

Bijdragen

Democratie zonder volk.¹ Het meerderheidsbeginsel in een radicaal gepolariseerde samenleving

Hong Quoc Loc*

1 PvdA: Partij van de Alloctonen ...

Een van de vragen die zich bleef opdringen tijdens de campagne voor de Nederlandse Gemeenteraadsverkiezingen in 2006 was de vraag of de PvdA in staat zou zijn het enorme verlies dat zij in 2002 had geleden ongedaan te maken. In het brandpunt van de aandacht stond Rotterdam, de stad waar deze partij vier jaar geleden door Leefbaar Rotterdam (LR) van wijlen Pim Fortuyn electoraal werd vernederd; zij heeft haar positie als de grootste fractie in de gemeenteraad aan LR moeten afstaan. Als gevolg daarvan kon zij, voor het eerst in decennia, niet deelnemen aan het College van B&W dat Rotterdam in de komende vier jaren zou besturen. Die taak werd overgenomen door een coalitie bestaande uit LR, het CDA en de VVD. Deze voorgeschiedenis verklaarde mede de intense belangstelling voor de 2006 campagne in de Maasstad, waar de PvdA en LR verwickeld zijn geraakt in een nek-aan-nekrace om de eerste plaats.

Die race werd, zoals wij inmiddels weten, uiteindelijk door de PvdA gewonnen. Zij dankte deze overwinning voor een groot deel aan de mobilisatie van allochtone kiezers die zich miskend en gestigmatiseerd voelden door het 'rechtse regime' dat is voortgekomen uit de politieke aardverschuiving die Fortuyn in 2002 in Rotterdam teweeg heeft gebracht.²

Het electorale succes dat de PvdA anno 2006 in de Maasstad behaalde, stond niet op zich, maar paste in een landelijke trend. 'Tachtig procent van de niet-

* F.W.O. postdoc, Faculteit der Rechten, Universiteit Antwerpen. De auteur dankt professor Bert van Roermund die hem tot de argumentatie in dit artikel heeft geïnspireerd met zijn bespreking van *Der Bevölkerung*, het kunstwerk van Hans Haacke, dat in 2000 in het Duitse parlamentsgebouw is geïnstalleerd. Voorts gaat zijn dank uit naar Hans Lindahl die hem erop heeft gewezen dat zelfbeperking ook een vorm van wederkerigheid is. Verder is hij dank verschuldigd aan twee anonieme referenten die hem ertoe hebben aangezet zijn argumentatie duidelijker onder woorden te brengen.

1 Pierre Manent, 'Democracy Without Nations?', 8 *Journal of Democracy*, No. 2, p. 92-102 (1997).

2 De Volkskrant, 'Rotterdam: zwart zit links, wit rechts', 10 maart 2006, p. 2.

westerse kiezers koos voor de sociaaldemocraten', berichtte *Het Parool*.³ Een aantal sociologen en politicologen dat door de media hierover is geraadpleegd heeft deze ontwikkeling toegejuicht, of althans met welwillendheid becommentarieerd. Paul Brassé van Forum, het instituut voor multiculturele ontwikkeling in Utrecht, verklaarde in *de Volkskrant*:

'De allochtone stem klinkt luider en linkser dan ooit. Voor het eerst hebben allochtonen zo nadrukkelijk links gestemd, en dan met name op de PvdA. Ze hebben een statement afgegeven. Het moet worden gezien als een afrekening met vier jaar overheidsbeleid. Dat heeft te maken met het debat over de islam, met al die uitspraken over de achterblijvende integratie.'

Deze analyse wordt ook gedeeld door Jean Tillie, onderzoeker bij het Amsterdamse Instituut voor Migratie en Etnische Studies. 'Dit is het democratische antwoord op het huidige klimaat in Nederland. Op vier jaar harde taal', zei Tillie in hetzelfde ochtendblad.⁴

Natuurlijk waren er ook sociale wetenschappers die kritische kanttekeningen hebben geplaatst bij de massale toeloop van allochtonen naar de PvdA. Als dit stemgedrag structureel zou blijken te zijn, dan is het, volgens Paul Scheffer, bijzonder hoogleraar grootstedelijke problematiek aan de Universiteit van Amsterdam, zeer problematisch voor de democratische politiek. 'Zo'n etnisering van de stem leidt op den duur', zei hij, 'tot een vluchtbeweging van autochtone kiezers. Het is voor een democratie veel beter als de etnische stemmen gelijkmatig worden verdeeld.'⁵

Hoewel Scheffer niet uitgebreid heeft beargumenteerd waarom de nageoeg exclusieve steun van allochtone kiezers voor de PvdA niet goed is voor de democratie, valt het vanuit het perspectief van de heersende democratieconceptie niet moeilijk in te zien dat de door hem gesignaleerde etnisering van de stem inderdaad een reden tot zorg is. Volgens deze conceptie is democratie een regeringsvorm waarin het volk geregeerd behoort te worden door een rechtsregime dat het aan zichzelf heeft opgelegd. Dit houdt onder meer in dat geregeerden rechtsnormen die door regeerders worden afgekondigd tot een zekere hoogte moeten kunnen percipiëren als normen waarvan zijzelf de auteur zijn geweest. Dit gepercipieerde auteurschap is wat de geregeerden in staat stelt het geldende recht als zelfopgelegd, en dus democratisch legitiem, te aanvaarden. Het probleem is echter dat die perceptie alleen mogelijk is in een samenleving waar radicaal gepolariseerde conflicten

3 Het Parool, 'Migrantenstemmen', 9 maart 2006, p. 3.

4 Citaten uit: de Volkskrant, 'De zwarte middelvinger', 11 maart 2006, p. 25.

5 Zoals geciteerd in: Het Parool, 'De partij van de allochtonen', 16 maart 2006, p. 7. Zie ook: Paul Scheffer, 'De sputterende emancipatiemachine', NRC Handelsblad, 18 maart 2006, p. 15.

afwezig zijn.⁶ Gelet hierop is het gemakkelijk te begrijpen waarom de massale steun van allochtone kiezers die de PvdA ten deel is gevallen geen onverdeelde zegen voor de sociaaldemocraten kan blijken te zijn, mochten zij mede dankzij die steun aan de macht weten te komen. Want als wij de deskundigen mogen geloven, dan moet de oorzaak achter deze etnisering van de stem vooral gezocht worden in de toenemende polarisatie tussen autochtonen en allochtonen die thans gaande is in de Nederlandse samenleving. Het gevaar dat deze ontwikkeling voor de PvdA met zich meebrengt laat zich raden. Als de sinds maart 2006 vaak geuite stelling dat zij in feite de Partij van de Allochtonen is, die meer en meer aan geloofwaardigheid wint,⁷ dan loopt een door deze partij gedomineerd bewind het niet geringe risico zijn democratische legitimiteit te verliezen in de ogen van die autochtone kiezers die juist vanwege de voornoemde polarisatie bewust op een partij als LR hebben gestemd. Het is immers zeer goed mogelijk dat deze geregeerden de rechtsnormen die door dat regime worden afgekondigd niet als zelfopgelegd wensen te percipiëren, waardoor die normen als een vorm van vreemde overheersing in hun ogen zouden verschijnen. Als gevolg hiervan raakt het rechtsregime dat pretendeert democratisch te zijn de basis voor die pretentie kwijt, waardoor het terecht zal komen in een legitimiteitscrisis.

Het moet duidelijk zijn dat de polarisatie, die aanleiding geeft tot deze dreigende legitimiteitscrisis in de Nederlandse democratie, in de eerste plaats een sociaal en politiek probleem is. Dit probleem zal dan ook primair door Nederlandse burgers en politici opgelost moeten worden. Daarbij is het echter wel van cruciaal belang welke democratieconceptie zij als hun theoretisch uitgangspunt zouden nemen. Indien zij zouden blijven vasthouden aan de heersende conceptie van democratie zoals die hiervoor kort uiteen is gezet, dan zouden zij moeten trachten de polarisatie tussen autochtonen en allochtonen ongedaan te maken, zodat het auteurschap der rechtsnormen wederom aan het volk als geheel kan worden toegeschreven. Hoewel deze restauratiestrategie voor de hand ligt, lijkt de implementatie ervan enorm veel tijd te vergen en is succes, om het zacht uit te drukken, niet op voorhand verzekerd. Gelet op het feit dat de samenstelling van de Nederlandse bevolking qua etniciteit en religie steeds diverser wordt en gegeven de intensiteit van de polarisatie tussen bepaalde bevolkingsgroepen daarbinnen is het immers de vraag of, en zo ja, wanneer het opnieuw mogelijk is om met enige geloofwaardigheid te stellen dat het vigerende rechtsregime door het Nederlandse volk aan zichzelf is opgelegd.⁸

6 Burt, Robert A., *The Constitution in Conflict*, Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press 1992, p. 27-29.

