst kunnen bieden. De voorrang van deze verdragen op de grondwet is in de meeste landen, anders dan in Nederland, echter geen uitgemaakte zaak.¹⁵ Wel is het in zulke gevallen mogelijk dat een supranationaal hof, zoals het EHRM, de grondwetswijziging op verenigbaarheid met verdragsrecht toetst. De bereidheid daartoe demonstreerde het EHRM al eens.¹⁶

3. Tijdstip van toetsing

Rechterlijke toetsing kan procedureel of inhoudelijk van aard zijn. Toetsing op procedurele gronden is onomstreden. Het gaat bijvoorbeeld om eisen met betrekking tot de vorm van het verzoek tot het houden van een referen-

dum of de geldigheid van ondersteuningsverklaringen. Deze vorm van toetsing vindt doorgaans plaats voordat de kiezer aan het woord is geweest. Voor toetsing op inhoudelijke gronden ligt het tijdstip van de toetsing gecompliceerder. Het is in elk geval theoretisch mogelijk dat de rechter voordat de volksraadpleging heeft plaatsgevonden reeds bepaalt dat het feest van de democratie niet door kan gaan omdat het voorwerp ervan onrechtmatig is.¹⁷

In de praktijk is inhoudelijke toetsing vooraf echter omstreden. Twee benaderingen kunnen worden onderscheiden. Aan de ene kant staat, wat we gemakshalve de 'Duitse' benadering kunnen noemen. Daarin geniet voorafgaande toetsing expliciet de voorkeur.¹⁸ De gedachte is vermoedelijk dat de rechter dan vermijdt dat hij op een later moment tegen de volkswil in moet gaan. Bovendien bespaart hij de belastingbetaler de kosten van een volksraadpleging die tot niets kan leiden. Daartegenover staat de Amerikaanse benadering, waarin toetsing achteraf het uitgangspunt is.¹⁹ De ratio daarachter is eveneens gestoeld op behoedzaamheid maar de risicotaxatie valt anders uit. Ervan uitgaande dat niet alle volksraadplegingen tot wetwijziging leiden, kan het voordelig zijn voor de rechter om het referendum af te wachten. De kans bestaat dan dat het electoraat toetsing overbodig maakt.²⁰

De Amerikaanse weerzin tegen inhoudelijke toetsing vooraf is te herleiden tot overwegingen van machtscheiding en rechterlijke efficiëntie, in het bijzonder het gebod voor federale en veel statelijke rechters om zich te onthouden van zogenaamde *advisory opinions*, uitspraken die geen geschil met daadwerkelijke belangen tot voorwerp hebben.²¹ Men denke daarbij aan een rechterlijk oordeel over een wetsvoorstel dat nog aanhangig is in het parlement. Een al te strikte toepassing van dit leerstuk op de toetsing van volksuitspraken kan echter contraproductief uitwerken. Het verwijt dat de rechter het volk prematuur de mond snoert zou weleens minder schadelijk kunnen zijn dan het verwijt dat hij achteraf de uitgesproken wil van de soeverein blokkeert.

11. Aldus bijv. W. van der Woude, 'Nationale referenda over de "EU"', in: A.W. Heringa (red.), *Het eerste raadgevend referendum. Het EU-Oekraïne Associatieakkoord*, Den Haag: Montesquieu Instituut 2016, p. 23-47, op p. 44-45. Zie ook: Voermans 2011, p. 471. Anders suggereert overigens: ABRvS 5 maart 1998, *Gst.* 1998/7077, m.nt. E. Brederveld (*Amsterdamse referendumverordening*).
12. Vgl. G.J. Geertjes & J. Uzman, 'Conventions of Unamendability. Covert Constitutional Unamendability in Politically Enforced Constitutions', in: R. Albert & B.E. Oder (red.), *An Unconstitutional Constitution?*, Heidelberg: Springer 2018 (nog te verschijnen, zie: <https://ssrn.com/abstract=2619643>).
13. Vgl. Y. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments. The Limits of Amendment Powers* (diss. Londen LSE), Oxford: Oxford University Press 2017, p. 39-70. Voorts: J.L. de Reede, *Rechterlijke toetsing van grondwetsherziening in India* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Rodopi 1982.
14. Vgl. E. Smith, 'Old and Protected? On the "Supra-Constitutional" Clause in the Constitution of Norway', *Israel Law Review* 2011, afl. 3, p. 369-388. Voor Zwitserland, zie par. 4.2.3.
15. In Nederland wordt die voorrang wel aangenomen, zij het dat daarop kritiek bestaat: zie L.F.M. Besselink, 'Internationaal recht en nationaal recht', in: N. Horbach e.a. (red.) *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2007, p. 47-80, op p. 28.
16. EHRM 22 december 2009, 27996/06 (*Sejdić & Finci/Bosnië Herzegovina*).
17. Vgl. bijv. VerfG Hamburg 13 oktober 2016, *HVERfG 2/16* ('*Rettet den Volksentscheid*'). In Zwitserland is de toetsing vooraf overigens voorbehouden aan regering en parlement. Zie D. Moeckli, 'Of Minarets and Foreign Criminals: Swiss Direct Democracy and Human Rights', *Human Rights Law Review* 2011, afl. 4, p. 774-794, op p. 782.
18. Vgl. VerfG Hamburg 4 maart 2013, *HVERfG 7/12* ('*Unser Hamburg – Unser Netz*'). Dat ook politici voorafgaande toetsing op prijs kunnen stellen blijkt uit de politieke reacties na een uitspraak van Verfassungsgerichtshof Berlin. Daarover: 'Verfassungsgericht soll Volksbegehren prüfen', *Der Tagesspiegel* 16 oktober 2009. Zie tevens: VerfGH Berlijn 6 oktober 2009, 63/08.
19. Vgl. Cal.SC 19 juni 2006, S135819 (*Independent Energy Producers v. McPherson*).
20. J.D. Gordon & D.B. Magleby, 'Pre-Election Judicial Review of Initiatives and Referendums', *Notre Dame L.Rev.* 1989, afl. 3, p. 298-320, op p. 307.
21. USSC 23 januari 1911, 219 *U.S.* 346 (*Muskrat v. US*). De afkeer van toetsing vooraf wordt daarnaast ook gebaseerd op de zogenaamde doctrines van *ripeness* en *avoidance*. Zie nader: Gordon & Magleby 1989, p. 309.

