This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

De trias als doctrine, als praktijk en als regels van het politieke spel*

Wendy Yan

1. Inleiding

De doctrine van de trias politica is een van de meest bekende en meest besproken concepten in de literatuur over staatsinrichting. Deze doctrine, bekend geworden door de werken van Locke[1] en Montesquieu[2] in de achttiende en negentiende eeuw, verwijst naar het scheiden van de machtsfuncties in een staat. De drie functies – de wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht – zouden volgens een zuivere lezing van de trias aan afzonderlijke en onafhankelijke organen moeten worden toegekend. Door deze tripartite scheiding van functies van staat, zo luidt de triasgedachte, kan de concentratie van macht en daarmee machtsmisbruik bij een orgaan worden voorkomen, om zo de vrijheden van burgers te beschermen.[3] De trias politica is inmiddels verdisconteerd in het constitutionele denken van vele landen en wordt gezien als een kernelement voor een moderne staatsinrichting.[4] Daardoor blijft ook in de huidige tijd de triasgedachte van Montesquieu nog relevant voor het begrijpen, verklaren en legitimeren van overheidsoptreden.[5]

Zo wordt de trias politica vaak ingezet in het Nederlandse publieke en politieke debat om de ontwikkelingen te duiden die de verhouding tussen wetgever en rechter op scherp zetten. Zaken als *Urgenda* en *Milieudefensie/Shell* en de hierover ontstane discussies over de politieke rechter zijn hiervan goede voorbeelden.[6] Hoe

* Mijn dank gaat uit naar de redactie, Janneke Gerards, Mark Bovens en Eva van Vugt, voor hun waardevolle commentaar op eerdere versies.

1 J. Locke, *Second Treaties on Government*, ed. P. Laslett *[1960]* (Cambridge: Cambridge University Press, 1689).

2 Montesquieu, *De l'Esprit Des Lois* (Paris: Garnier Flammarion, 1748).

3 De term 'triasgedachte' ontleen ik van C. Kortmann, *Constitutioneel Recht* (Deventer: Wolters Kluwer, 2008), 47.

4 A. Kavanagh, 'The Constitutional Separation of Powers', in *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, red. D. Dyzenhaus en M. Thorburn (Oxford: Oxford University Press, 2016), 221; H.M. Ten Napel, J. Luiten en W. Voermans, 'Introduction', in *The Powers That Be. Rethinking the Separation of Powers. A Leiden response to Möllers*, red. H.-M. Ten Napel en W. Voermans (Leiden: Leiden University Press, 2015), 29.

5 B.G. Peabody en J.D. Nugent, 'Towards a Unifying Theory of the Separation of Powers', *American University Law Review* 53 (2003): 2-3. De trias wordt in de literatuur vaak geassocieerd met Montesquieu, al zijn er eerder in de tijd ook al werken te vinden waarin een zekere tripartite machtenscheiding wordt voorgesteld, bijvoorbeeld in Aristoteles' *Politics*. Zie in het bijzonder K.M. Schönfeld, *Montesquieu en "la bouche de la loi"* (diss., Leiden: New Rhine Publishers, 1979), 1 e.v.

6 Urgenda, (HR 20 december 2019); Shell, (Rb. Den Haag 26 mei 2021).

Netherlands Journal of Legal Philosophy 2022 (51) 2
doi: 10.5553/NJLP/221307132022051002005

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

politiek is de rechter?[7] Neemt de rechter niet een te activistische houding aan ten opzichte van de wetgever en is de Nederlandse rechtsstaat geen 'dikastocratie' of 'rechtersstaat' geworden?[8] De vraag hierbij is: hoe kunnen wij deze ontwikkelingen duiden en beoordelen in termen van de trias politica?

Het startpunt van dit artikel is echter dat het sterk kan verschillen welke betekenis in het wetenschappelijk discours aan de trias politica wordt gegeven en hoe macht en machtsuitoefening binnen deze kaders kunnen worden gekanaliseerd en gereguleerd. In het bijzonder merk ik in deze discussies een zekere lacune met betrekking tot een empirisch en verklarend perspectief dat de trias politica kan meebrengen. In dit artikel breng ik deze lacune onder de aandacht. Ik zal de diverse betekenissen van de trias uit de academische literatuur bespreken en onderzoeken welke mogelijkheden bestaan voor vruchtbare uitwisseling van gedachten tussen en binnen deze academische literatuur.[9] Daarbij kijk ik naar twee academische disciplines waar de trias wordt onderzocht: de constitutionele rechtswetenschappelijke literatuur en de politiek-wetenschappelijke literatuur. Daarbij zal blijken dat het antwoord op de vraag welke praktische interpretaties en toepassingen van de triasgedachte kunnen worden gegeven bij het inrichten van een staatsbestel en welke normatieve consequenties daaraan worden verbonden kan verschillen. Deze verschillen zijn zowel binnen als tussen verschillende academische disciplines te vinden. Het doel van dit stuk is niet alleen om deze verschillen te laten zien, maar ook om de gelijkenissen binnen en tussen deze disciplines te bespreken.

Het onderzoek beperkt zich tot de verhouding tussen de wetgevende en rechterlijke macht. Reden daarvoor is dat vooral deze verhouding in het Nederlandse publieke (politieke) debat wordt geproblematiseerd in het licht van de trias politica. Literatuur die zich richt op de relaties met en tussen andere staatsmachten, zoals de uitvoerende macht of de vierde macht (veelal: de ambtelijke macht),[10] worden hier buiten beschouwing gelaten. Ook allerlei voorgestelde aanpassingen en ontwikkelingen van het begrip van de trias politica, zoals duas politica,[11] een verticale mach-

7 Over deze vraag ging een recente aflevering van *Rechtstreeks* waarvoor ik een bijdrage heb geleverd. Zie: W. Yan, 'Hoe politiek is de rechter? De legitimiteit van rechterlijke beslissingen: voorbij de trias?', *Rechtstreeks* 1 (2022): 5 e.v.

8 Zie bijvoorbeeld de hoorzitting/het rondetafelgesprek van 9 maart 2020 in de vaste Kamercommissie voor Binnenlandse Zaken over het onderwerp 'Dikastocratie?', https://www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2020A00508.

9 Het is echter niet mijn doel om alle ingewikkeldheden en nuances in de discussies weer te geven. In plaats daarvan poog ik een overzicht te geven van de manieren waarop de trias politica in de literatuur zijn weg vindt, in het bijzonder voor de verhouding tussen de wetgevende en de rechterlijke macht.