7 Zie onder meer: <www.geenstijl.nl> en <www.telegraaf.nl>.

8 Latten, Jan J., *Zwanger van segregatie: een toekomst van sociale en ruimtelijke segregatie?*, Amsterdam: Vossiuspers UVA 2005.

Ondertussen moet Nederland wel door middel van regelgeving blijven worden bestuurd, polarisatie of geen polarisatie. Met het oog op deze noodzaak zullen wij in dit artikel een andere strategie ontwikkelen die zou kunnen worden gebruikt om het bestuur van de Nederlandse polis van een democratisch fundament te voorzien. Ten grondslag aan deze strategie ligt het werk van Hans Kelsen, die oorspronkelijk een onderdaan is geweest van het multi-etnische rijk der Habsburgers. Met behulp van de argumenten die hij heeft geleverd, gaan wij een alternatieve democratieconceptie ontwerpen waarin het volk niet langer geldt als de voornaamste bron waaruit de democratische legitimiteit der rechtsnormen moet voortvloeien. Omdat dit Kelseniaanse alternatief het democratische karakter van regelgeving heeft losgekoppeld van het auteurschap van het volk, zal het, zo luidt onze stelling, veel beter in staat zijn dan de traditionele democratieconceptie om rechtsnormen te legitimeren in een samenleving die zich geconfronteerd ziet met radicaal gepolariseerde conflicten tussen haar leden.

Om deze stelling toe te lichten en te adstrueren, zal het artikel als volgt worden ingedeeld. In paragraaf 2 zullen wij eerst nog wat uitgebreider uiteenzetten wat de heersende democratieconceptie inhoudt om duidelijker te maken waarom het niet raadzaam is deze conceptie te hanteren als de grondslag voor de poging het recht te legitimeren in het geval dat de samenleving door radicale polarisatie wordt geteisterd. Daarna gaan wij in paragraaf 3 aan de hand van Kelsens werk een andere democratieconceptie construeren op basis waarvan dit probleem dan met meer succes het hoofd geboden kan worden.

Hoewel deze conceptie in de eerste plaats is ontwikkeld om een eventuele legitimiteitscrisis op nationaal niveau te ondervangen, kan ze wellicht ook een nieuw licht werpen op een vergelijkbaar probleem waarmee de Europese rechtsorde thans geconfronteerd wordt. Ter afsluiting van het artikel zullen wij daarom in paragraaf 4 kort aanstippen wat de aan Kelsen ontleende democratieconceptie voor het befaamde democratisch tekort van de EU-instellingen zou kunnen betekenen.

2 Democratie als zelfrechtsvorming door het volk

2.1 Het wederkerigheidsbeginsel

In moderne democratieën geldt de axiomatische eis dat er op een of andere manier een oplossing gevonden moet worden voor de spanning die bestaat tussen de heerschappij van het recht en de politieke autonomie van al degenen die daaronder moeten leven. De conceptie van democratie als zelfrechtsvorming door het volk is ongetwijfeld de meest invloedrijke strategie

om dit doel te bereiken. De kern ervan wordt gevormd door het wederkerigheidsbeginsel. Wederkerigheid betekent hier de erkenning van elk lid van de politieke gemeenschap dat zijn medelid recht heeft op dezelfde mate aan autonomie die hijzelf geniet. Concreet houdt dit in dat ieder gemeenschapslid aan ieder ander lid het recht toekent om zijn belangen na te streven op de manier die hijzelf wenselijk acht.⁹ De implicatie hiervan is dan dat niemand gerechtigd is om daarbij zijn wil aan iemand anders op te leggen. Binnen het kader van het wederkerigheidsbeginsel moeten rechtsnormen daarom met de wederzijdse instemming van de betrokkenen worden afgekondigd, want alleen op die manier kan worden voorkomen dat wie dan ook onderworpen zou worden aan normen die anderen aan hem hebben opgelegd. Dit verklaart waarom rechtsnormen door het volk aan zichzelf moeten zijn opgelegd, willen zij legitimiteit kunnen verwerven in de ogen van degenen die daaraan gehoorzaamheid zijn verschuldigd. Het volk wordt immers verondersteld alle betrokken rechtsonderdanen te omvatten. Als deze politieke eenheid de auteur zou zijn van het rechtsregime dat al haar leden moeten gehoorzamen, dan kan, zo luidt het argument, aangenomen worden dat het desbetreffende rechtsregime in het belang van eenieder tot stand is gebracht. Dit maakt het ons dan mogelijk te veronderstellen dat de totstandkoming ervan uiteindelijk te herleiden is tot de wederzijdse instemming van allen die daarbij zijn betrokken.

De cruciale vraag nu is wanneer het volk kan worden geacht geldende rechtsnormen inderdaad aan zichzelf te hebben opgelegd. Het is, om te beginnen, duidelijk dat het volk zelf nimmer kan participeren aan verkiezingen en referenda die in rechtsvorming moeten uitmonden: het zijn altijd individuele burgers waaruit het volk bestaat die dat doen.¹⁰ Daarnaast weten wij dat er evenmin voldaan kan worden aan de uit het wederkerigheidsprincipe voortvloeiende dubbele eis dat niet alleen alle burgers gerechtigd zijn deel te nemen aan het rechtsvormingsproces, maar ook dat zij allen bereid moeten zijn met het uiteindelijke resultaat ervan in te stemmen. Indien het principe van zelfrechtsvorming door het volk in de praktijk juridisch wordt geïnstitutionaliseerd, dan mogen immers niet alle burgers van een democratische polis deelnemen aan het rechtsvormingsproces. Alleen die burgers die zijn gekwalificeerd als kiesgerechtigden hebben het recht daaraan mee te doen. Niet het volk, maar het electoraat, dat qua aantal kleiner is dan het volk, is, met andere woorden, de primaire auteur van het rechtsregime waardoor het volk wordt geregeerd. Dit betekent derhalve dat zelfs wanneer het zelfrechtsvormingsprincipe in een plebiscitaire democra-

9 Mouffe, Chantal, *The Return of the Political*, London: Verso 1993, p. 4.

10 Lindahl, Hans, 'Sovereignty and Symbolization', 28 *Rechtstheorie*, Heft 3, p. 347- 371 (1997).

tie zou worden toegepast en zelfs wanneer rechtsnormen met de unanieme instemming van de kiezers zouden worden afgekondigd, er dan reeds een numerieke kloof gaapt tussen degenen die het recht creëren en degenen die het moeten gehoorzamen. Die kloof zal nog veel en veel groter worden, indien rechtsvorming plaats zou vinden in een parlementaire democratie, én indien daarbij het meerderheidsbeginsel in plaats van het unanimititeitsbeginsel de te volgen regel is. In dat geval zullen wetten en andere juridische maatregelen immers worden afgekondigd door slechts een meerderheid van gekozen parlementariërs die samen uiteraard niet meer dan een minuscule fractie vormen binnen de kring der burgers waaruit het volk is samengesteld.

Ondanks de voortschrijdende reductie van het aantal werkelijke rechtsauteurs, wordt rechtsvorming door de meerderheid van individuele kiesgerechtigden dan wel de meerderheid van parlementsleden over het algemeen niet als democratisch illegitiem ervaren door degenen die zich achter het minderheidsstandpunt hebben geschaard. De verklaring daarvoor moeten wij wellicht zoeken in de wijdverspreide invloed van de contractstheorie met behulp waarvan de kloof tussen het principe en de praktijk van democratie als rechtsvorming door het volk overbrugd kan worden.¹¹ Volgens deze theorie kan de minderheid, onder bepaalde voorwaarden, meerderheidsnormen, als zelfopgelegd beschouwen. Indien, zo luidt het contractstheoretische argument, wij zouden aannemen dat het volk door middel van een contract – het sociaal contract – is gecreëerd, en dat iedereen die daarbij betrokken is geweest eveneens met elkaar hebben afgesproken dat alle leden van deze politieke eenheid voortaan door meerderheidsnormen geregeerd zouden worden,¹² dan zouden rechtsvormende besluiten die de electorale of parlementaire meerderheid vanaf het stichtingsmoment neemt in overeenstemming zijn te brengen met de politieke autonomie van de burgers die achter de minderheidsfractie staan.¹³ Deze besluiten zouden immers uiteindelijk herleid kunnen worden tot de wederzijdse instemming van iedereen die als partij bij het sociaal contract betrokken is geweest. Het volk kan hierdoor worden geacht het vigerende rechtsregime aan zichzelf te hebben opgelegd.

11 Zie bijvoorbeeld: Lefkowitz, David, 'A Contractualist Defense of Democratic Authority', 18 *Ratio Juris*, p. 346-364 (2005).

12 Rousseau, Jean-Jacques, 'Du Contrat Social', in: Jean-Jacques Rousseau, *Oeuvres Complètes*, III, Parijs: Editions Gallimard 1964 (1762), p. 359.

13 Rousseau (1964), p. 359: 'En effet, s'il n'y avoit point de convention antérieure, où seroit, à moins que l'élection ne fût unanime, l'obligation pour le petit nombre de se soumettre au choix du grand, et d'où cent qui veulent un maître ont-ils le droit de voter pour dix qui n'en veulent point? La loi de la pluralité des suffrages est elle-même un établissement de convention, et suppose au moins une fois l'unanimité.'