Zo bezien laat zich lastig in abstracto bepalen of toetsing vooraf dan wel achteraf de voorkeur verdient. Mij dunkt dat die kwestie een inschatting per geval vergt waarbij drie gezichtspunten een rol spelen: de mate waarin duidelijk is dat het voorstel in strijd is met hoger recht, de kans dat het electoraat het voorstel toch omarmt en de mogelijke schade die met vertraging van het rechterlijk oordeel gemoeid is. Zo'n inschatting is uiteraard geen exacte wetenschap. Dezelfde rechterlijke instantie kan de ene keer voortvarend een volksstemming verbieden, terwijl een andere keer nadrukkelijk wordt overwogen dat 'post-election review' het uitgangspunt is.²²

4. Speciale behandeling voor directe democratie?

Maakt het voor de rechterlijke toetsingsintensiteit uit of een wet de zegen van het electoraat heeft? Die vraag is normatief en beschrijvend te benaderen. Om de lengte van deze bijdrage binnen de perken te houden, beperk ik me hier tot het beschrijvende perspectief. Ik bespreek eerst hoe Amerikaanse rechters met deze keuze omgaan. Een aantal Amerikaanse staten heeft namelijk een rijke traditie van directe democratie. Daar komt bij dat de Amerikaanse rechter, zeker in vergelijking met zijn Europese collegae, behoorlijk expliciet is over de factoren die zijn toetsingsintensiteit bepalen. Daarna volgen enkele voorbeelden van hoe in Europa met soortgelijke kwesties wordt omgegaan.

4.1. Direct democracy in de Amerikaanse rechtspraak

Directe democratie was oorspronkelijk geen vanzelfsprekendheid in de Verenigde Staten. De afkeer van het verschijnsel zit diep ingebakken in het Amerikaanse staatsbestel.²³ Men treft deze afkeer reeds aan in de *Federalist Papers*.²⁴ Op federaal niveau kennen de VS de mogelijkheid van referenda of volksinitiatieven dan ook niet. Op statelijk niveau ligt dat echter anders. Daar is de directe democratie diepgeworteld.²⁵ Vormen ervan komen voor in zevenentwintig Amerikaanse staten. Hun grondwetten worden veelal bij referendum of volksinitiatief gewijzigd. Geregeld krijgen Amerikaanse rechters dan ook te maken met statelijke (grond)wetgeving die op zijn minst op gespannen voet staat met de (federale) grondwet.²⁶ In het duale Amerikaanse rechtssysteem kan het daarbij zowel om federale, als om statelijke rechters gaan.²⁷ Op beide

niveaus is de vraag aan de orde gekomen of directe democratie een bijzondere behandeling verdient.

4.1.1. Het pleidooi voor terughoudendheid

De noodzaak voor bijzondere terughoudendheid ten aanzien van de producten van directe democratie is vooral onderstreept in een aantal uitspraken van de federale opperrechter Hugo Black.²⁸ In het arrest *Reitman v. Mulkey* legde hij uit waarom: 'because here, it's moving in the direction of letting the people of the State (...) establish their policy, which is as near to a democracy as you can get'.²⁹ Aan deze opvatting ligt een notie van volkssoevereiniteit ten grondslag: het volk is niet slechts wettelijk bevoegd tot participatie in het wetgevingsproces, het heeft een 'sovereign and reserved right to make laws'.³⁰ De opvatting van Black heeft, vooral op statelijk niveau, navolging gekregen. Zo oordeelt het Californische Hoogerechtshof geregeld dat referenda en volksinitiatieven 'very special and very favored treatment' verdienen.³¹ Daarbij gaat het Hof soms zelfs zo ver dat het vaste jurisprudentie ombuigt om maar niet tot onrechtmatigheid te hoeven concluderen. Immers, 'the initiative power must be broadly construed, resolving all doubts in favor of that reserved power'.³²

Waar komt die 'speciale behandeling' dan precies op neer? Betekent het dat de rechter *de facto* abstineert zodra de wettelijke regeling gedekt wordt door een volksuitspraak? Dat lijkt onwaarschijnlijk, gelet op de Amerikaanse rechtscultuur van rechterlijke suprematie. Eerder lijkt het respect voor het electoraat te liggen in een, te doorbreken, presumptie van rechtmatigheid.³³ De vraag is wel in hoeverre zo'n presumptie verschilt van de presumptie van rechtmatigheid die de 'gewone' wetgever toekomt. De Amerikaanse jurisprudentie maakt in dat verband een driedeling in toetsingsintensiteiten, variërend van *rationality review* (waarin de presumptie het sterkst is), via *intermediate* naar *strict scrutiny* (waarin van een presumptie eigenlijk geen sprake meer is).³⁴ Tenzij er bijzondere redenen zijn tot verhoogde waakzaamheid (bijvoorbeeld omdat de wetgeving in kwestie zich richt tegen een minderheid), is *rationality review* de norm. De oproep tot terughoudendheid met betrekking tot referenda zou dan ook in kunnen houden dat de rechter zich beperkt tot *rationality review* terwijl hij, als het om een product van

22. Vgl. Cal.SC 15 september 1983, 34 Cal.3d 658 (*Legislature v. Deukmejian*), resp. Cal.SC 11 maart 1982, 31 Cal.3d 1 (*Brosnahan v. Eu*).

23. Zie J.N. Eule, 'Judicial Review of Direct Democracy', *Yale Law Journal* 1990, afl. 7, p. 1503-1590, op p. 1526; K.P. Miller, *Direct Democracy and the Courts*, Cambridge: Cambridge University Press 2009, p. 19-21.

24. Vgl. *Federalist* 10 en 63.

25. W.B. Fisch, 'Constitutional Referendum in the United States of America', *American J. of Comparative Law* 2006, p. 485-504.