10 Zie in het bijzonder M. Bovens, *De vierde macht revisited: over ambtelijke macht en publieke verantwoording* (oratie, Utrecht: Universiteit Utrecht, 2000).

11 Met 'duas politica' wordt verwezen naar de ontwikkeling waarbij de wetgevende en uitvoerende macht steeds meer als een blok zijn gaan opereren als bestuurlijke macht en waarbij de rechterlijke macht als controleur van dit blok optreedt. Zie: T. Koopmans, *Courts and Political Institutions: A Comparative View* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), 247-251.

doi: 10.5553/NJLP/221307132022051002005

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

tenscheiding,[12] verplaatsing van de macht[13] en multiple politica,[14] komen niet aan bod.

Een tweede afbakening in dit stuk is dat alleen ingegaan wordt op de betekenissen die aan de trias politica worden toegekend en niet op de doelen die aan het verwezenlijken van de triasgedachte ten grondslag liggen. Het is echter het vermelden waard dat de in de literatuur genoemde doelen merendeels ofwel ondergebracht kunnen worden in de categorie van het beschermen van de individuele vrijheid van burgers, ofwel in de categorie van het voorkomen van machtsconcentratie, al zijn hier ook nuances in aan te brengen.[15] Door deze keuze te maken wordt meer ruimte gecreëerd voor onderzoek naar de betekenis en het gebruik van de trias politica in de academische disciplines.

In paragraaf 2 bespreek ik dat in de constitutionele literatuur onderscheid kan worden gemaakt tussen de betekenis van de trias als doctrine en de trias als positiefrechtelijke praktijk. Paragraaf 3 richt zich op politiek-wetenschappelijke literatuur waarbij wordt ingegaan op de betekenis van de trias als de spelregels, condities en context van het politieke spel. In paragraaf 4 worden de drie betekenissen van de trias – de trias als doctrine, de trias als praktijk en de trias als een set regels van het politieke spel – gespiegeld in hun component in het onderzoek naar de trias, respectievelijk: normatief, descriptief en verklarend. In diezelfde paragraaf beargumenteer ik de meerwaarde om de verschillende betekenissen en componenten van de trias politica zorgvuldig te gebruiken en te combineren in interdisciplinair onderzoek. Tot slot zal ik in paragraaf 5 hiervoor een suggestie doen.

Op deze manier poogt dit stuk bij te dragen aan het verkleinen van het risico van *separate tables*, waarbij onderzoekers dezelfde of nauwverwante onderzoeksobjecten bestuderen of dezelfde begrippen gebruiken, maar deze elk op een andere ma-

12 Madison beschrijft een verticale machtenscheiding in No. 51 van de *Federalist Papers*: 'the power surrendered by the people is first divided between two distinct governments, and then the portion allotted to each subdivided among distinct and separate departments' in J. Madison, 'No. 51: The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments', in *The Federalist papers*, red. C. Rossiter (New York: Mentor, 1999), 291.

13 M. Bovens et al., *De verplaatsing van de politiek. Een agenda voor politieke vernieuwing* (Amsterdam: Wiardi Beekman Stichting, 1995).

14 Zie in het bijzonder M. Adams, 'Multiple politica en tegendemocratie: Politieke representatie en algemeen belang na 100 algemeen kiesrecht', *Nederlands Juristenblad* (2016). Adams beargumenteert met verwijzing naar P. Rosanvallon, *Counter-Democracy: Politics in an Age of Distrust* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008) dat de democratie nieuwe vormen aanneemt door de hedendaagse complexiteit en verdeeldheid en waarbij een toenemend aantal instituties als 'waakhonden' figureren met gevolgen voor de democratie en representatie.

15 M. Adams, 'Democratische rechtspraak. Variaties op een ideaal', in *Recht en democratie: de democratische verbeelding in het recht*, red. M. Adams en P. Popelier (Antwerpen: Intersentia, 2004), 345. Voor een overzicht van de verschillende (positieve en negatieve) doelen en functies van het verwezenlijken van de triasgedachte, zie: C. Möllers, *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers* (Oxford: Oxford University Press, 2013), hoofdstuk 1.II.

Netherlands Journal of Legal Philosophy 2022 (51) 2
doi: 10.5553/NJLP/221307132022051002005

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

nier toepassen.[16] Zo kan de bekendheid van het constitutioneel rechtswetenschappelijk onderzoek worden vergroot in de politiek-wetenschappelijke gemeenschap, en vice versa. Daarnaast kunnen ook de mogelijkheden worden verkend om de inzichten vanuit deze twee disciplines te gebruiken en te combineren in (interdisciplinair) onderzoek. Hiermee poogt dit stuk een interdisciplinaire invalshoek te genereren voor het academische en politieke debat over de trias politica.

2. De trias politica: een doctrine en een praktijk

2.1 De trias in de constitutionele literatuur

De triasgedachte van Montesquieu heeft zich door de jaren heen op verschillende en soms onverenigbare wijze in de constitutionele literatuur ontwikkeld. Zo zijn er verschillende interpretaties van de triasleer van Montesquieu en wordt de triasgedachte op verschillende manieren in de praktijk ingevuld. In deze paragraaf licht ik toe dat er in grote lijnen twee betekenissen aan de trias binnen de constitutionele literatuur kunnen worden onderscheiden: de trias als doctrine (of: als leerstuk) en de trias als positiefrechtelijke praktijk.[17] De trias als doctrine (hierna: triasdoctrine) verwijst naar de in de literatuur ontwikkelde ideeën voor het interpreteren van de triasgedachte van Montesquieu en het evalueren van de bestaande juridische en constitutionele inrichting van een moderne staat. De trias als positiefrechtelijke praktijk (hierna: triaspraktijk) is de in de praktijk gerealiseerde of verwezenlijkte triasgedachte.