Dit contractstheoretische argument kan meerderheidsnormen echter slechts onder bepaalde voorwaarden legitimeren. De minderheidsfactie is, zoals reeds daarop gezinspeeld, alleen in staat de geldigheid ervan te accepteren, als meerderheidsleden haar daartoe een gegronde reden geven. Zij kan namelijk slechts aannemen dat zij rechtsvorming door de meerderheid per voorafgaand contract heeft geautoriseerd, indien zij tot de conclusie komt dat de auteurs van meerderheidsnormen bij hun regelgeving erin zijn geslaagd rekening te houden met haar belang. Als minderheidsleden er niet van overtuigd zijn dat hun belang bij de rechtsvormende meerderheid in veilige handen is, kunnen zij immers geen aanleiding zien te veronderstellen dat meerderheidsregelgeving eveneens tot hun instemming kan worden getraceerd.¹⁴

Representatie of vertegenwoordiging is dan, volgens de contractstheorie, het politieke mechanisme waarmee de meerderheidsfactie minderheidsleden moet zien te overtuigen haar rechtsregime als dat van het volk als geheel te aanvaarden.¹⁵ Indien de regerende meerderheid het voor minderheidsleden mogelijk wil maken om tot die aanvaarding te komen, dan moet zij – zo luidt de contractstheoretische redenering – ten eerste de claim maken normen namens gans het volk en in het algemene belang ervan te hebben afgekondigd.¹⁶ Zonder die claim zou de meerderheidsfactie immers de indruk wekken dat haar regelgeving louter is bedoeld om het deelbelang van haar leden te dienen. Door te claimen dat zij daarbij primair het belang van het volk als geheel representeert of vertegenwoordigt, moet de regerende meerderheid leden van de oppositionele minderheid in staat stellen afgekondigde rechtsnormen te beschouwen als normen die meerderheidsleden en minderheidsleden gezamenlijk als één volk hebben uitgevaardigd.¹⁷ Daarin is immers ook het belang van de minderheid verdisconteerd.¹⁸ Alleen wanneer rechtsonderdanen behorende tot de minderheidsfactie dat kunnen doen, zijn zij in staat het vigerende rechtsregime als zelfopgelegd, en dus als democratisch legitiem, te percipiëren. Om deze perceptie mogelijk te maken, is het dan in de tweede plaats noodzakelijk dat de meerderheid geloofwaardigheid voor haar vertegenwoordi-

14 Witteveen, Willem, 'De nuttige fictie van het algemene belang', 2 *Feit & Fictie*, p. 15-34 (1997).

15 Wintgens, Luc J., 'Sovereignty and Representation', 14 *Ratio Juris*, No. 3, p. 272-280 (2001).

16 Witteveen a.w., p. 24-26.

17 Roermund, Bert van, 'Wetgeving in de eerste persoon meervoud: identiteit, representatie en reflexiviteit', *R&R* 2004/2, p. 159-188; Lindahl, Hans, 'Zelfregulering: rechtsvorming, democratie en reflexieve identiteit', *Themis*, nr. 2, p. 39-48 (2006).

18 Lindahl 2006, p. 42: 'Aansluitend op een inzicht van Van Roermund zou ik de stelling willen verdedigen dat het 'zelf' van zelfregulering veeleer een reflexieve verhouding van een collectief betreft, een verhouding waarbij een groep individuen aan zichzelf refereert als degene die gezamenlijk – als "wij" – handelt door een rechtsnorm in zijn eigen belang te stellen.'

gingsclaim weet te verwerven.¹⁹ Dat kan zij slechts doen, indien zij leden van de minderheid namens wie en in wier belang zij beweert ook te handelen de gelegenheid biedt haar claim te verifiëren. Dat wil zeggen: zij moeten in staat stellen te beoordelen of, en zo ja, in hoeverre zij haar vertegenwoordigingsclaim in concrete regelgeving heeft weten om te zetten. Mochten minderheidsleden tot de conclusie komen dat dit niet of in onvoldoende mate het geval is geweest, dan moeten zij, bij periodieke verkiezingen, de kans hebben zichzelf tot een nieuwe meerderheid te transformeren om op die manier wat zijzelf zien als het algemene belang van het gehele volk in geldend recht te vertalen. Zolang de minderheid de kans daartoe blijft behouden, kunnen wij (en de minderheidsleden zelf) geloof blijven hechten aan de claim van de meerderheid zowel namens het gehele volk als in het algemene belang ervan rechtsnormen te hebben gesteld. Het risico de bevoegdheid tot rechtsvorming bij de komende verkiezingen aan de oppositionele minderheid kwijt te raken, zou de regerende meerderheid immers ertoe dwingen serieus werk te maken van haar vertegenwoordigingsclaim.²⁰

Het feit dat rechtsnormen in de praktijk door de electorale dan wel de parlementaire meerderheid worden afgekondigd, hoeft derhalve geen afbreuk te doen aan het principe dat het volk de auteur ervan behoort te zijn. Zolang het vertegenwoordigingsmechanisme van meerderheidsclaims en minderheidsverificaties naar behoren blijft functioneren, zouden individuele rechtsadressanten waaruit het volk is samengesteld in staat zijn aan zichzelf te refereren als de collectieve auteur van het rechtsregime waaronder zij moeten leven. Op operationeel niveau kan democratie als zelfrechtsvorming door het volk derhalve worden gedefinieerd als een politiek systeem waarbinnen de meerderheid het recht krijgt de gehele gemeenschap door middel van haar rechtsnormen te regeren, op de voorwaarde dat de minderheid de juridisch geïnstitutionaliseerde kans krijgt een nieuwe meerderheid te worden.

De veronderstelling dat rechtsvorming door de meerderheid uiteindelijk te herleiden is tot het sociaal contract, kan hierdoor gehandhaafd blijven. Het collectieve auteurschap der rechtsnormen impliceert immers dat niemand zijn wil aan iemand anders heeft opgelegd: de ideale toestand van wederkerigheid waar dat contract symbool voor staat.

19 Vgl. Witteveen a.w., p. 25: 'Voor de verliezende partij in het debat komt er een moment waarop het beweerde algemene belang een illusie is, meer niet. De grens zal bijvoorbeeld bereikt worden als er naar de perceptie van de minderheid door de meerderheid ernstige inbreuken gemaakt worden op grondrechten van de minderheid.'

20 Witteveen a.w., p. 31-34.

Dit rechtvaardigt, op zijn beurt, de voor de hand liggende conclusie dat het contractstheoretische argument ter legitimering van meerderheidsnormen circulair werkt. Indien de rechtsvormende meerderheid haar vertegenwoordigingsclaim geloofwaardig weet te maken, dan kan zij bijdragen aan de handhaving van de veronderstelling waaraan zij haar bevoegdheid tot rechtsvorming in de eerste plaats heeft ontleend. Zo bezien lijkt het vertegenwoordigingsmechanisme van de democratie als zelfrechtsvorming door het volk inderdaad erg veel op *A Machine That Would Go Of Itself*.²¹

2.2 Insluiting en uitsluiting

Er kleven op zijn minst twee implicaties aan het gegeven dat democratie als zelfrechtsvorming door het volk is gefundeerd op het wederkerigheidsbeginsel. Het ligt, ten eerste, voor de hand dat deze vorm van normcreatie alleen plaats kan vinden binnen een politieke eenheid waar er een voldoende mate aan wederkerigheid bestaat of gegenereerd kan worden. Traditioneel wordt het volk of de natie geacht de politieke eenheid te zijn waarbinnen de vereiste wederkerigheidsgraad bereikt kan worden. Dit is wat mede verklaart waarom zoveel vooraanstaande politieke filosofen ervan zijn overtuigd dat democratie als zelfrechtsvorming alleen binnen de grenzen van de natiestaat naar behoren kan functioneren.