26. Zie bijv. USSC 12 november 1968, 393 U.S. 97 (*Epperson v. Arkansas*).

27. Is wetgeving in strijd met de statelijke grondwet, dan kan men terecht bij de statelijke rechter. Is de federale grondwet in het geding, dan staan beide rechterlijke kolommen open. Zie: R. Shreve e.a., *Understanding Civil Procedure*, San Francisco: LexisNexis 2013 (5e druk), p. 19-20.

28. Vgl. o.a. USSC 26 april 1971, 402 U.S. 137 (*James v. Valtierra*).

29. USSC 29 mei 1967, 387 U.S. 369. Hoorzitting, aangehaald bij Miller 2009, p. 90.

30. Miller 2009, p. 89.

31. Cal.SC 15 september 1983, 34 Cal.3d 658 (*Legislature v. Deukmejian*).

32. Cal.SC 17 december 1976, 557 P.2d 473 (*Associated Home Builders v. City of Livermore*).

33. M.E. Solimine, 'Judicial Review of Direct Democracy: A Reappraisal', *Kentucky L.J.* 2015, afl. 4, p. 671-697, op p. 696.

34. Zie J.H. Gerards, *Judicial Review in Equal Treatment Cases* (diss. Maastricht), Leiden: Brill 2005.

(enkel) de wetgever zou zijn gegaan, voor *intermediate* of *strict scrutiny* had gekozen.³⁵

Het probleem van deze benadering is dat zo'n presumptie in de context van volksinitiatieven niet erg voor de hand ligt. Ten aanzien van de wetgever vloeit zij onder meer voort uit de binding van ambtsdragers, op basis van hun ambtseed, aan de grondwet.³⁶ Voor de kiezer geldt dat niet. Het wetgevingsproces kent bovendien institutionele waarborgen om ervoor te zorgen dat mogelijke strijd met hoger recht uitgefilterd wordt. Van soortgelijke waarborgen hoeft zeker niet altijd sprake te zijn bij referenda en volksinitiatieven.³⁷

4.1.2. Een strengere toets voor directe democratie?

Het pleidooi van Black heeft een tegenreactie in de literatuur opgeroepen. Sceptici van directe democratie betogen dat de rechter bij volksraadplegingen juist strenger moet zijn.³⁸ Zij vrezen dat de kiezer, aangejaagd door populistische mediacampagnes, in het stemhokje probleemloos zijn onderbuikgevoelens omzet in overheidsbeleid.³⁹ Vooral een artikel van Julian Eule was in dat verband invloedrijk.⁴⁰ Eule betoogde dat de Amerikaanse grondwet welbewust waarborgen bevat om de gevaarlijk kanten van 'mob rule' te minimaliseren. Met de inzet van volksinitiatieven werden die waarborgen omzeild:

'Where (...) the filtering system has been removed, courts must play a larger role – not because direct democracy is unconstitutional, nor because it frequently produces legislation that we may find substantively displeasing or short sighted, but because the judiciary stands alone in guarding against the evils incident to transient, impassioned majorities that the Constitution seeks to dissipate. (...) My assertion [is] that the Federalists' "solutions" to the threat of majority faction must inform the judicial role in reviewing direct democracy.'⁴¹

Daarmee betoogde Eule niet dat de rechter de uitkomsten van volksraadplegingen grootschalig zou moeten dwarsbomen, maar wel dat hij op deelterreinen streng moest controleren of de rechten van minderheden en de zwakkeren in de samenleving daardoor niet al te hard werden geraakt. Het was niet genoeg dat de, uit een volksinitiatief voortgevloeide regeling op het oog een neutrale strekking had: de rechter moest bezien of de meerderheid van het

electoraat niet oneigenlijke bedoelingen had met de regeling. Dat gold niet alleen voor de situatie dat het volk de wetgever omzeilt door regelgeving via een volksinitiatief vast te stellen, maar ook voor situaties waarin een referendum de representatieve democratie slechts aanvult. In zulke gevallen zou het referendum volgens Eule de eigen rol en verantwoordelijkheid van de wetgever 'wegdrukken' en deze lui of laf maken.⁴²

Eenzelfde kritische houding vinden we bij twee andere auteurs: Jane Schacter en Philip Frickey. Hun oplossing was echter verfijnder dan die van Eule. De rechter zou problematische wetgeving die het gevolg was van directe democratie niet zozeer onverbindend moeten verklaren, maar vergaand moeten interpreteren in het licht van constitutionele waarborgen.⁴³ De bedoeling van de initiatiefnemers moest wijken voor een uitleg die recht deed aan de grondwet. De rechter vermijdt in deze optiek een expliciet oordeel over de kiezersuitspraak, hij past haar, op het oog, toe. Alleen leidt die kiezersuitspraak in individuele gevallen niet altijd tot het resultaat dat de kiezer vermoedelijk beoogde. Men kan deze praktijk uiteraard afdoen als een schandalige vorm van rechterlijke manipulatie. De benadering heeft echter oude en stevige rechtsstatelijke wortels.⁴⁴ Ze heeft bovendien als voordeel dat het conflict tussen rechter en electoraat niet op de spits gedreven wordt. De rechter beperkt zich ertoe in individuele gevallen zo veel mogelijk rechtsbescherming te bieden in het licht van de ingeroepen grondrechten.

4.1.3. De heersende leer: directe democratie is irrelevant
Niet iedereen is van de noodzaak tot differentiatie – ten gunste of ten nadele van directe democratie – overtuigd. Zo zouden referenda en volksinitiatieven niet per definitie tot betere of slechtere uitkomsten leiden dan de representatieve democratie, en dus ook niet meer of minder legitiem genieten.⁴⁵ Daarnaast is er de vrees dat differentiatie op deelterreinen eerder tot rechterlijke willekeur of politiek gemotiveerde uitspraken leidt.⁴⁶ Vooropstaat, aldus bijvoorbeeld Mark Tushnet, dat het proces van totstandkoming voor de *inhoudelijke* toetsing van een wet niet van belang is.⁴⁷ Dat lijkt ook de officiële lijn van het federale Hooggerechtshof te zijn.⁴⁸ In een arrest uit 1981, overwoog het: 'it is irrelevant that the voters rather than a legislative body enacted [legislation], because the voters may no more violate the Constitution by enacting a ballot

35. M. Tushnet, 'Fear of Voting: Differential Standards of Judicial Review of Direct Legislation', *Annual Survey of American Law* 1997/1, p. 1-20, op p. 1.