Beide betekenissen staan centraal in het onderzoek naar de trias politica in de rechtswetenschappelijke literatuur, al is het onderscheid tussen de triasdoctrine en de triaspraktijk daarbij niet altijd zo eenvoudig te maken. Praktijk en doctrine zijn in wisselwerking met en van invloed op elkaar. Een praktische invulling van een drieledige functionele machtenscheiding in een staatsbestel kan invloed hebben op de doctrine. Als voorbeeld hiervan kan bijvoorbeeld worden genoemd dat de theoretische notie van functionele machtenscheiding in de constitutionele praktijk in de Verenigde Staten is aangevuld door het inbouwen van een systeem van *checks and balances* (of: teugels en tegenwichten) en dat dit principe van *checks and balances* weer onderdeel uitmaakt van de triasdoctrine. Op hun beurt kunnen ontwikkelingen in de doctrine invloed hebben op de positiefrechtelijke praktijk, bijvoorbeeld in de Verenigde Staten waar de theoretische gedachten van de *Federalist*

16 *Separate tables* wordt door Almond als metafoor ingezet voor het beschrijven van de gevolgen van paradigmaverschuivingen binnen de politieke wetenschappen als gevolg van ontwikkelingen in voorkeursmethodologie. De trias politica kan naar mijn mening een onderzoeksobject zijn dat datzelfde risico met zich meebrengt. Zie: G. Almond, 'Separate Tables: Schools and Sects in Political Science', *PS: Political Science and Politics* 21 (1998): 828-829; K.E. Whittington, R.D. Kelemen en G.A. Caldeira, 'Overview of Law and Politics the Study of Law and Politics', in *The Oxford Handbooks of Political Science*, red. R.E. Goodin (Oxford: Oxford University Press, 2011), 242.

17 Het onderscheid tussen trias als doctrine en de trias als praktijk wordt onder meer gehanteerd door: T. Fleiner en C. Saunders, 'Constitutions embedded in different legal systems', in *Routledge Handbook of Constitutional Law*, red. M. Tushnet, T. Fleiner en C. Saunders (London and New York: Routledge, 2012), 24-25 en Kortmann, *Constitutioneel Recht*, 41.

doi: 10.5553/NJLP/221307132022051002005

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

Papers vorm kregen in een concreet staatsbestel.[18] Wat er onder de triasdoctrine en triaspraktijk begrepen kan worden, krijgt nader vorm in paragraaf 2.2 en paragraaf 2.3.

2.2 De triasdoctrine: een zuivere machtenscheiding of machtsevenwicht?

Het feit dat er verschillende hoofdvarianten van de doctrine zijn, is kenmerkend voor de manier waarop de triasgedachte zich in de constitutionele literatuur heeft ontwikkeld. In de literatuur wordt meestal een zuivere vorm van trias politica onderscheiden van modernere en praktische interpretaties. De zuivere vorm (of: een 'pure' doctrine) van trias politica heeft verschillende elementen. Vile heeft in 1998 een invloedrijke definitie van deze zuivere doctrine geformuleerd.[19] De zuivere vorm van de trias verwijst in deze definitie naar een strikte scheiding van de verschillende machten van een staat, namelijk de wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht. Deze strikte scheiding is gewenst voor het voorkomen van machtsmisbruik in een staat en voor de totstandbrenging en instandhouding van politieke vrijheid.[20] De machtenscheiding is binnen deze zuivere trias functioneel – in de zin dat elk van deze functies exclusief wordt toebedeeld aan overheidsorganen – en organisatorisch – in de zin dat deze functies aan verschillende overheidsorganen worden toebedeeld.[21] De macht moet mede daardoor zelfstandig en onafhankelijk worden uitgeoefend, zonder inmenging van andere organen.[22] De personen die deze drie functies uitoefenen, moeten tot slot gescheiden worden gehouden, waarbij geen enkel individu tegelijkertijd lid mag zijn van meer dan één macht. Dit wordt de personele machtenscheiding genoemd. In deze zuivere triasleer bestaat geen hiërarchische relatie tussen organen en geen van deze organen heeft een duidelijk overwicht.[23]

Auteurs die deze zuivere leer van de trias aanhouden, zien in ieder geval geen rol weggelegd voor de rechter om de democratisch gelegitimeerde beslissingen van de wetgever te toetsen. Hierbij wordt vaak de volgende passage van Montesquieu uit *De l'Esprit Des Lois* (1748) geciteerd:

> '[D]e gerechtelijke uitspraak [moet] zodanig vaststaan dat ze nooit iets anders is dan wat letterlijk valt terug te vinden in de wet. Zou de uitspraak de individuele mening van een rechter zijn, dan zou men in een maatschappij leven zonder precies te weten welke verplichtingen men aangaat. [...] *[D]e rechters*

18 Zie voor een narratief overzicht van hoe de *Federalist Papers* zijn geïncorporeerd in de uitspraken van het *Supreme Court* in de Verenigde Staten ook: J.G. Wilson, 'The Most Sacred Text: The Supreme Court's Use of The Federalist Papers', *Brigham Young University Law Review* 1985 (1985).

19 M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers* (Indianapolis: Liberty Fund Inc., 1998), 13; Kavanagh, 'The Constitutional Separation of Powers', 224.

20 Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 11; J. Waldron, *Political Political Theory. Essays on Institutions* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016), 53.

21 Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 11.

22 Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 11.

23 Kortmann, *Constitutioneel Recht*, 49.

Netherlands Journal of Legal Philosophy 2022 (51) 2
doi: 10.5553/NJLP/221307132022051002005

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

> *van het land zijn, zo hebben we al gesteld, slechts de mond die de woorden van de wet spreekt*.'[24]

De rechterlijke macht en individuele rechters hebben binnen deze betekenis slechts een mechanische taakopvatting (*le judge automate*) waarin uitsluitend de wet leidend is en de rechter geen rechtsvormende taak heeft. Daardoor mag de rechter geen uitleg geven van wetten of de grondwettelijkheid ervan beoordelen.[25] In aanvulling daarop luidt tegenwoordig in de discussie over rechterlijke toetsing het argument dat de rechter, in tegenstelling tot de wetgever, niet over de democratische legitimatie beschikt om regels te maken.[26]

Hoewel het citaat hierboven nog altijd vaak wordt aangehaald, is het nog maar de vraag of Montesquieu inderdaad een dusdanig strikte scheiding van overheidsmachten voor ogen had en of hij de rechtsvindende rol van de rechter problematiseert.[27] Uit het proefschriftonderzoek van Schönfeld blijkt dat de lezing van 'de rechter als mond van de wet' niet zonder meer gaat over een terughoudende rechter die niet aan interpretatie doet.[28] Montesquieus beeld van rechters verwijst volgens Schönfeld niet naar een mechanische toepassing van de wet, maar juist naar een zelfstandige rechtsvindingstaak die de rechter vervult ten opzichte van de wetgevende en uitvoerende machten.[29]