De tweede implicatie vloeit voort uit de eerste en betreft het element van vreemde overheersing dat inherent is aan democratie als zelfrechtsvorming door het volk. De reden waarom het volk de auteur moet zijn van de rechtsnormen waardoor de samenleving wordt geregeerd is, zoals reeds betoogd, de veronderstelling dat deze eenheid alle betrokken rechtsonderdanen omvat. Indien het auteurschap van rechtsnormen aan het volk als geheel kan worden toegeschreven, is het mogelijk te beargumenteren dat geen enkele rechtsonderdaan blootgesteld staat aan welke vorm van heteronomie dan ook. Iedereen wordt in dat geval immers geregeerd door een rechtsregime dat zij gezamenlijk aan zichzelf hebben opgelegd. Het probleem is echter dat deze vorm van normcreatie alleen kan worden gepraktiseerd door die rechtsadressanten die aan elkaar het recht hebben toegekend om onder zelfopgelegde normen te leven. Zij aan wie dit recht onthouden wordt, mogen hieraan niet deelnemen. Nog voordat er überhaupt tot democratische rechtsvorming kan worden overgegaan, moet er derhalve eerst een predemocratische scheidslijn getrokken worden tussen degenen die bevoegd zijn hieraan te participeren en degenen die hiervan uitgesloten moeten worden. Aangezien

21 Kammen, Michael, *A Machine That Would Go Of Itself: The Constitution in American Culture*, New York: Knopf 1986.

het onmogelijk is deze lijn met de instemming van de uitgesloten te trekken, valt er niet te ontkomen aan de vaststelling dat heteronome uitsluiting is wat ten grondslag ligt aan zelfrechtsvorming door het volk.²²

Het vreemdelingenrecht biedt wat dit betreft ongetwijfeld het meest exemplarische voorbeeld. Hoewel hun bestaan in belangrijke mate door dit geheel van wetgeving en beleidsregels wordt beheerst, hebben vreemdelingen niet het recht mee te werken aan de afkondiging ervan. Dit recht is strikt voorbehouden aan burgers die samen het volk constitueren. Deze burgers beslissen via het democratische rechtsvormingsproces wie vreemdelingen zijn die van dit proces uitgesloten moeten worden. Indien wederkerigheid inhoudt dat beslissingen alleen democratische legitimiteit bezitten als zij met de wederzijdse instemming van alle betrokkenen zijn afgekondigd, dan moeten wij concluderen dat de beslissing om vreemdelingen van dit proces uit te sluiten deze legitimiteit ontbeert. Deze beslissing wordt immers eenzijdig door burgers aan vreemdelingen opgelegd. De veronderstelling dat het volk alle betrokken rechtsonderdanen omvat en wederkerigheid in rechtsvorming daardoor garandeert, blijkt bij nader inzien niet te kunnen kloppen. Gelet op de ondemocratische oorsprong waaruit het voortvloeit, moet het vreemdelingenrecht als een manifestatie van heteronomie worden beschouwd.

De onmogelijkheid om het wederkerigheidsbeginsel van deze heteronome uitsluiting te zuiveren, komt metaforisch tot uitdrukking in het onvermogen van de contractstheorie om een zelfconsistent antwoord te geven op de vraag wie wel en wie niet moeten worden uitgesloten als partij bij het sociaal contract. Indien deze vraag op basis van een voorafgaand contract, dat wil zeggen op basis van wederzijdse instemming, moet worden beantwoord, dan dringt zich de vraag op of de uitgesloten überhaupt toegelaten mogen worden tot de kring van partijen die via dit metacontract hun uitsluiting zal gaan regelen. Als deze vraag eveneens door middel van een ander contract zou moeten worden beantwoord, dan doet zich wederom hetzelfde probleem voor: ook in dat geval zal eerst beslist moeten worden of de uitgesloten al dan niet tot de kring der contractspartijen behoren. Conform de logica van de contractstheorie zal die beslissing dan door een contract moeten worden gerechtvaardigd, een contract dat, zoals het te verwachten valt, opnieuw een voorafgaande beslissing omtrent de kring der

22 Lindahl 2006, p. 46: 'Er is geen zelfregulering mogelijk zonder een afbakening vooraf die bepaalt wie deel uitmaakt van dat zelf en wie niet, dus wie betrokken of belanghebbend is bij een rechtsnorm. Maar deze afbakening is en kan geen zelfregulerende handeling zijn. Heteronomie is dus ten diepste in autonomie ingekerfd. Juist daarom is de claim dat regulering zelfregulering is, altijd problematisch.' (Lindahls cursivering).

contractspartijen vergt. Zo zal de cyclus zich *ad infinitum* blijven herhalen.²³ Gelet op het feit dat het sociaal contract is wat het meerderheidsbeginsel legitimeert, houdt het geschetste onvermogen van de contractstheorie in dat de legitimiteit van dit beginsel ook niet verder reikt dan degenen die zijn ingesloten als partij bij dat contract. Rechtsnormen die krachtens het meerderheidsbeginsel worden uitgevaardigd, kunnen daarom alleen aanspraak op democratische legitimiteit maken binnen de kring van het volk waar wederkerigheid tussen burgers reeds voorhanden is of alsnog kan worden gecreëerd. Die aanspraak kan niet worden gemaakt bij vreemdelingen tot wie, zoals Ferenc Fehér het heeft geformuleerd, ‘wederkerige solidariteit’ zich niet uitstrekt.²⁴

Het gegeven dat de democratische legitimiteit van meerderheidsregelgeving afhankelijk is van de reikwijdte van het wederkerigheidsbeginsel draagt nog een andere implicatie in zich: deze regelgeving zal haar legitimiteit binnen de omgrenzing van het volk verliezen, als de bestaande wederkerige solidariteit die daaraan ten grondslag ligt sterk erodeert of geheel is verdampt. Die erosie of verdamping manifesteert zich in de vorm van radicaal gepolariseerde conflicten tussen burgers die geacht worden samen het volk te vormen.²⁵ Een radicaal gepolariseerd conflict is een conflict waarbij

‘(...) there is no satisfactory principle for imposing defeat on any factional antagonist, whether the principle invoked is majority rule or any imaginable version of minority rights, that is not simultaneously translatable as the enslavement, the involuntary and oppressive subjugation, of one party by another’.²⁶

Indien het wederkerigheidsbeginsel de erkenning inhoudt van het gelijke recht van een ander om zijn belangen na te streven op de manier die hijzelf wenselijk acht, dan moet de bereidheid om een politieke nederlaag te accepteren beschouwd worden als een constitutief element van dat beginsel. De bereidheid daartoe stelt de ander immers in staat om door meerderheidsvorming zijn politieke agenda in regelgeving om te zetten. Diezelfde bereid-

23 Roermund, Bert van, ‘Legislative Voices: A Rousseauist Note on Legal Pluralism’, in: Hanneke van Schooten (ed.), *Semiotics and Legislation: Jurisprudential, Institutional and Sociological Perspectives*, Liverpool: Deborah Charles Publications 1999, p. 120.

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

25 Voor een scherpzinnige bespreking van dit soort conflicten, zie Burt a.w., p. 25-29.

26 Burt a.w., p. 235.

heid houdt tevens in dat deelnemers aan de democratische strijd om de macht erop vertrouwen dat, mochten zij als een minderheid van verliezers uit die strijd komen, hun belangen niettemin zouden worden geïncorporeerd in het algemene belang van het gehele volk dat de zegevierende meerderheid claimt te dienen, waardoor die belangen, tot een zekere hoogte, veilig gesteld kunnen worden. Dit vertrouwen is precies wat het voor de verslagen minderheid mogelijk maakt het meerderheidsregime als een zelf-opgelegd regime te percipiëren.

In dit licht bezien kan de eruptie van radicaal gepolariseerde conflicten erop duiden dat er geen wederkerigheid meer bestaat tussen de regerende meerderheid en minderheidsleden die het onderspit hebben gedolven. Strikt formeel-juridisch gezien maken deze twee antagonistische facties nog deel uit van één volk of gemeenschap, maar in feite zijn zij reeds uiteengevallen in twee afzonderlijke eenheden die elkaar niet langer vertrouwen.²⁷ Omdat leden van deze facties niet meer op voorhand kunnen aannemen dat hun belangen in veilige handen zouden zijn, mochten hun tegenstanders aan de macht komen, zijn zij niet langer in staat om een nederlaag als een legitiem onderdeel van het democratische spel te aanvaarden. Een gevolg van dit gebrek aan onderling vertrouwen is het legitimitetsverlies van meerderheidsregelgeving. Omdat verslagen minderheidsleden er niet van op aan kunnen dat ook hun belangen daarin zijn verdisconteerd, zijn zij niet in staat deze regelgeving te herkennen als het resultaat van collectieve rechtsvorming door het gehele volk, waardoor zij dit complex der rechtsnormen niet als democratisch in de zin van zelfopgelegd kunnen beschouwen.

Met andere woorden, indien de wederkerigheid tussen degenen die worden geacht samen het volk te vormen sterk erodeert of geheel verdampt is, dan zouden met name zij die tot de numerieke minderheid behoren, worden geconfronteerd met het tot dan toe verborgen bestaan van 'an internal contradiction in democratic theory between majority rule and equal self-determination'.²⁸ Het meerderheidsbeginsel kan in dat geval niet meer gebruikt worden om het ideaal van zelfrechtsvorming door het volk te benaderen. De erosie of verdamping van wederkerigheid betekent immers dat de eenheid waarbinnen dit beginsel toegepast kan worden aan het verdwijnen is: zonder volk geen meerderheidsregelgeving.²⁹ Robert Dahl heeft dit inzicht aan de hand van twee concrete voorbeelden geïllustreerd:

27 Schmitt, Carl, *The Concept of the Political*, trans. & intro. George Schwab, Chicago: University of Chicago Press 1996 (1932), p. 32-33.