36. USSC 2 mei 1904, 194 *US* 267 (*M.,K. & T. Railway Co. v. May*); Eule 1990, p. 1536-1537.

37. E. Chemerinsky, 'Challenging Direct Democracy', *Michigan State L.Rev.* 2007, afl. 2, p. 293-306, op p. 297. Anders: Solimine 2015, p. 683; S. Bowler, 'When Is It OK to Limit Direct Democracy', *Minnesota L.Rev.* 2013, afl. 5, p. 1785.

38. Vgl. D.A. Bell, 'The Referendum: Democracy's Barrier to Racial Equality', *Washington L.R.* 1978, afl. 1, p. 1-29; Eule 1990; T. Donovan, 'Direct Democracy and Campaigns Against Minorities', *Minnesota L.Rev.* 2013, afl. 5, p. 1730-1779.

39. Bell 1978, p. 20.

40. Eule 1990.

41. *Ibid.*, p. 1525.

42. *Ibid.*, p. 1574.

43. J.S. Schacter, 'The Pursuit of "Popular Intent": Interpretative Dilemma's in Direct Democracy', *Yale L.J.* 1995, afl. 1, p. 107-176; Ph. Frickey, 'Interpretation on the Borderline: Constitution, Canons, Direct Democracy', *Annual Survey of American Law* 1996, afl. 3, p. 477-534.

44. Zie voor een theoretisch fundament in de Britse context: T.R.S. Allan, *Constitutional Justice*, Oxford: OUP 2001.

45. S. Bowler, 'When Is It OK to Limit Direct Democracy', *Minnesota L.Rev.* 2013, afl. 5, p. 1780-1803.

46. Tushnet 1997, p. 3.

47. *Ibid.*, p. 5.

48. Comment, 'Judicial Approaches to Direct Democracy', *Harvard L.Rev.* 2005, afl. 8, p. 2748-2769, op p. 2751.

measure than a legislative body may do so by enacting legislation'.⁴⁹ Later herhaalde het Hof dat standpunt in de zaak *U.S. Term Limits v. Thornton*.⁵⁰ Het ging daarin om een volksinitiatief waarmee geregeld werd dat politici die namens de staat Arkansas zitting hadden in het federale congres, voortaan slechts beperkt konden worden herkozen. Een meerderheid van het federale Hooggerichtshof achtte dit amendement een doorkruising van het federale kiesrecht.⁵¹ Op de kritiek van *dissenter* Clarence Thomas, dat het Hof hier de wil van de kiezer zelf negeerde, overwoog het:

'We are aware of no case that would even suggest that the validity of a state law under the Federal Constitution would depend at all on whether the state law was passed by the state legislature or by the people directly through amendment of the state constitution. (...) Quite simply, in our view, the dissent's distinction between state legislation passed by the state legislature and legislation passed by [initiative] constitutional amendment is untenable.'⁵²

Toch is de jurisprudentie van het Hof minder eenduidig dan dit citaat veronderstelt. In een soortgelijke zaak, uit 2015, stond Thomas opnieuw tegenover de meerderheid, maar deze keer waren beide kampen van positie gewisseld.⁵³ Deze keer was het de meerderheid die terughoudendheid predikte en bepleitte Thomas juist een neutrale koers.⁵⁴ Het illustreert de weinig vaste koers van het Hof. Men kan zich niet aan de indruk onttrekken dat het beleden respect voor de kiezersuitspraak vooral een retorisch doel dient. Wie de wet toch al wilde behouden predikt terughoudendheid jegens het electoraat.

Dat van een principiële terughoudendheid echter geen sprake is blijkt ook uit de eindresultaten. Geregeld toonde het Hof zich bereid om de kiezer stevig de les te lezen. Dat deed het bijvoorbeeld toen het in 1925 een constitutioneel referendum – dat kinderen verplichtte tot het bezoeken van openbare scholen – ongrondwettig verklaarde omdat het vooral bedoeld leek om de staat te zuiveren van bijzondere scholen op rooms-katholieke grondslag.⁵⁵ Nog duidelijker sprak het Hof zich uit in *Romer v. Evans*.⁵⁶ In deze zaak hadden kiezers van Colorado via een volksinitiatief een grondwetsamendement aangenomen dat non-discriminatie wetgeving ten aanzien van homoseksualiteit verbod. Het Hof werd de vraag voorgelegd of dit verbod in strijd was met de federale *Equal Protection Clause*. Rechters Scalia en Thomas vonden van niet en zij beriepen zich op het direct democratische karakter van het amendement. Kiezers was de vraag voorgelegd of homoseksualiteit speciale bescher-

ming verdiende en het antwoord luidde ontkennend. 'The Court today asserts that this most democratic of procedures is unconstitutional.'⁵⁷ Volgens Scalia was hier sprake van een 'modest attempt by seemingly tolerant Coloradans to preserve traditional sexual mores against the efforts of a politically powerful minority to revise those mores through use of the laws'. De meerderheid van het Hof was echter niet overtuigd: 'laws of the kind now before us raise the inevitable inference that the disadvantage imposed is born of animosity toward the class of persons affected. [I]f the constitutional conception of "equal protection of the laws" means anything, it must at the very least mean that a bare (...) desire to harm a politically unpopular group cannot constitute a legitimate governmental interest'.⁵⁸