Al in 1788 kwam er vanuit de Verenigde Staten kritiek op deze strikte interpretatie van de trias politica. Deze kritieken, die later zijn samengebracht in de *Federalist Papers*, richten zich onder meer op de beperkte rol van de rechterlijke macht binnen deze interpretatie. De rechterlijke macht is, in de woorden van Hamilton, altijd de 'least dangerous branch' nu deze niet de zwaardmacht of het budgetrecht heeft en daarmee 'neither force nor will, but merely judgment'.[30] Bovendien kan de rechter alleen op basis van wetgeving beslissingen nemen. Juist vanwege deze inherente disbalans, zo beargumenteert Hamilton, moet de strikte scheiding van machten

24 Montesquieu, vertaald en geciteerd in Adams, 'Democratische rechtspraak', 340 (mijn cursivering).

25 G. Boogaard en J. Uzman, 'Tussen Montesquieu en Judge Dredd. Over rechter, politiek en rechtsvorming', *Ars Aequi* (2015): 67.

26 V. Bader, 'Parliamentary Supremacy versus Judicial Supremacy. How can adversarial judicial, public, and political dialogue be institutionalised?', *Utrecht Law Review* 12 (2016): 160; W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten* (oratie Universiteit Tilburg, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1991), 59-61.

27 Witteveen, *Evenwicht van machten*, 33; L. Van den Berge, 'Montesquieu and Judicial Review of Proportionality in Administrative Law: Rethinking the Separation of Powers in the Neoliberal Era', *European Journal of Legal Studies* 10 (2017): 210-211.

28 Schönfeld, Montesquieu en "la bouche de la loi"; Adams, 'Democratische rechtspraak', 344-345; M. Adams, *Teugels en tegenwichten in de democratische rechtsstaat: over rechtspraak en politiek in de 21ste eeuw* (FHR Lim a Po Institute for Social Studies, 2018), 17.

29 Schönfeld (1979) in A.F.M. Brenninkmeijer, *Een onderzoek naar de betekenis van onafhankelijke rechtspraak in een democratische rechtsstaat* (diss., Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1987), 129; L. Van den Berge, 'Montesquieu, marginale toetsing en de "trias politica 2.0",' 2016, https://blog.montaignecentre.com/nl/montesquieu-marginale-toetsing-en-de-trias-politica-2-0/.

30 A. Hamilton, 'No. 78: The Judiciary Department', in *The Federalist papers*, red. C. Rossiter (New York: Mentor, 1999), 433.

doi: 10.5553/NJLP/221307132022051002005

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

aangevuld worden door *checks and balances* waarbij staatsmachten niet alleen gescheiden zijn, maar ook elkaar in evenwicht houden.

In het verlengde hiervan wordt in de constitutionele literatuur, wanneer gesproken wordt van Montesquieus leer van de trias politica, naast machtenscheiding ook machtsevenwicht onderscheiden.[31] Zo kan de rechterlijke macht, indien nodig, weerstand bieden aan de andere staatsmachten. Ook Montesquieu benadrukte de waarde hiervan, wanneer hij schreef over 'le pouvoir arrête le pouvoir'.[32] Dit betekent dat de triasdoctrine, naast machten*scheiding*, ook machten*spreiding* kan omvatten – het verspreiden van macht over verschillende groepen of instanties ter voorkoming van machtsconcentratie – en een idee van *teugels en tegenwichten* (of: *checks and balances*) moet omhelzen. Vanuit de strikte visie op machtenscheiding is langzaamaan een rijker palet aan definities van machtenscheiding ontstaan die het gemakkelijker maken om te dienen als normatieve meetlat voor praktische invullingen.

Een dergelijke rijkdom aan aanvullende definities is ook van belang, omdat er (tegenwoordig) geen enkele staat is met een staatsinrichting die kan worden beschreven als een strikte scheiding van machten.[33] Hoewel de strikte machtenscheiding voor sommige auteurs als ideaaltype kan gelden,[34] wordt deze interpretatie door anderen beschouwd als een vervallen narratief,[35] als een concept dat niet houdbaar is in de moderne en complexe samenleving,[36] of als een interpretatie die de ontwikkeling van een moderne en gebalanceerde trias politica tegenhoudt.[37] Daarbij is ook gesteld dat de beschrijvingskracht van de 'premoderne' leer van trias verloren is gegaan voor de moderne westerse democratieën waarin zich nieuwe institutionele en sociale ontwikkelingen voordoen, zoals de privatisering van het publieke domein en de internationalisering van het recht.[38] Ook Vile, hiervoor genoemd als aanhanger van de klassieke triasdoctrine, realiseert en erkent dat deze doctrine

31 Waldron onderscheidt daarnaast ook nog het principe van een tweekamerstelsel en het principe van federalisme als onderdelen van de trias politica. Deze zijn echter minder relevant als het gaat de verhouding tussen de wetgevende en rechterlijke macht en worden daarom in dit stuk niet verder besproken. Zie Waldron, *Political Political Theory. Essays on Institutions*, 49.

32 Montesquieu, *De l'Esprit Des Lois*, boek XI: hoofdstuk 4.

33 Ten Napel, Luiten en Voermans, 'Introduction', 9-10; Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 21.

34 Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers* en Möllers, *The Three Branches*, in H.-M. Ten Napel, J. Luiten en W. Voermans, 'Introduction', 27.

35 Zie bijvoorbeeld Witteveen, *Evenwicht van machten*, 33; Möllers, *The Three Branches*, 8; C. Kortmann, *Constitutioneel Recht*, red. P.P.T. Bovend'Eert et al. (Deventer: Wolters Kluwer, 2021), 43; Ten Napel, Luiten en Voermans, 'Introduction', 12.

36 Zie bijvoorbeeld: H. Gommer, *Onder de rechter* (diss., Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2008), 129-130.

37 Van den Berge, 'Montesquieu and Judicial Review of Proportionality in Administrative Law', 206.

38 C. Möllers, 'Separation of Powers – a Short Manual for the Perplexed', in *The Powers That Be. Rethinking the Separation of Powers. A Leiden response to Möllers*, red. H.-M. Ten Napel en W. Voermans (Leiden: Leiden University Press, 2015), 323, 336; Zie ook: Ten Napel, Luiten en Voermans, 'Introduction', 12 en A. Harel en A. Shinar, 'Between judicial and legislative supremacy: A cautious defense of constrained judicial review', *Icon-International Journal of Constitutional Law* 10 (2012).