28 Burt a.w., p. 29.

29 Dahl, Robert A., *Toward Democracy: A Journey. Reflections: 1940-1997*, Institute of Governmental Studies Press, Berkeley: University of California 1997, p. 444.

'People in Quebec insist on greater autonomy, perhaps even independence, not because they reject majority rule but because they do not believe they should be governed by English-speaking majorities of Canadians. In 1905 the Norwegian people insisted on and gained full independence from Sweden because they wanted their country to be governed by majorities of their own people, and their own people were Norwegians.'³⁰

Tegen deze democratiethoretische achtergrond is het niet moeilijk te begrijpen waarom de Amsterdamse hoogleraar grootstedelijke problematiek Scheffer zich zorgen maakt over de etnisering van de stem die thans gaande is in Nederland. Die ontwikkeling kan immers erop duiden dat de wederkerigheid tussen degenen die samen het Nederlandse volk moeten vormen door hun onderlinge polarisatie aan het verdampen is: een groot deel van de kiezers is kennelijk ervan overtuigd dat hun belangen, gelet op hun etnische achtergrond, alléén veilig zouden zijn bij een bepaalde politieke partij. Hierdoor ontstaat het gevaar dat indien de partij van hun voorkeur niet aan de macht komt, zij niet bereid zouden zijn om het meerderheidsregime van de tegenpartij als zijnde zelfopgelegd te beschouwen. Hun mogelijke weigering daartoe kan dan worden geïnterpreteerd als de weigering om een nederlaag te accepteren, hetgeen, op zijn beurt, neerkomt op de weigering om te erkennen dat ook hun tegenstanders een gelijke aanspraak op politieke autonomie bezitten.³¹

Door deze verdamping van wederkerigheid kunnen de massale participatie van allochtonen bij de gemeenteraadsverkiezingen in 2006 én hun exclusieve voorkeur voor de PvdA geïnterpreteerd worden als een geslaagde poging van allochtone kiezers om zich te wreken op de electorale triomf waaraan de hoge opkomst van blanke kiezers in 2002 Leefbaar Rotterdam (en de LPF) heeft geholpen. In deze zin moet het feit dat allochtonen niet alleen *en masse* naar de stembus zijn gegaan, maar ook *en bloc* op de sociaaldemocraten hebben gestemd eerder beschouwd worden als een uiting van politiek revanchisme dan als 'een feest voor de democratie', zoals een aantal door de media geïnterviewde politicologen heeft gemeend.³²

30 Dahl a.w., p. 444.

31 Vgl. Mouffe a.w., p. 4: '[A pluralistic democratic order] is based on a distinction between "enemy" and "adversary". It requires that, within the context of the political community, the opponent should be considered not as an enemy to be destroyed, but as an adversary whose existence is legitimate and must be tolerated. We will fight against his ideas but we will not question his right to defend them.'

32 Scheffer a.w., p. 15: 'Na de blanke middelvinger van 2002 nu dus de zwarte middelvinger van 2006. Actie en reactie, de uitslagen horen bij elkaar en laten een polarisatie zien die voortvloeit uit de problemen in de grote steden.'

Dit inzicht impliceert dat indien wij zouden blijven vasthouden aan de traditionele opvatting van democratie als de zelfrechtsvorming door het volk, het, onder de gegeven omstandigheden, steeds moeilijker wordt vol te houden dat vigerende meerderheidsnormen democratisch legitiem zijn. Daarvan kan, zoals reeds is betoogd, alleen gesproken worden als individuele rechtsadressanten de rechtsnormen waaronder zij moeten leven kunnen herkennen als normen die zij gezamenlijk hebben afgekondigd. Door de radicale polarisatie tussen allochtonen en autochtonen in Nederland groeit echter het gevaar dat geen van deze twee facties bereid zou zijn meerderheidsregels als democratisch legitiem te erkennen indien zij de overtuiging zijn toegedaan dat hun tegenstanders daarop een al te overheersende stempel hebben gedrukt. Daarom: als de perceptie dat de PvdA haar machtspositie mede te danken heeft aan de massale toeloop van allochtone kiezers stevig wortels schiet, dan zou een door sociaaldemocraten gedomineerd meerderheidsregime zijn democratische legitimiteit kunnen verspelen in de ogen van die autochtone kiezers die juist vanwege de etnische polarisatie hun stem bewust niet op de PvdA hebben uitgebracht. Het is immers mogelijk dat zij de regelgeving die dat regime gaat afkondigen niet langer beschouwen als normen die worden afgekondigd door een collectieve rechtsvormer waarvan óók zij deel uitmaken. Voor hen zouden deze meerderheidsregels eerder een manifestatie van vreemde overheersing dan een uitdrukking van zelfrechtsvorming belichamen.

Met deze analyse zijn wij terug bij de eerder gemaakte vaststelling dat heteronome machtsuitoefening inherent is aan de conceptie van democratie als zelfrechtsvorming door het volk. Dit element van heteronomie treedt, zoals wij reeds hebben gezien, in werking bij de uitsluiting die voorafgaat aan de contractuele creatie van het zelfrechtsvormende volk, maar verdwijnt niet nadat deze eenheid tot stand is gekomen.³³ Het wordt slechts aan het zicht onttrokken door de wederkerige solidariteit tussen de burgers die samen het volk vormen. Zodra deze solidariteit verdwijnt, treedt het mechanisme van vreemde overheersing binnen de democratische staat wederom naar de voorgrond in de vorm van het legitimiteitsverlies dat meerderheidsregelgeving lijdt als gevolg van radicale polarisatie tussen de facties die voorheen nog geacht worden het volk te vormen.³⁴

Ondanks deze analyse blijft het mogelijk te betogen dat dit legitimiteitsverlies eerder een politiek dan een democratietheoretisch probleem vormt, een probleem dat om die reden binnen het raamwerk van democratie als zelf-

33 Agamben, Giorgio, *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, trans. Daniel Heller-Roazen, Stanford: Stanford University Press 1998, p. 109.

34 Vgl. Agamben a.w., p. 109: 'The foundation is thus not an event achieved once and for all but is continually operative in the civil state in the form of the sovereign decision.'

rechtsvorming door het volk opgelost zou kunnen worden. Daar radicale polarisatie de voornaamste oorzaak van dit probleem is, zouden wij de oplossing ervan immers kunnen zoeken in de neutralisering van die polarisatie. Als onze poging daartoe slaagt, dan zou het uiteengevallen volk kunnen worden gerestaureerd. Hierdoor zal het wederom mogelijk zijn te claimen dat het geldend recht door alle rechtsonderdanen aan zichzelf is opgelegd, hetgeen, op zijn beurt, de democratische legitimiteit ervan herstelt. In het licht van de radicaal pluriforme compositie van de Nederlandse bevolking en gegeven de ernst van de verdeeldheid tussen bepaalde bevolkingsgroepen in Nederland, is het, zoals reeds aangegeven aan het begin van het artikel, echter hoogst twijfelachtig of deze restauratiestrategie veel kans van slagen heeft. Wat wij thans nodig hebben, is daarom een alternatieve democratieconceptie op grond waarvan wij een realistischere legitimeringsstrategie voor het vigerende rechtsregime zouden kunnen formuleren.

3 Democratie als zelfbeperking door rechtsvormers

3.1 Kelsens reïnterpretatie van het meerderheidsbeginsel

De aanzet tot dit alternatief kan wellicht worden gevonden in een studie naar het wezen en de waarde van de democratie die Kelsen in 1929 gepubliceerd heeft.³⁵ Hierin gaat hij eveneens ervan uit dat de spanning tussen de dwang van het recht en de politieke autonomie van individuele rechtsonderdanen opgelost dient te worden. Politiek autonoom is, volgens Kelsen, die rechtsonderdaan die niet aan vreemde overheersing bloot wordt gesteld, hetgeen betekent dat hij slechts die rechtsnormen moet gehoorzamen die hijzelf heeft uitgevaardigd en niet de normen die anderen aan hem hebben opgelegd.³⁶ Het probleem hierbij is echter het feit dat nagenoeg niemand autonoom is in deze zin van het woord op het moment dat hij ter wereld komt. Iedereen wordt in het algemeen immers geboren in een rechtsorde die reeds bestaat en aan de totstandkoming waarvan men logischerwijs niet heeft kunnen meewerken. In tegenstelling tot wat Rousseau heeft beweerd, is de mens dus niet vrij, maar juist in ketens geboren.³⁷ Dit geldt evenzeer in een democratie. Nog voordat burgers van een democratische polis de gelegenheid hebben gehad eigen normen te maken, worden zij reeds bij hun geboorte onderworpen aan normen die door anderen zijn uitgevaardigd.³⁸

35 Kelsen, Hans, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Aalen: Scientia Verlag 1963 (1929).

36 Kelsen a.w., p. 4: 'Politisch frei ist, wer zwar Untertan, aber nur seinem eigenen, keinem fremden Willen Untertan ist.'