Opvallend is de toetsingsmaatstaf die het Hof aanlegt. Anders dan eerdere rechters die de zaak behandelden, kiest het Hof niet voor het vergrootglas van *strict scrutiny*. In plaats daarvan wordt overwogen dat het amendement zelfs de lichtste toetsingsvariant, *rationality review*, niet kan doorstaan. Dat betekent niet dat het Hof, ondanks de felle eindconclusie, een bijzonder terughoudende opstelling kiest. *Rationality review* is namelijk ook het uitgangspunt voor de toetsing van producten van de wetgever.⁵⁹ Volgens het Hof spreekt uit het amendement bovendien 'animus' jegens homoseksuelen. Dat is van belang omdat 'animus' een van de weinige argumenten is waarmee kan worden bereikt dat een wettelijke regeling de *rationality*-toets niet doorstaat.⁶⁰ Zoals de *dissent* laat zien, spreekt uit die keuze om 'animus' aan te nemen al een weinig terughoudende opstelling. De bereidheid van de meerderheid om de kiezer te verwijten dat hij erop uit is om een bevolkingsgroep kwaad te doen, lijkt dan ook eerder aan te sluiten bij Eule dan bij Black. Het suggereert dat het Hof geen verzwaarde toetsingsmaatstaf nodig heeft om zich te verzetten tegen 'popular majorities' als de rechten van minderheden in het geding zijn.⁶¹

4.1.4. Tussenconclusie: een kwestie van retorica?

Het voorgaande brengt een meetbaarheidsprobleem aan het licht. Het komt zelden voor dat wetgeving met dezelfde inhoud zowel via een volksinitiatief als door de wetgever uitgevaardigd en aan de rechter voorgelegd wordt. Alleen dan valt met zekerheid te zeggen of de rechter daadwerkelijk terughoudender is bij volksuitspraken. Zolang dat niet het geval is moeten we ons baseren op wat de rechter er zelf over zegt. Het probleem is dat de Amerikaanse rechtspraak op dit punt niet uitblinkt in consistentie. Zowel federale als statelijke rechters halen de directe democratie aan als reden voor terughoudend-

49. USSC 14 december 1981, 454 U.S. 290 (*Citizens Against Rent Control v. City of Berkeley*).

50. USSC 22 mei 1995, 514 U.S. 779.

51. Vgl. art. I lid 2 U.S. Const.

52. USSC 22 mei 1995, 514 U.S. 779.

53. USSC 29 juni 2015, 576 U.S. (*Arizona State Legislature v. AIRC*).

54. *Ibid.*, Thomas J *dissenting*.

55. USSC 1 juni 1925, 268 US 510 (*Pierce v. Society of Sisters*). Daarover: Miller 2009, p. 125-130.

56. USSC 20 mei 1996, 517 U.S. 620.

57. *Ibid.*, Scalia J *dissenting*.

58. *Ibid.*

59. S.W. Pollvogt, 'Unconstitutional Animus', *Fordham L.Rev.* 2012, afl. 2, p. 887-937, op p. 896.

60. Pollvogt 2012, p. 890.

61. Zie Miller 2009, p. 150, die lijkt te suggereren dat *Romer* tot de strenge lijn van Eule c.s. moet worden gerekend.

heid. Tegelijkertijd is de officiële houding van het Hof nog altijd positiefrechtelijk georiënteerd: de rechter handhaaft hoger recht jegens lagere regelgevers en daarvoor is het direct-democratische gehalte irrelevant. Geregeld handhaaft de rechter de grondwet rigoreus jegens electorale meerderheden. De verwijzingen naar de ‘will of the people’ ten spijt, verklaren Amerikaanse rechters gemiddeld 44% van alle aangevallen wetgeving met direct democratische *roots* (gedeeltelijk) onverbindend.⁶² In totaal was dat 20%. Dergelijke cijfers liggen aanmerkelijk lager voor reguliere wetgeving.⁶³ Dat lijkt niet te wijzen op bijzondere terughoudendheid van de rechter ten aanzien van volksuitspraken. Uiteraard is mogelijk dat in al die gevallen sprake was van een zodanig duidelijke schending van hoger recht dat de rechter wel tot ongrondwettigheid moest concluderen. Zo duidelijk liggen de zaken meestal echter niet. De botsingen van rechter Thomas met zijn collegae in het Hof illustreren dat. Het vermoeden ligt voor de hand dat de directe democratie voor het Hof niet zozeer een factor is in de toetsingsintensiteit, maar eerder een retorisch argument om een reeds ingenomen standpunt te onderbouwen.

4.2. *Liggen de kaarten in Europa anders?*

Liggen de zaken anders in Europa? Dat is moeilijk te zeggen. De relatie tussen directe democratie en de rechtspraak is in de Europese literatuur en de jurisprudentie tot dusver nauwelijks een thema geweest.⁶⁴ Ten dele komt dat omdat het referendum in veel Europese landen een bescheidener plaats inneemt dan in Amerika. In de landen waar de directe democratie wél prominent aanwezig is, zoals Zwitserland en Ierland, was de rechter lange tijd niet tot toetsing bevoegd. Europese rechters zijn bovendien minder openhartig over de factoren die de toetsingsintensiteit van hun oordelen bepalen.⁶⁵ Het is dus lastig om de vraag te beantwoorden of hun toetsing wezenlijk beïnvloed wordt door het direct-democratische karakter van de getoetste wet. Ik heb op dat punt ook geen uitputtend rechtspraakonderzoek gedaan. Toch probeer ik hier een ruwe schets te geven aan de hand van enkele uitspraken van drie rechters: het Constitutionele Hof van Hamburg, het Zwitserse Federale Gerechtshof en het EHRM.

4.2.1. *L’expression directe de la souveraineté*

De gedachte van Hugo Black, dat met een referendum, de soevereine volkswil gemoeid is, heeft ook in Europa weerklank gevonden. Historisch gezien komt het meest aansprekende voorbeeld uit Frankrijk. In 1962 maakte president De Gaulle daar bekend dat hij voortaan liever

direct door het electoraat gekozen zou worden, in plaats van door het parlement. Met een dergelijke stap was grondwetswijziging gemoeid. In plaats van de daarvoor voorgeschreven procedure te volgen, schreef De Gaulle een referendum uit. Dat was staatsrechtelijk omstreden. Diverse adviesgremia, waaronder de *Conseil Constitutionnel*, achtten grondwetswijziging bij referendum inconstitutioneel.⁶⁶ Toch zette De Gaulle door. Nadat het electoraat op 28 oktober 1962 zijn zegen had gegeven, werd de verbindendheid van de daaruit voortvloeiende wet aan de *Conseil Constitutionnel* voorgelegd. Deze oordeelde zichzelf echter onbevoegd om een referendum aan de grondwet te toetsen.⁶⁷ Daarmee was ‘l’expression directe de la souveraineté nationale’ gemoeid, aldus de *Conseil*. De *Conseil* ging dus zelfs verder dan de terughoudendheid die Black predikte. In wezen wordt immers aangestuurd op een toetsingsverbod.⁶⁸ Ondanks de storm van kritiek die het oordeel van de *Conseil* heeft uitgelokt, is deze jurisprudentie echter herhaaldelijk bevestigd.⁶⁹