Netherlands Journal of Legal Philosophy 2022 (51) 2
doi: 10.5553/NJLP/221307132022051002005

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

inadequaat is voor het beschrijven van het systeem van overheidshandelen in de moderne wereld.[39]

2.3 De triaspraktijk als hedendaagse betekenis

Welke betekenis heeft de trias politica in de hedendaagse moderne samenleving? Een uitgangspunt hierbij is dat ook de positiefrechtelijke praktijk een rol toebedeeld moet krijgen. Zo wordt door Kortmann betoogd dat het niet zinvol is om het achttiende-eeuwse beginsel van machtenscheiding te vergelijken met het beginsel van machtenscheiding zoals deze tegenwoordig in het (Nederlands) staatsrecht te vinden is. Het kiezen van een positiefrechtelijke benadering naar de uitwerking van machtenscheiding zoals die in het (Nederlandse) constitutionele recht vorm krijgt, leidt volgens Kortmann juist tot waardevolle kennis.[40] Ook Adams legt de voorkeur op het bestuderen van de bestaande verhoudingen tussen staatsmachten in de praktijk. Hij beargumenteert dat wetten enkel in het licht van hun politieke werkelijkheid kunnen worden begrepen. De teksten van Montesquieu en moderne interpretaties ervan moeten afhankelijk van verschillende omstandigheden – zoals tijd, volk, cultuur – een andere invulling en uitwerking krijgen.[41] Een moderne betekenis van de trias politica vereist dus het bestuderen van de positiefrechtelijke praktijk.

In de praktijk bestaat er echter een grote verscheidenheid in de mogelijkheden ter inbedding van de triasgedachte in constitutionele stelsels.[42] Van het sjabloon van de traditionele, strikte machtenscheiding dat in paragraaf 2.2 is beschreven, wordt in de praktijk vooral afgeweken via het inpassen van systemen van wederzijdse afhankelijkheden of wederzijdse controle. Hier noem ik drie voorbeelden die het meest in het oog springen.

Ten eerste leggen *civil law*-systemen, in tegenstelling tot *common law*-systemen, vaak een grotere nadruk op organisatorische machtenscheiding dan op een functionele scheiding, en minder op de rol van teugels en tegenwichten.[43] Een *common law*-systeem vult juist vaak de traditionele machtenscheiding aan met elementen van *checks and balances* door bijvoorbeeld rechters meer (uitspraak)bevoegdheden te geven.[44] Ten tweede verschillen parlementaire en constitutionele stelsels op het legitimatievraagstuk en geven zij een ander antwoord op de vraag hoe in een staatsbestel de verhoudingen tussen wetgever en rechter moeten worden uitgewerkt.[45] In een parlementair stelsel hebben de verkozen volksvertegenwoordigers

39 Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 11; Waldron, *Political Political Theory. Essays on Institutions*, 52.
40 Kortmann, *Constitutioneel Recht*, 44.
41 Adams, 'Democratische rechtspraak', 342; Adams, *Teugels en tegenwichten*, 18-19.
42 Z. Al-Ali en A.K. Thiruvengadam, 'The competing effect of national uniqueness and comparative influences on constitutional practice', in *Routledge Handbook of Constitutional Law*, red. M. Tushnet, T. Fleiner en C. Saunders (London and New York: Routledge, 2012), 430.
43 Fleiner en Saunders, 'Constitutions embedded in different legal systems', 24-25.
44 Fleiner en Saunders, 'Constitutions embedded in different legal systems', 25-26.
45 Koopmans, *Courts and Political Institutions*, 23. Naar deze stelsels wordt ook wel verwezen onder de termen parlementaire suprematie en constitutionele suprematie.

doi: 10.5553/NJLP/221307132022051002005

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

het laatste woord wanneer het gaat om de invulling en geldigheid van (formele) wetten, gebaseerd op de bijzondere democratische legitimatie die de volksvertegenwoordiging heeft. In een constitutioneel stelsel hebben juist de (hoogste) rechters de taak om de wetgeving te controleren en constitutionele grondwaarden uit te leggen en te waarborgen; de legitimatie berust daarbij op de door de constitutie gegeven bevoegdheidsverdeling.[46]

Ten derde is in het hedendaagse constitutionele recht van de westerse staten te zien dat de zuivere trias in verschillende mate is gecorrigeerd door deze aan te vullen met een stelsel van teugels en tegenwichten.[47] De Amerikaanse Grondwet staat bijvoorbeeld vol met *checks and balances*.[48] Daarnaast heeft het *Supreme Court* zichzelf in het arrest *Marbury v. Madison* (1803) de bevoegdheid verleend tot constitutionele toetsing welke een belangrijke aanvulling vormde op het systeem van checks and balances.[49] Ook in Nederland wordt, bijvoorbeeld in Witteveens oratie over het *Evenwicht van Machten* uit 1991, steeds vaker aangenomen dat de trias politica in Nederland beter kan worden begrepen als een gematigd machtsevenwicht en een systeem van teugels en tegenwichten.[50] De wetgever is de democratisch gelegitimeerde staatsmacht, maar is gebonden aan het recht; de rechter ziet erop toe of hij zich daar ook aan houdt.[51] Niettemin kan Nederland vooral worden gezien als een voorbeeld van een parlementair stelsel waarbij het niet vanzelfsprekend aan de rechter is om een democratisch gelegitimeerde wetgeving opzij te zetten.[52]

2.4 Mogelijkheden voor toekomstig constitutioneel rechtswetenschappelijk onderzoek

De bovenstaande analyse laat zien dat een (zuivere) doctrine van de trias politica door de tijd heen is aangevuld en bijgesteld aan de hand van de praktische invulling van de trias. Het onderzoek naar de trias als doctrine zou daarom ook rekening moeten houden (en houdt daarom ook rekening) met de positiefrechtelijke en praktische uitwerking van de trias zoals deze tot recht komt in constitutionele stelsels. In de loop van de tijd zijn er in de literatuur steeds meer moderne, genuanceerde en bijgestelde versies ontstaan van zowel normatieve en descriptieve mo-

46 Koopmans, *Courts and Political Institutions*, 23 e.v.

47 Kortmann, *Constitutioneel Recht*, 299.

48 L. Epstein en T.G. Walker, *Constitutional Law for a Changing America. Institutional Powers and Constraints* (Thousand Oaks: CQ Press, 2017), 125-131. Een voorbeeld van deze *checks and balances* is dat de Amerikaanse president een veto kan uitspreken over een wetsvoorstel dat door het Congres is aangenomen, maar dat een tweederdemeerderheid in het Congres deze veto opzij kan schuiven (Amerikaanse Grondwet, Artikel I, sectie 7, clausule 2).