37 Rousseau a.w., I, 1, p. 351: 'L'homme est né libre, et par-tout il est dans les fers.'

38 Kelsen a.w., p. 9.

Indien politieke autonomie gedefinieerd kan worden als de afwezigheid van vreemde overheersing, dan kunnen deze burgers, onder de gegeven omstandigheden, dáárom slechts autonoom zijn, als zij de gelegenheid hebben zich te onttrekken aan het rechtsregime dat anderen hebben ingesteld. De implicatie van dit inzicht is dan dat zelfrechtsvorming door het volk niet de te bewandelen weg is om de spanning tussen rechtsdwang en individuele autonomie op te lossen. Deze oplossing moet langs het pad van de bevrijding worden bereikt. Rechtsonderdanen zijn slechts politiek autonoom, indien zij in staat zijn normen die anderen aan hen hebben opgelegd te veranderen of af te schaffen.³⁹

Dit bevrijdingsperspectief op rechtsvorming heeft bij Kelsen geleid tot een reïnterpretatie van het bekende meerderheidsbeginsel. Voor hem is dit beginsel niet primair een instrument om het ideaal van unanimiteit te benaderen, maar een relatief korte route om aan vreemde overheersing te ontkomen. Als zelfrechtsvorming de manier is om politieke autonomie van individuele rechtsonderdanen te realiseren, dan moeten wij constateren dat iedereen slechts politiek autonoom is in het geval dat juridische maatregelen met de instemming van allen worden afgekondigd, en dat contractstheoretisch gelegitimeerde meerderheidsbesluiten daarom niet meer zijn dan pogingen om zo dicht mogelijk te komen in de buurt van deze ideale situatie. De ernstige belemmering voor de uitoefening van politieke autonomie die het unanimitieitsbeginsel óók in zich draagt zou echter op een dramatische wijze aan het licht komen op het moment dat rechtsonderdanen vigerende regelgeving willen veranderen. Dan wordt het duidelijk dat de vereiste instemming van allen een welhaast onoverkomelijk struikelblok voor de gewenste verandering zou vormen.⁴⁰ Onder het regime van dit vereiste moeten de naar verandering strevende rechtsonderdanen immers veel meer stemmen verwerven om hun doel te bereiken dan het geval zou zijn geweest als het meerderheidsbeginsel had gegolden. Als bevrijding, zoals reeds betoogd, de te volgen strategie is om rechtsdwang met individuele autonomie te verzoenen, dan biedt dit beginsel deze rechtsonderdanen inderdaad de relatief kortste route daar naartoe. Het is, ten slotte, gemakkelijker om zich aan de heerschappij van het geldend recht te onttrekken, indien men daarvoor slechts de meerderheid van de stemmen moet winnen in plaats van alle stemmen.

39 Kelsen a.w., p. 9: 'Man wird doch zumeist in eine fertige Staatsordnung hineingeboren, an deren Entstehung man nicht mitgewirkt hat, und die einem daher vom Anfang als fremder Wille entgegentreten muß. Nur die *Fortbildung*, die *Abänderung* dieser Ordnung steht in Frage.' (Kelsens cursivering).

40 Kelsen a.w., p. 8.

Uitgedrukt in de algemene termen van de democratische theorie impliceert deze vaststelling dat een meerderheidsbewind, naar verhouding, de beste waarborg vormt voor de politieke autonomie van minderheidsleden. Hun positie onder een vigerend rechtsregime is immers te vergelijken met die van een burger die reeds bij zijn geboorte erdoor 'geketend' wordt. Indien zij, evenals de geketende burger, zich daarvan willen bevrijden, dan valt hun bevrijding – het zij ten overvloede opgemerkt – het eenvoudigst te realiseren onder het meerderheidsbeginsel.⁴¹ Deze paradox rechtvaardigt de conclusie dat de keuze voor het meerderheidsbeginsel, in de eerste plaats, moet worden uitgelegd als een positieve keuze. Rechtsnormen dienen krachtens dit beginsel afgekondigd te worden, niet omdat het in de praktijk simpelweg onmogelijk is om unanimiteit te bereiken,⁴² maar omdat het meerderheidsbeginsel het meest bevorderlijk is voor het streven van de minderheidsfactie om het juk der heteronomie van zich af te werpen.

3.2 Volk en bevolking

Op basis van het alternatieve inzicht in de rechtsvorming waartoe Kelsen ons heeft gebracht, zijn wij thans in staat te beargumenteren dat naast de traditionele opvatting dat democratie in wezen neerkomt op zelfrechtsvorming door het volk er ook nog een andere conceptie van deze regeringsvorm mogelijk is. Binnen het theoretische kader van deze conceptie danken rechtsnormen hun democratische legitimiteit niet aan de instemming die rechtsonderdanen daaraan zouden hebben gegeven, maar aan de zelfbeperking die de rechtsvormers zichzelf hebben opgelegd. Zelfbeperking door rechtsvormers houdt hier in dat zij de heerschappij van hun normen niet permanent in stand trachten te houden: zij geven degenen die erdoor worden geregeerd een juridisch geïnstitutionaliseerde gelegenheid zich daarvan te bevrijden, mochten de laatsten dat willen. Het is niet moeilijk in te zien dat deze vorm van zelfbeperking is wat ten grondslag ligt aan het bevrijdingsperspectief op rechtsvorming en de daaruit voortvloeiende reïnterpretatie van het meerderheidsbeginsel. Als die er niet was geweest, zouden rechtsonderdanen immers niet in staat zijn zich door meerderheidsvorming te bevrijden van de rechtsnormen waaronder zij niet langer wensen te

41 Kelsen a.w., p. 9.

42 Zoals bijvoorbeeld Robert Burt dat heeft gemeend. Zie Burt a.w., p. 374: 'Unanimous consent is itself, however, not a working rule that satisfies democratic principle so long as one dissenter, by withholding consent, can impose his will on others. This is the inescapable dilemma at the core of democratic principle: that unforced unanimity is the only legitimate basis for an equal relationship and that this state is almost impossible to obtain in practice.'

leven. Zolang regerende rechtsvormers hun onderdanen deze kans daartoe blijven bieden, kunnen wij claimen dat het door hen ingestelde rechtsregime democratisch legitiem is, hetgeen wil zeggen dat het in overeenstemming kan worden gebracht met de politieke autonomie waar elke rechtsonderdaan in een democratie aanspraak op kan maken.⁴³

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

Gelet hierop kunnen wij beargumenteren dat democratie als zelfbeperking door rechtsvormers een alternatieve uitwerking van het wederkerigheidsbeginsel is. Door haar bereidheid de macht tot rechtsvorming op te geven, stelt de regerende meerderheidsfactie haar verslagen tegenstanders in staat hun politieke agenda in rechtsnormen om te zetten waardoor de spanning tussen rechtsdwang en individuele autonomie eveneens kan worden opgelost. In deze zin kan democratie als zelfbeperking door rechtsvormers worden beschouwd als een poging om recht te doen aan de uit het wederkerigheidsbeginsel voortvloeiende eis dat niemand bloot gesteld mag worden aan vreemde overheersing. Wat het te bereiken doel betreft, verschilt deze democratieconceptie dus in het geheel niet van de opvatting dat democratie in wezen zelfrechtsvorming door het volk inhoudt.

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

Een andere overeenkomst tussen deze twee concepties betreft hun onvermogen om het uitsluitingsvraagstuk op te lossen. Omdat zij allebei hun wroetels vinden in het wederkerigheidsbeginsel, is geen van beide in staat om de uitsluiting die dit beginsel impliceert uit te bannen. Zowel onder de traditionele zelfrechtsvormingsdemocratie als onder de alternatieve zelfbeperkingsdemocratie zal het onderscheid tussen burgers die zijn gerechtigd om deel te nemen aan het politieke proces en vreemdelingen die daarvan worden uitgesloten, gehandhaafd blijven. Het voordeel van de alternatieve conceptie schuilt echter in haar vermogen om de angel uit de uitsluitingsproblematiek te halen. Hoewel zij evenmin als zelfrechtsvormingsdemocratie in staat is dit vraagstuk op te lossen, kan zij het wel politiek irrelevant maken.

Binnen het theoretische kader van democratie als zelfbeperking door rechtsvormers vormt het gegeven dat wederkerigheid onvermijdelijk tot uitsluiting leidt niet langer een permanent legitimiteitsprobleem voor democratische rechtsvorming zoals dat bij democratie als zelfrechtsvorming nog het geval is geweest. Dit gegeven is nu juist het vertrekpunt voor een geleidelijk politiek proces dat democratische legitimiteit aan het geldend recht moet gaan verschaffen. Bezien vanuit het perspectief van zelfbeperkingsdemocratie is uitsluiting immers slechts een vorm van vreemde overheersing waaruit men, net als bij alle andere vormen van vreemde overheersing, door middel van meerderheidsvorming zich kan bevrijden. Dit bevrijdingsperspectief houdt in dat wij niet langer zullen worden geplaagd door de vraag wie wel en wie niet moeten worden uitgesloten van het volk dat tot zelfrechtsvorming is gerechtigd. Die vraag is een reeds gepasseerd station. Waar het nu echt om gaat, is de vraag of de uitgeslotenen de kans moeten krijgen zich geleidelijk van hun weinig benijdenswaardige status te ontdoen.