4.2.2. ‘Rettet den Volksentscheid’

Gaat het om rechterlijke toetsing van wetgeving, dan is Duitsland, met de VS, het bekendste voorbeeld van een land met sterke rechterlijke toetsing van wetgeving. Net als voor auto’s geldt: sterker dan in Duitsland worden ze niet gemaakt. Deze toetsing is geconcentreerd bij constitutionele hoven, zowel op federaal als op deelstatelijk niveau. Aangezien referenda en volksinitiatieven vooral op dat tweede niveau voorkomen, zijn het doorgaans de deelstatelijke hoven die met referenda geconfronteerd worden. Meestal is die toetsing procedureel van aard.⁷⁰ Toch komt toetsing op de inhoud een enkele keer voor. Het meest in het oog springt het eerdergenoemde arrest van *Verfassungsgericht* Hamburg over het volksinitiatief ‘Rettet den Volksentscheid’.⁷¹ Dat initiatief beoogde een bepaling in de grondwet op te nemen die wijziging van die grondwet afhankelijk zou maken van een volksuitspraak. Het stadsbestuur vocht het voorgenomen initiatief aan bij het constitutionele hof. Dat oordeelde vervolgens dat het ‘mit dem Demokratieprinzip bzw. dem Rechtsstaatsprinzip unvereinbar’ was. In het oordeel treft men geen uitweidingen aan over de verhouding tussen rechter en electoraat. Van voorzichtigheid, voortvloeiend uit het gegeven dat het hier gaat om de vraag of de soeverein aan het woord mag komen, is geen sprake.

Dat gebrek aan terughoudendheid lijkt te verklaren door twee factoren. In de eerste plaats is het in de Duitse rechtscultuur niet ongebruikelijk voor de (constitutionele) rechter om zich te beschouwen als de exclusieve interpretator van de grondwet. De notie van een ‘constitutionele

62. Miller 2009, p. 105-106.

63. *Ibid.*

64. Uitzonderingen zijn: G. MacMillan, ‘The Referendum, the Courts and Representative Democracy in Ireland’, *Political Studies* 1992, afl. 1, p. 67-78; B. Ruane, ‘Reflections on procedural rights in constitutional referenda’, *Irish Jurist*, Vol. 48, 2012, p. 1-42.

65. Vgl. M. De S.-O.-L’E Lasser, *Judicial Deliberations*, Oxford: OUP 2004, p. 3-4.

66. Daarover uitgebreid: A. Stone Sweet, *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective*, Oxford: Oxford University Press 1992, p. 65-66.

67. CC 6 november 1962, 61-20 D.C.

68. Vgl. C.A.J.M. Kortmann, ‘Soevereiniteit: on s’amuse’, in: J.L. de Reede & J.H. Reestman, *Op het snijvlak van recht en politiek. Opstellen aangeboden aan prof. mr. L. Prakke*, Deventer: Kluwer 2003, p. 155-168, op p. 160.

69. CC 23 september 1992, 92-313 D.C.; CC 25 april 2014, 2014-392 QPC.

70. Zo bijv. VerfG Hamburg 14 december 2011, *HVErfG* 3/10 (*Volksentscheid Schulreform*).

71. VerfG Hamburg 13 oktober 2016, *HVErfG* 2/16.

dialoog' staat in Duitsland nog in de kinderschoenen.⁷² Daarnaast kan het gebrek aan terughoudendheid in verband worden gebracht met het gegeven dat de rechter het initiatief toetste voordat het daadwerkelijk kon plaatsvinden. De 'Hamburgse soeverein' had nog niet gesproken. Wat ter toetsing voorlag was een verzoek van een actiegroep, gesteund door circa 15 000 kiezers. Uiteraard ligt ook het mogelijke verwijt dat de rechter het electoraat de mond snoert, gevoelig, maar dat is toch van een andere orde dan een rechterlijke uitspraak die rechtstreeks ingaat tegen de uitdrukkelijke wil van dat electoraat. Dat laat echter onverlet dat uit het arrest hoe dan ook weinig vertrouwen in het oordeel van het electoraat spreekt. De gedachte dat de rechter het proces van directe democratie zo min mogelijk moet dwarsbomen, die we eerder zagen bij het Californische Hooggerechtshof, ziet men hier niet terug.

4.2.3. Zwitserland: interpretatieve rechtsbescherming

In tegenstelling tot zijn Duitse collega komt de Zwitserse rechter een bescheiden plaats toe in het staatsbestel. Rechterlijke toetsing van wetgeving was in Zwitserland, net als in Nederland, lang geen vanzelfsprekendheid. Artikel 190 van de Zwitserse grondwet sluit toetsing van wetgeving aan de grondwet uit. Exceptieve toetsing van wetgeving aan het EVRM is, sinds een arrest van het *Schweizer Bundesgericht* uit 1999, wel mogelijk.⁷³ Deze rechter gaat daarbij echter uiterst terughoudend te werk.⁷⁴ Bovendien betroffen de meeste omstreden volksuitspraken van de afgelopen jaren grondwetswijzigingen. De bevoegdheid van de Zwitserse rechter om ook grondwettelijke bepalingen aan het EVRM te toetsen is bepaald omstreden.⁷⁵