49 Supreme Court of the United States. *U.S. Reports: Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137. 1803.

50 Witteveen, *Evenwicht van machten*, 51, 56. Zie voor recente werken: Kortmann, *Constitutioneel Recht*, G. Boogaard, *Het wetgevingsbevel: Over constitutionele verhoudingen en manieren om een wetgever tot regelgeving aan te zetten* (Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2013), 66 en Adams, 'Democratische rechtspraak', 342-343.

51 R.H. Happé, *Schuivende machten. Over trias politica en het gelijkheidsbeginsel in het belastingrecht* (oratie Universiteit Tilburg, Deventer: Wolters Kluwer, 1999), 16.

52 In het tegenwoordige art. 120 van de Grondwet wordt de rechter verboden om een oordeel te geven over de grondwettelijkheid van tot stand gekomen formele wetgeving. Zie: Koopmans, *Courts and Political Institutions*, 76.

Netherlands Journal of Legal Philosophy 2022 (51) 2
doi: 10.5553/NJLP/221307132022051002005

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

dellen die op een meer adequate manier de werkelijke verhouding tussen wetgever en rechter beschrijven en analyseren.[53] Daarbij kan het onderzoek naar de 'weak-form judicial review'[54] (of: 'the new Commonwealth model'[55]) in het bijzonder worden genoemd. In dat model van rechterlijke toetsing krijgen interpretaties van de rechter over de grondwet een zeker gewicht mee, maar zijn zij niet van doorslaggevende betekenis.[56] Ook het onderzoek naar 'popular constitutionalism' is hiervan een voorbeeld.[57] Het argument is hier dat constitutionele toetsing is voorbestemd voor en moet worden overgelaten aan het volk; rechtsvorming door de rechter moet worden weggenomen of ondergeschikt worden gesteld aan de interpretaties van 'de mensen zelf'. Immers, het volk heeft in de vorm van volksvertegenwoordiging de legitimatie om tot de constitutionele toetsing en constitutionele interpretatie over te gaan.[58] De volksvertegenwoordiging beschikt daarnaast over voldoende gereedschappen om de constitutionele interpretatie van de wil van het volk uit te oefenen.[59] In de literatuur over het 'departementalisme' wordt een constitutioneel model beschreven waarbij de verschillende overheidstakken of overheidsdepartementen elk verantwoordelijk zijn voor een eigen interpretatie van de constitutie en niet gebonden zijn aan de interpretaties van andere takken en departementen.[60] Tot slot noem ik de literatuur over constitutionele dialogen, waarbij de 'dialoog' dient als metafoor voor het beschrijven van institutionele processen waarin staatsmachten en overheidsactoren met elkaar interacteren.[61] Dit zijn slechts enkele voorbeelden van onderzoek naar moderne en genuanceerde modellen die recht pogen te doen aan het beschrijven en typeren van interactie tussen staatsmachten zoals deze zijn verwezenlijkt in de praktijk. Deze voorbeelden laten zien dat het onderzoek naar de trias als doctrine en de trias als praktijk te verenigen zijn en tot nieuwe inzichten kan leiden in de verhouding tussen wetgever en rechter.

53 Harel en Shinar, 'Between judicial and legislative supremacy: A cautious defense of constrained judicial review'.

54 M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2009).

55 S. Gardbaum, 'The New Commonwealth Model of Constitutionalism', *The American Journal of Comparative Law* 49 (2001).

56 De term *weak-form judicial review* kan worden afgezet tegen *strong-form judicial review*. Die *strong-form* bestaat bijvoorbeeld in Verenigde Staten waar rechterlijke interpretaties van de grondwet bindende kracht krijgen. Zie: Harel en Shinar, 'Between judicial and legislative supremacy: A cautious defense of constrained judicial review', 959-960.

57 Harel en Shinar, 'Between judicial and legislative supremacy: A cautious defense of constrained judicial review', 954-956.

58 M. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2000).

59 L.D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review* (New York: Oxford University Press, 2004).

60 Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, 135-136; Harel en Shinar, 'Between judicial and legislative supremacy: A cautious defense of constrained judicial review', 956-957.

61 De opkomst van de dialoogmetafoor is terug te voeren op een invloedrijk artikel van P.W. Hogg en A.A. Bushell, 'The Charter Dialogue between Courts and Legislature (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)', *Osgoode Hall Law Journal* 35 (1997).

doi: 10.5553/NJLP/221307132022051002005

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

In rechtswetenschappelijk onderzoek is het echter nog niet altijd zichtbaar of een auteur schrijft vanuit een normatief perspectief (over hoe een verhouding tussen wetgever en rechter behoort te zijn), of dat een auteur vanuit een praktisch en empirisch perspectief een bestaande werkelijkheid omschrijft, of dat een auteur deze perspectieven met elkaar vermengt.[62] Als voorbeeld kan het in de zojuist genoemde constitutionele dialoogmodellen soms onduidelijk zijn waar de descriptieve elementen van de dialoogmodellen ophouden en de normatieve standpunten ter legitimering van een dialoogmodel beginnen.[63] Het kan daarom betoogd worden dat staatsrechtwetenschappers duidelijker zouden moeten maken welk perspectief zij kiezen en welke veronderstellingen of assumpties een bepaalde normatieve of descriptieve claim steunt.

3. De trias politica als de regels, condities en context van het politieke spel

3.1 De trias in de politiek-wetenschappelijke literatuur

In de voorgaande paragraaf zijn de verschillende betekenissen uiteengezet die de trias politica krijgt in de constitutionele literatuur. In deze paragraaf verplaatsen wij ons van de normatieve en descriptieve invalshoeken naar een verklarende invalshoek, zoals die in het bijzonder is te vinden binnen de positieve politieke wetenschappen. Hiermee verschuift ook de betekenis van de trias. De inhoud en de interpretatie van de trias staan in deze literatuur niet meer ter discussie maar in plaats daarvan is de trias een vast gegeven. De trias biedt de regels, de condities en de constitutionele en institutionele context voor het politieke 'spel' waarin de actoren opereren. Daarmee worden de trias en een bepaalde uitwerking daarvan in een staatsbestel een van de verklarende factoren voor de uitkomst van gerechtelijke besluitvorming en het gedrag van staatsactoren.[64] Welke betekenissen krijgt de trias politica in deze literatuur en welke mogelijkheden bieden deze betekenissen voor toekomstig onderzoek?