Aangezien de uitgeslotenen in de praktijk niemand minder zijn dan vreemdelingen die zich binnen de muren van de polis bevinden en dus deel uitmaken van de totale bevolking van die polis, kunnen wij betogen dat de theoretische neutralisering van het uitsluitingsvraagstuk reeds besloten ligt in de bevrijdingsbevorderende werking van het meerderheidsbeginsel waarop zelfbeperkingsdemocratie is gebaseerd. Uitgaande van de veronderstelling dat deze democratieconceptie haar institutionalisering zou krijgen in een parlementair stelsel van rechtsvorming, kunnen wij aannemen dat rechtswormen in een dergelijke democratie zouden worden uitgevaardigd door:

1. de meerderheid van volksvertegenwoordigers, die zijn gekozen door,
2. de meerderheid van het electoraat dat is voortgekomen uit,
3. de meerderheid van het volk dat op zijn beurt,
4. de meerderheid van de totale bevolking van een democratische staat vormt.

Gelet hierop zou de zelfbeperking door rechtsvormers dan, in feite, betekenen dat:

1. de oppositionele minderheid in het parlement de kans moet krijgen de regeringsmeerderheid te worden;
2. de electorale minderheid de gelegenheid dient te bezitten zich tot de meerderheid van de kiezers te transformeren;
3. de minderheid van burgers die geen stemrecht heeft tot de meerderheid der stemgerechtigden moet kunnen toetreden; en
4. de minderheid van de bevolking die (nog) geen burgerschap bezit, op den duur, toegang behoort te krijgen tot de meerderheid der burgers die het volk vormt.

Dankzij de geschetste strategie om het uitsluitingsvraagstuk te neutraliseren, is het mogelijk te betogen dat vigerende meerderheidsnormen ook democratisch legitiem kunnen zijn in de ogen van die rechtsonderdanen in de polis die onmogelijk hun instemming daaraan hebben gegeven omdat zij geen burgerschap bezitten en daarom moeten worden uitgesloten van deelname aan het rechtsvormingsproces. Hun uitsluiting daarvan brengt onder onze alternatieve democratieconceptie, zoals reeds gezegd, niet automatisch de illegitimiteit van de gevormde normen met zich mee, daar zij de juridisch gewaarborgde mogelijkheid bezitten om zich, op den duur, daarvan te bevrijden als zij de noodzaak daartoe voelen.

Dit bevrijdingsargument ter legitimering van meerderheidsregelgeving impliceert tevens dat in een zelfbeperkingsdemocratie niet het volk maar de bevolking de eenheid is waarop de het rechtsvormingsproces gefundeerd moet worden.⁴⁴ Het is immers de bevolking die al de rechtsadressanten omvat wier politieke autonomie verenigbaar gemaakt dient te worden met het dwingende karakter van de rechtsorde waaronder zij moeten leven.

3.3 Democratie onder vreemden⁴⁵

Kelsens reïnterpretatie van het meerderheidsbeginsel en de daarop gebaseerde opvatting dat rechtsnormen hun democratische legitimiteit ontleenen aan het relatieve gemak waarmee zij gemodificeerd of geschrapt kun-

⁴⁴ Vgl. Van Roermund 2004, p. 177-179.

⁴⁵ Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1992, p. 374; Habermas, Jürgen, *Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag 1997 (1996), p. 7-8; Roermund, Bert van, 'Solidariteit onder vreemden: de rechtstheorie van Jürgen Habermas', *R&R* 1994/2, p. 120-156.

nen worden, zijn niet in staat geweest iedereen te bekoren. In een recente studie naar het democratische karakter van dit beginsel heeft Wojciech Sadurski, bijvoorbeeld, zich bijzonder kritisch over de Kelseniaanse argumentatie uitgelaten. 'While it is an important virtue of a democratic law-making system that it leaves open the avenues for the revisions of enacted laws, it would be ironic', schrijft hij,

'(...) to see the sources of political autonomy (as it was ironic to see the sources of legitimacy of laws) in the ease of the repeal of disliked laws. I find it an unattractive conception of political freedom to be told that, while the laws which govern my behavior are repulsive (ex hypothesi), I can nevertheless work towards repealing them, and the repeal is easier than in any other alternative system of law-making. This sounds to me like an excessively thin, negative, and defensive account of what political autonomy is grounded in.'⁴⁶

De kritiek van Sadurski op wat hij ziet als een zwaktebod van de Kelseniaanse opvatting over politieke autonomie is echter alleen geldig in een maatschappij waar radicaal gepolariseerde conflicten afwezig zijn. Het treft geen doel in een samenleving waar, ten gevolge van radicale polarisatie, meerderheidsregelgeving door de minderheid als een uiting van heteronomie beschouwd wordt. In een dergelijke samenleving kunnen rechtsonderdanen, het zij ten overvloede opgemerkt, hun zelfbeschikkingsrecht slechts realiseren door zich van vigerende normen te bevrijden.

Dit bevrijdingsperspectief stelt ons nu in staat om een minder pessimistische visie te ontwikkelen op de dreigende legitimiteitscrisis in de Nederlandse democratie die de radicale polarisatie tussen autochtonen en allochtonen teweeg zou hebben gebracht. De omstandigheid dat minderheidsleden vanwege deze polarisatie meerderheidsnormen als een manifestatie van vreemde overheersing zouden percipiëren hoeft, vanuit dit perspectief bezien, niet automatisch te betekenen dat die normen democratisch illegitiem zijn. Dat is slechts het geval, indien democratie als zelfrechtsvorming door het volk wordt opgevat, wat tot gevolg heeft dat rechtsonderdanen aan zichzelf moeten kunnen refereren als de collectieve auteur van de normen waardoor zij worden geregeerd. De etnisering van de stem, die door de radicale polarisatie binnen de samenleving wordt veroorzaakt, heeft diezelfde polarisatie immers al te zichtbaar gemaakt. In het licht hiervan is het dan niet langer

⁴⁶ Sadurski, Wojciech, 'Majority Rule, Legitimacy, and Political Equality', European University Institute Working Paper, LAW No. 2005/21, Florence 2005, p. 17. Dit artikel is te vinden op <<http://cadmus.iue.it/dspace/handle/1814/3925>>.

geloofwaardig te betogen dat minderheidsleden meerderheidsnormen zouden kunnen herkennen als normen die zij samen met de meerderheid in het belang van de gehele gemeenschap aan zichzelf hebben opgelegd. Gegeven de omstandigheden, is het waarschijnlijker dat deze normen door hen als een uiting van heteronomie worden gepercipieerd.

Bezien vanuit het bevrijdingsperspectief van democratie als zelfbeperking door rechtsvormers, hoeft deze perceptie, zoals reeds betoogd, niet onmiddellijk op een legitimiteitscrisis van het meerderheidsregime te duiden. Die perceptie vormt juist het vertrekpunt voor het meerderheidsvormingsproces dat uiteindelijk moet leiden tot de bevrijding van degenen die zich door dat regime geketend voelen. Concreet betekent dit dat de etnisering van de stem, zoals die onder meer in Rotterdam plaats heeft gevonden, niet per se problematisch hoeft te zijn voor de democratische legitimiteit van zittende rechtsvormers. Als de autochtone kiezers van Leefbaar Rotterdam de kans wordt geboden zich door meerderheidsvorming te onttrekken aan het door sociaal-democraten gedomineerde bewind dat zij als heteronoom percipiëren, dan kunnen wij dat bewind als democratisch legitiem blijven beschouwen. Omgekeerd houdt dit argument uiteraard ook in dat er, democratiethoretisch gezien, niets mis is met het door allochtone Rotterdammers zo verfoeiende 'rechtse regime' dat de Maasstad van 2002 tot 2006 heeft geregeerd.

Hoewel democratie als zelfrechtsvorming en democratie als zelfbeperking twee uitwerkingen zijn van hetzelfde wederkerigheidsprincipe, kan het niemand zijn ontgaan dat de zelfrechtsvormingsdemocratie een veel hoger niveau van wederkerigheid vergt dan de zelfbeperkingsdemocratie. Het is de hoge wederkerigheidsgraad die het element van vreemde overheersing, dat inherent is aan het wederkerigheidsbeginsel, aan het oog onttrekt. Hierdoor wordt het voor individuele rechtsonderdanen mogelijk in vigerende normen het collectieve auteurschap van hun allen te herkennen. Doordat de samenleving in toenemende mate multi-etnisch, multireligieus en multicultureel wordt, zal de wederkerige solidariteit geleidelijk afnemen, een afname die mogelijk zelfs kan uitlopen in een eruptie van radicaal gepolariseerde conflicten tussen groeperingen die de polis bevolken. Als gevolg hiervan zal het element van heteronomie zichtbaarder en zichtbaarder worden, waardoor de conceptie van democratie als zelfrechtsvorming door het volk steeds minder in staat zal zijn het vigerende meerderheidsregime te legitimeren in de ogen van minderheidsleden die zich meer en meer uitgesloten voelen.