Toch zijn er wel indicaties dat de Zwitserse rechter bereid is om ver te gaan in het beschermen van mensenrechten tegen de directe volkswil. De kwestie van het minarettenverbod leidde voorlopig nog niet tot jurisprudentie van het *Bundesgericht*. Er zijn kennelijk nog steeds geen bouwvergunningen aangevraagd.⁷⁶ Vlak na het minarettenverbod besloten de Zwitsers echter tot een tweede omstreden maatregel. Het zogenaamde *Ausschaffungsinitiative* bewerkstelligde een nieuwe grondwetsbepaling die voorschreef dat buitenlanders die veroordeeld waren tot bepaalde strafrechtelijke delicten automatisch hun verblijfstitel verloren. Een Macedonische jongeman die was gepakt met een kilo heroïne werd met die maatregel geconfronteerd. Aangezien hij al sinds zijn zevende in

Zwitserland woonde en geen enkele band met zijn vaderland had, achtte het *Bundesgericht* zijn uitzetting disproportioneel.⁷⁷ Het worstelde vervolgens met de vraag hoe om moest worden gegaan met de nieuwe grondwetsbepaling. Men koos uiteindelijk voor het pad van *remedial interpretation*: een vorm van verdragsconforme interpretatie die aanzienlijk verder gaat dan gebruikelijke vormen van wetsuitleg.⁷⁸ Volgens het *Bundesgericht* moeten grondwettelijke bepalingen in onderlinge samenhang en in het licht van de onderliggende beginselen en het volkenrecht worden uitgelegd. De bedoeling van de initiatiefnemers van de bepaling, die in dit geval vrij duidelijk was (automatische uitzetting 'ohne ausnahme'), geeft niet de doorslag. Dat is slechts anders als de initiatiefnemers uitdrukkelijk in de bepaling hebben opgenomen dat deze voorrang heeft op de overige delen van de grondwet. Het *Ausschaffungs*-arrest heeft grote betekenis voor de Zwitserse rechtspraak. De daarin gevolgde lijn is ook van belang voor eventuele procedures over het minarettenverbod.⁷⁹ Als het *Bundesgericht* had gewild, had het op diverse plaatsen meer tegemoet kunnen komen aan de uitslag van het volksinitiatief. In plaats daarvan maakte het zich breed voor de rechten van een kwetsbare minderheid. Interessant is dat het dat niet doet door de grondwetswijziging expliciet buiten toepassing te laten, al komt het daar in de praktijk wel op neer. Het kiest voor de weg van de interpretatie. Het lijkt alsof de Zwitserse rechter zich bewust doof houdt: hij doet alsof hij niet helemaal begrijpt wat de bedoeling van de grondwetgever is geweest. Die vorm van 'rechterlijke hardhorendheid' is zowel een methode van verzet als van rechtsbescherming.⁸⁰ Zij past naadloos in de, in par. 4.1.3 beschreven, oproep die Schacter en Frickey aan de Amerikaanse rechter deden. Daarmee sluit de ooit zo terughoudende Zwitserse rechter zich aan bij de strenge lijn ten aanzien van constitutionele referenda.

4.2.4. Straatsburg: onduidelijkheid troef

Anders dan bij de Zwitserse rechter is de bevoegdheid van het EHRM om de uitkomst van referenda aan het EVRM te toetsen onbetwist. Tegelijkertijd opereert het Straatsburgse Hof in een gevoelige context. De houding ten aanzien van het EHRM in de lidstaten is het afgelopen decennium verkild. Geregeld moet het laveren tussen het handhaven van een consistente lijn en de wens de steun voor het Hof niet verder te laten afbrokkelen. Dat leidt soms tot een 'politieke' inzet van de *margin of apprecia-*

72. Zie bijv. V. Lange, *Grundrechtsbindung des Gesetzgebers. Eine rechtsvergleichende Studie zu Deutschland, Frankreich und den USA* (diss. Würzburg), Tübingen: Mohr Siebeck 2010, p. 218-263.

73. BG 26 juli 1999, BGE 125 II 417 (*PKK-Urteil*).

74. Vgl. M. Hertig Randall, 'The europeanisation of fundamental rights protection in Switzerland: two steps forward, one step back', in: H.J. Snijders & S. Vogenauer (red.), *Content and meaning of national law in the context of transnational law*, München: Sellier 2009, p. 53-77, op p. 65-66.

75. Daarover: G. Biaggini, 'Die schweizerische direkte Demokratie und das Völkerrecht. Gedanken aus Anlass der Volksabstimmung über die Volksinitiative "Gegen den Bau von Minaretten"', *ZÖR* 2010, afl. 3, p. 325-343, op p. 337.

76. 'Fünf Jahre danach: Minarettverbot gilt nicht absolut', *Aargauer Zeitung* 29 november 2011.

77. BG 12 oktober 2012, BGE 139 I 16.

78. Zie over *remedial interpretation*: J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013, p. 63-64.

79. Vgl. A. Epiney, 'Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht aus der Sicht des Bundesgerichts', *Jusletter* 18 maart 2013, p. 1-13.

80. Zie daarover: Geertjes & Uzman 2017, p. 3-5.

tion.⁸¹ De vraag is dan welke rol een referendum speelt bij het bepalen van die *margin*. Die kwestie heeft tot dusver in de literatuur noch in de jurisprudentie van het Hof expliciet aandacht gekregen. Op zijn best moeten we het doen met beknopte aanwijzingen. De zaak over het minarettenverbod had in dat verband een graadmeter kunnen zijn. Zoals gezegd kwam het er niet van, al blijft een ontvankelijke klacht in Straatsburg uiteraard nog altijd mogelijk.

Recent kwam de relatie tussen de *margin of appreciation* en het referendum zijdelings aan de orde in een zaak over het Italiaanse verbod om embryo's ter beschikking te stellen voor wetenschappelijk onderzoek.⁸² Dat verbod was voorwerp geweest van verschillende referenda die allemaal ongeldig waren verklaard omdat de opkomstdrempel niet werd gehaald. Het argument van de regering was dan ook niet dat 'het volk gesproken had', maar dat deze referenda er mede voor hadden gezorgd dat over het verbod uitgebreid was gedelibereerd in de Italiaanse samenleving en dat dit mee moest wegen in de beoordeling van de *margin of appreciation*.⁸³ Het Hof lijkt daarin mee te gaan, maar zoals rechter Pinto de Albuquerque in een *concurring opinion* terecht opmerkt, blijft onduidelijk wat het gewicht van die referenda dan is.⁸⁴ Als het referendum al een factor van betekenis is geweest, dan is het in indirecte zin als indicator van het feit dat alle relevante belangen en argumenten in het wetgevingsproces aan de orde waren gekomen.