3.2 Law & Politics: het verklaren van het gedrag van politieke actoren

In de zoektocht naar de betekenis van de trias politica in de positieve politieke wetenschappen (dat kan worden afgezet tegen normatieve politieke wetenschappen) is vooral het interdisciplinaire en multidisciplinaire onderzoek interessant dat wordt gedaan binnen de subdiscipline *Law & Politics*.[65] Bij het ontstaan van deze subdiscipline in de late negentiende eeuw lag in het onderzoek nog een sterke nadruk op constitutionele (en normatieve) aspecten van de staatsinrichting, verge-

62 T. Roux, 'Interdisciplinary synergies in comparative research on constitutional judicial decision-making', *Verfassung und Recht in Übersee* 52 (2019): 416.

63 A. Meuwese en M. Snel, ''Constitutional Dialogue': An Overview', *Utrecht Law Review* 9 (2013).

64 R. Hirschl, 'The Judicialization of Politics', in *The Oxford Handbooks of Political Science*, red. R.E. Goodin (Oxford: Oxford University Press, 2011), 267-268; Peabody en Nugent, 'Towards a Unifying Theory', 9.

65 *Law & Politics* wordt afgezet tegen andere subdisciplines binnen de positieve politieke wetenschappen zoals *Comparative Politics*, *Political Institutions* en *Public Choice Theory*, zie: R.E. Goodin, 'The State of the Discipline, the Discipline of the State', in *The Oxford Handbooks of Political Science*, red. R.E. Goodin (Oxford: Oxford University Press, 2011).

Netherlands Journal of Legal Philosophy 2022 (51) 2
doi: 10.5553/NJLP/221307132022051002005

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

lijkbaar met welke in de vorige paragraaf zijn beschreven.[66] Door de werken van Pritchett, Murphy, Schubert en anderen is de focus van *Law & Politics* steeds meer verschoven naar *Judicial Politics* en *Judicial Behaviour*.[67] De kern van onderzoek verschoof daarmee naar het uitvoeren van politieke analyses voor het verklaren van het gedrag van politieke actoren, waaronder rechters en rechterlijke instanties.[68] Binnen het onderzoeksveld leidde deze verschuiving van constitutionele aspecten van de staatsinrichting naar het verklaren van gedrag ook tot de toename van (kwantitatief-)empirisch onderzoek, in het bijzonder naar het (politieke) proces van het nemen en implementeren van juridische besluiten.[69]

Tegenwoordig heeft *Law & Politics* een veelomvattend onderzoeksgebied en is het divers in de inhoudelijke interessegebieden, onderzoeksvragen en methodologieën die binnen de subdiscipline worden toegepast.[70] In tegenstelling tot de benaderingen die zijn genoemd in paragraaf 2, komen in het *Law & Politics*-onderzoek niet of nauwelijks normatieve vragen aan de orde over de wenselijkheid van de constitutionele inrichtingen.[71] Wel wordt bijvoorbeeld vanuit de rationelekeuzetheorie kwantitatief onderzoek verricht en gestreefd naar het ontwikkelingen of bijstellen van voorspellende en testbare theorieën. Daarnaast incorporeert een historische en interpretivistische benadering in *Law & Politics* meer kwalitatief-empirische onderzoeksmethoden en interpretatieve onderzoeksmethoden, zoals discoursanalyse.[72] Vanwege deze veelzijdigheid binnen de subdiscipline zijn er verschillende manieren waarop de trias politica wordt onderzocht. Ik geef drie voorbeelden van hoe de trias politica wordt onderzocht in het onderzoek binnen *Law & Politics*.

Een eerste voorbeeld is het onderzoek dat zich bezighoudt met de totstandkoming van de rechtsstaat. De *separation of powers*-hypothese (die wordt afgezet tegen hypotheses die nadruk leggen op de rol van niet-statelijke actoren) biedt een verklaring voor het ontstaan van onafhankelijke rechtshoven. In deze onderzoeken staat

66 Voor een overzicht van de ontwikkelingen binnen dit onderzoeksgebied, zie: Whittington, Kelemen en Caldeira, 'Overview of Law and Politics', 249. De auteurs beschrijven dat het onderzoek binnen *Law & Politics* voor een lange tijd als synoniem werd gezien voor onderzoek naar het publiek recht binnen politieke wetenschappen.

67 C.H. Pritchett, *The Roosevelt Court: A Study in Judicial Politics and Values 1937-1947* (New York: Macmillan, 1948); W.F. Murphy, *Elements of Judicial Strategy* (Chicago: University of Chicago Press, 1964); G. Schubert, *The Judicial Mind: The Attitudes and Ideologies of Supreme Court Justices 1946-1963* (Evanston: Northwestern University Press, 1965). Voor meer informatie over de behaviourist turn, zie in het bijzonder L. Epstein, 'The U.S. Supreme Court', in *The Oxford Handbook of Law and Politics,* red. G.A. Caldeira, R.D. Kelemen en K.E. Whittington (Oxford: Oxford University Press, 2008), 497.

68 Whittington, Kelemen en Caldeira, 'Overview of Law and Politics', 249.

69 Zie bijvoorbeeld: J.A. Segal, 'Separation-of-Powers Games in the Positive Theory of Congress and Courts', *American Political Science Review* 91 (1997). Zie ook: Whittington, Kelemen en Caldeira, 'Overview of Law and Politics', 247-249.