Omdat zij vreemde overheersing juist als het uitgangspunt voor democratische politiek neemt, heeft de conceptie van democratie als zelfbeperking door rechtsvormers veel minder last van deze maatschappelijke ontwikkeling. Binnen het kader van deze conceptie is het, zoals reeds aangegeven, niet noodzakelijk dat de creatie van rechtsnormen gedragen wordt door een

volk tussen wiens burgers er al een hoge mate aan wederkerige solidariteit bestaat of nog gegeneerd kan worden. Nee, dit rechtsvormingsproces moet gebaseerd zijn op een eenheid waarbinnen een veel lagere wederkerigheidsgraad beschikbaar is: de bevolking. Dankzij dit alternatieve fundament voor rechtsnormen wordt het mogelijk om stap voor stap recht te doen aan het democratische principe dat rechtsdwang uiteindelijk verenigbaar gemaakt dient te worden met de politieke autonomie van elke rechtsonderdaan, ongeacht de vraag of hij in het bezit is van het burgerschap.

De bevrijdingsstrategie waarlangs binnen het kader van zelfbeperkingsdemocratie wordt getracht het genoemde principe geleidelijk te realiseren, heeft tot gevolg dat deze democratieconceptie beter dan de traditionele zelfrechtsvormingsdemocratie in staat is om aan te sluiten bij de moderne samenleving zoals die thans in Nederland bestaat. Omdat zij slechts een minimum aan wederkerige solidariteit vergt om te kunnen functioneren, zou zelfbeperkingsdemocratie zeer geschikt zijn als de alternatieve legitimiteitsbron voor een samenleving waarvan velen in de bevolking niet alleen feitelijk vreemden voor elkaar zijn, maar ook in toenemende mate vreemden voor elkaar wensen te blijven.⁴⁷

Indien wij deze alternatieve democratieconceptie zouden kiezen als het theoretische uitgangspunt bij de poging om meerderheidsregelgeving in een radicaal gepolariseerde samenleving te legitimeren, dan kunnen wij, in het licht van hetgeen hiervoor is betoogd, stellen dat de bevrijdingsstrategie ervan een stuk realistischer is dan de restauratiestrategie die is voortgevloeid uit de traditionele conceptie van democratie als zelfrechtsvorming door het volk. Om de bevrijdingsstrategie op een succesvolle wijze te kunnen implementeren, is het immers niet nodig leden van een door radicale polarisatie geplaagde samenleving te overtuigen dat zij wederom met elkaar een volk moeten gaan vormen. Daartoe is het slechts noodzakelijk dat zij elkaar

47 Habermas 1997, p. 7-8: 'Diese moralische Gemeinschaft konstituiert sich allein über die negative Idee der Abschaffung von Diskriminierung und Leid sowie der Einbeziehung der – und des – Marginalisierten in eine wechselseitige Rücksichtnahme. (...) Einbeziehung heißt hier nicht Einschließen ins Eigene und Abschließen gegens Andere. Die "Einbeziehung des Anderen" besagt vielmehr, daß die Grenzen der Gemeinschaft für alle offen sind – auch und gerade für diejenigen, die füreinander Fremde sind und Fremde bleiben wollen.' Zie ook Jan Lattens inaugurele rede aan de Universiteit van Amsterdam over de toenemende segregatie in Nederland: Lattens 2005. Het is twijfelachtig of Habermas zelf zou kunnen instemmen met de manier waarop zijn woorden in dit artikel zijn geïnterpreteerd. Ik ben dan ook zeer benieuwd naar de mening van Nederlandse Habermasianen over deze 'subversieve' interpretatie.

het *recht* toekennen vreemden voor elkaar te blijven,⁴⁸ hetgeen onder meer inhoudt dat zij elkaar moeten toestaan zich door meerderheidsvorming te bevrijden van regelgeving die anderen aan hen hebben opgelegd. Gelet op de sociale en politieke staat waarin de Nederlandse bevolking zich op dit moment bevindt, kan de poging om hen te overhalen dit wederkerige recht te aanvaarden zonder meer als een haalbare kaart worden beschouwd.

4 Democratie zonder volk: Europese implicaties

Het inzicht dat de bevolking in plaats van het volk de basis voor de democratie moet vormen, maakt het ons nu mogelijk om het democratische karakter van de Europese Unie (of juist het gebrek daaraan) vanuit een ander perspectief te benaderen dan het perspectief dat dominant is in de literatuur over democratie op Europese schaal.

Dit dominante perspectief is, zoals te verwachten valt, geworteld in de traditionele conceptie van democratie als zelfrechtsvorming door het volk. Omdat deze conceptie ongemodificeerd van nationaal naar Europees niveau wordt overgeheveld, monden beschouwingen over het democratische karakter van de Europese Unie die hierin hun oorsprong vinden, vaak uit in de onaantrekkelijke these dat het Europese rechtsregime te kampen heeft met een democratisch tekort.

Ten grondslag aan deze these ligt uiteraard het bekende argument dat democratie alleen kan functioneren, als er een volk of natie bestaat die kan worden verondersteld de auteur te zijn van de rechtsnormen waaronder al zijn burgers moeten leven. Op Europees niveau is er echter geen demoes beschikbaar aan wie het auteurschap van het Europese rechtsregime toegeschreven kan worden: daar worden rechtsnormen nog altijd in de naam van Europese volkeren afgekondigd. De Europese natie waarbinnen het mogelijk is voor de minderheid om meerderheidsnormen als zelfopgelegd op te vatten, bestaat nog niet en het is de vraag of die ooit tot stand zal kunnen komen. Indien de creatie van EU-normen plaats moet vinden op basis van het meerderheidsbeginsel, dan zullen deze normen om deze reden het niet geringe risico lopen door de verslagen minderheid als een manifestatie van vreemde overheersing te worden gepercipieerd. 'To drive this point home', schrijft Joseph Weiler,

'(...) imagine an *Anschluss* between Germany and Denmark. Try and tell the Danes that they should not worry since they will have full representation in the Bundestag. Their scream of grief will be shrill not simply

⁴⁸ Habermas 1992, p. 374.

because they will be condemned, as Danes, to permanent minorityship (that may be true for the German Greens too), but because the way nationality, in this style of thinking, meshes with democracy is such that even majority rule is legitimate only within a demos, when Danes rule Danes'.⁴⁹

Binnen dit theoretische raamwerk van zelfrechtsvormingsdemocratie moet de afwezigheid van een Europese natie derhalve worden beschouwd als de voornaamste oorzaak achter het befaamde democratisch tekort. Dit tekort kan door geen enkele verbetering in participatie of transparantie teniet worden gedaan. Wat heeft meer participatie of transparantie immers voor zin, als door de afwezigheid van een Europees demos de minderheidsperceptie van het vigerende rechtsregime niet wezenlijk veranderd kan worden?

Indien wij het Europese rechtsregime vanuit het Kelseniaanse perspectief van democratie als zelfbeperking zouden benaderen, dan blijkt het feit dat er geen Europees volk bestaat niet automatisch een probleem te vormen. Als democratie zou worden opgevat als zelfbeperking door rechtsvormers, dan kunnen de instellingen van de EU wellicht ook gedragen worden door de Europese bevolking. Deze democratieconceptie vereist in ieder geval niet die hoge mate aan wederkerige solidariteit die noodzakelijk is om zelfrechtsvorming door het volk mogelijk te maken. In het licht van de expanderende Europese Unie verdient het daarom aanbeveling om te onderzoeken of en in hoeverre het mogelijk is om het vermeende democratisch tekort van deze Unie met behulp van Kelsens ideeën over democratie te neutraliseren.

Summary

A legal order can only be considered democratically legitimate if the tension between law's coercion and individual autonomy is resolved. The conception of democracy as popular self-legislation has been the traditional strategy through which this resolution is to be achieved. Closer scrutiny, however, reveals that democracy as popular self-legislation could only resolve the aforementioned tension in a society where a high level of reciprocal solidarity among the citizenry is available. Given the fact that modern societies are plagued by the rapid evaporation of this kind of solidarity, the present article advocates the replacement of the traditional democracy conception by

49 Weiler, J.H.H., 'Does Europe Need a Constitution?: Reflections on Demos, Telos and Ethos in the German Maastricht Decision', in: Peter Gowan & Perry Anderson (eds.), *The Question of Europe*, London/New York: Verso 1997, p. 272.

R&R 2007 / 1

an alternative that is called democracy as legislative self-restraint. The alternative conception could, it is argued, legitimize laws at a much lower level of reciprocal solidarity. This implies, in turn, that democracy as legislative self-restraint might be able to neutralize the European Union's infamous democratic deficit, a problem which cannot be successfully addressed within the framework of democracy as popular self-legislation.