Een directere rol speelde het referendum in een zaak over een Iers verbod op het verstrekken van informatie over abortus. Dit verbod vloeiende voort uit het grondwettelijke recht op leven van het ongeborn kind dat in 1983, na een referendum, in de grondwet werd opgenomen. De meerderheid van het EHRM oordeelde dat het verbod om informatie te verstrekken een schending van de uitingsvrijheid vormde.⁸⁵ In het kader van de vraag of het verbod 'noodzakelijk in een democratische samenleving' was, speelde het referendum geen rol in de redenering van de meerderheid. Een van de *dissenters*, de Maltezer rechter Cremona, vindt dat een gemis. Hij onderstreept dat het gaat om:

'a fundamental principle of Irish public policy which has been enshrined in the constitution itself after being unequivocally affirmed by the direct will of a strong majority of the people by means of the eminently democratic process of a comparatively recent national referendum'.⁸⁶

Zijn conclusie is dat de *margin of appreciation* in een dergelijk geval bijzonder ruim moet zijn: 'this assumes particular importance in the present case in view of the popular expression in a national referendum'.⁸⁷ Het lijkt er dus op dat Cremona zich achter de Amerikaanse rechter Black opstelt: het referendum als uitdrukking van

de volkswil dient een bijzonder gewicht te hebben. Daar staat tegenover dat de meerderheid van het EHRM de kwestie van het referendum kennelijk nauwelijks interessant vond. De beide arresten van het Hof illustreren dan ook vooral dat de directe democratie vooralsnog een bescheiden rol speelt in de Straatsburgse jurisprudentie. De vraag is of het Hof zich die lijn kan blijven veroorloven nu er de afgelopen jaren steeds vaker sprake was van referenda en volksinitiatieven waarvan de inhoud op gespannen voet staat met mensenrechten.

5. Conclusie

Hoe wordt de toetsing van wetgeving beïnvloed door referenda en volksinitiatieven? Op het eerste gezicht maakt het voor de toetsing van wetgeving niet uit of deze is vastgesteld met medewerking van de bevolking. Het Amerikaanse Hoogerechtshof zegt dat expliciet zo, rechters in Europa maken meestal geen woorden aan de kwestie vuil. Zij lijken in zulke zaken echter niet anders te opereren dan bij 'gewone' wetgeving, al illustreert het Franse voorbeeld dat dit zeker niet altijd zo is. Daar komt bij dat rechters aan beide zijden van de Atlantische Oceaan zich bereid toonden om op te treden tegen meerderheden als er grondrechten op het spel staan. Toch is dat antwoord te beperkt. De gedachte dat 'The People' fluwelen handschoenen verdienen blijft aantrekkingskracht uitoefenen op Amerikaanse rechters, zowel op statelijk als op federaal niveau. Op het Europese continent zien we intussen grote verschillen. De Franse *Conseil Constitutionnel* acht zich niet bevoegd om de volkswil aan hoger recht te toetsen terwijl de Duitse rechter niet inziet *warum nicht*. Het feit dat het EHRM de kwestie van het Zwitserse minarettenverbod afhield en de behoedzame manier waarop de Zwitserse rechter opereerde in het *Ausschaffungs*-arrest suggereren echter een algemene trend van voorzichtigheid. Ontlopen en verhullen zijn immers ook manieren om met de spanning tussen directe democratie en de rechterlijke rol ten aanzien van het handhaven van hoger recht om te gaan.

Welke benadering de voorkeur verdient was een vraag die het bestek van deze bijdrage te buiten ging. Toch veroorloof ik me hier bij wijze van uitgeleide een bescheiden normatieve kanttekening. Het debat over de wenselijkheid van een bijzondere toetsingsintensiteit bij referenda wordt vooral in de VS gevoerd, en dan vooral door *believers* en sceptici van directe democratie. De eersten pleiten voor terughoudende toetsing, de laatsten voor een strengere toets of tenminste een neutrale houding. Zij bedienen zich daarbij uitsluitend van materiële argumenten. Kiest men voor volkssoevereiniteit en zelfbeschikking of voor het beschermen van de kwetsbare minderheid? Dat lijkt mij een te beperkte insteek van het debat. Wat mist is een institutioneel perspectief: wat doet het met het gezag van de rechter als hij zich breed maakt in

81. Vgl. bijv. C. Zoethout, 'Margin of Appreciation, Violation and (in)Compatibility: Why the ECtHR Might Consider Using an Alternative Mode of Adjudication', *European Public Law* 2014, afl. 2, p. 309-330, op p. 321.

82. EHRM (Grote Kamer) 27 augustus 2015, 46470/11 (*Parillo/Italië*).

83. Zie par. 127.

84. Par. 36 van de *concurring opinion*.

85. EHRM 29 oktober 1992, 14234-5/88 (*Open Door & Dublin Well Woman/Ierland*).

86. *Ibid.*, p. 23.

87. *Ibid.*, p. 24.

een kwestie die zo nadrukkelijk de aandacht van het publiek heeft? Dat is niet per definitie een argument tegen stevige toetsing. Zulke toetsing kan soms noodzakelijk zijn. In die zin valt voor rechterlijke onverschilligheid ten aanzien van referenda veel te zeggen. Er mag echter wel meer aandacht zijn voor toetsingsmodaliteiten die de spanning tussen rechter en 'soeverein' enigszins matigen, bijvoorbeeld door toetsing vóórdat het referendum heeft plaatsgevonden centraal te stellen of door voor de meer verhullende benadering van de Zwitserse rechter te opteren. Of die benadering 'werkt' moet trouwens worden afgewacht. In 2018 stemmen de Zwitsers opnieuw over grondwetswijziging. Deze keer om de rechterlijke toetsing aan het EVRM effectief aan banden te leggen, deels om het minarettenverbod tegen de (Europese) rechter te beschermen. Waar de bouw van een groot uitgevallen dakkapel in een miniatuurdorpje al niet toe kan leiden.