70 Whittington, Kelemen en Caldeira, 'Overview of Law and Politics', 251.

71 Roux, 'Interdisciplinary synergies', 417.

72 H. Gillman, 'The Court as an Idea, Not a Building (or a Game): Interpretive Institutionalism and the Analysis of Supreme Court Decision-Making', in *Supreme Court Decision-Making: New Institutionalist Approaches*, red. C.W. Clayton en H. Gillman (Chicago: University of Chicago Press, 1999), 66; Roux, 'Interdisciplinary synergies', 417.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

niet de invulling van de trias politica in een bepaalde constitutionele praktijk centraal, zoals een stelsel van machtenscheiding of machtsevenwicht, maar biedt de invulling een verklaring voor het ontstaan van en de ontwikkelingen in de institutionele en politieke verhoudingen.[73] Volgens deze *separation of powers*-hypothese is de totstandkoming van de rechtsstaat en de opkomst van onafhankelijke hoven pas mogelijk wanneer geen enkele actor of een groep actoren voldoende macht heeft om anderen te domineren.[74]

Een tweede voorbeeld is te vinden in de analyses die vanuit een interpretivistische en historische benadering opereren.[75] Vanuit deze benadering wordt het gedrag van gerechtelijke actoren niet enkel bepaald door instituties, waarbij instituties in deze context verwijzen naar de staatsrechtelijke regels die de trias politica weerspiegelen, maar wordt dat gedrag ook gevormd door de interpretaties van doelen, normen en waarden van deze instituties.[76] Actoren hebben namelijk elk eigen cognitieve paradigma's, wereldbeelden, normen, 'frames' en andere ideeën, en kunnen door deze verschillende ideeën op verschillende manieren richting geven aan diens preferenties en interesses.[77] Het bestuderen van deze ideeën over feitelijke en staatsrechtelijke regels, zoals bijvoorbeeld de in het constitutioneel recht opgenomen bevoegdheidsverdelingen, biedt verklaringen voor het gedrag van diezelfde actoren.

Een derde voorbeeld en tevens het voorbeeld dat in het vervolg van deze paragraaf centraal staat, is de betekenis van de trias als de regels van het politieke spel waarin de actoren zich bevinden. De onderzoekers vertrekken veelal vanuit de rationelekeuzetheorie en speltheorie waarmee wordt beoogd de politieke effecten van constitutionele regels (zoals de trias politica) te bepalen op de uitkomsten van gerechtelijke besluitvorming. In deze onderzoeken is het uitgangspunt dat het constitutionele recht de arena, spelregels en condities aanbiedt waarbinnen de actoren onderhandelen en hun belangen maximaliseert.[78] Gepoogd wordt om het anticiperen en opereren van de wetgevende macht op rechterlijke uitspraken en rechtelijke toetsing te voorspellen en te modelleren. Datzelfde wordt gedaan voor de rechter-

73 R.B. Chavez, 'The Rule of Law and Courts in Democratizing Regimes', in *The Oxford Handbook of Law and Politics*, red. G.A. Caldeira, R.D. Kelemen en K.E. Whittington (Oxford: Oxford University Press, 2008), 68, 74-75.

74 Chavez, 'The Rule of Law and Courts in Democratizing Regimes',, 67-68.

75 Peabody en Nugent, 'Towards a Unifying Theory', 10; Roux, 'Interdisciplinary synergies', 417; Whittington, Kelemen en Caldeira, 'Overview of Law and Politics', 246; Gillman, 'The Court as an Idea', 66; R.M. Smith, 'Historical Institutionalism and the Study of Law', in *Oxford Handbook of Law and Politics*, red. G.A. Caldeira, R.D. Kelemen en K.E. Whittington, (Oxford: Oxford University Press, 2008).

76 Gillman, 'The Court as an Idea', 6.

77 J.L. Campbell, 'Ideas, politics, and public policy', *Annual Review of Sociology* 28 (2002); Gillman, 'The Court as an Idea', 86.

78 Peabody en Nugent, 'Towards a Unifying Theory', 7.

Netherlands Journal of Legal Philosophy 2022 (51) 2
doi: 10.5553/NJLP/221307132022051002005

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

lijke macht indien de wetgever zich niet aan diens uitspraken houdt.[79] De invulling van de trias politica in een constitutioneel stelsel geeft hiermee de feitelijke mogelijkheden en bevoegdheden voor beide machten om te anticiperen en te handelen. Hiermee is de trias en de invulling daarvan één van de verklarende factoren voor de uitkomsten van het politieke spel. Deze betekenis van de trias zal ik in het vervolg de trias als een set van spelregels van het politieke spel noemen.

3.3 De separation of powers-modellen

In het onderzoek naar het verklaren en voorspellen van het strategische gedrag van gerechtelijke actoren (*judicial behaviour*) zijn vanuit de rationelekeuzetheorie en speltheorie, geavanceerde en empirisch testbare verklaringsmodellen ontwikkeld.[80] Er zijn twee concurrerende *separation of powers*-modellen ter verklaring van het gedrag van gerechtelijke actoren. Een eerste is het *attitudinal model* (of: *sincere model*) waarin wordt verondersteld dat hoven en rechters ideologische (of politieke) waarden kunnen nastreven vanwege de institutionele positie die hoven hebben.[81] Een tweede model is het *strategic-model* (of: *sophisticated model*) waarin wordt verondersteld dat rechters en hoven in de totstandkoming van rechterlijke uitspraken rekening houden met preferenties van de wetgever. Dit om te voorkomen dat de wetgever de rechterlijke uitspraak buitenspel zet en waardoor de uitkomst van de rechterlijke uitspraak nog verder van de preferenties van datzelfde hof of diezelfde rechter(s) afstaat.[82]

Deze *separation of powers*-modellen vertrekken vanuit, vaak expliciete, assumpties.[83] Een eerste is dat rechters en rechterlijke instanties, net zoals andere politieke instituties, strategische actoren zijn die hun institutionele posities willen behouden of verbeteren ten opzichte van andere nationale besluitvormingsinstanties of simpelweg hun politieke invloed of internationale profiel willen vergroten.[84] Rechterlijke uitspraken vormen daarmee een weerspiegeling van de strategische keuzes die rechters nemen en zijn niet louter professionele en apolitieke uitspraken op basis van de juridische gegevens van een zaak, zoals vanuit een doctri-

79 Segal, 'Separation-of-Powers Games'; J.A. Segal, 'Judicial Behavior', in *The Oxford Handbooks of Political Science*, red. R.E. Goodin (Oxford: Oxford University Press, 2011); Peabody en Nugent, 'Towards a Unifying Theory', 10; Roux, 'Interdisciplinary synergies', 417; Whittington, Kelemen en Caldeira, 'Overview of Law and Politics', 246; Gillman, 'The Court as an Idea', 66.

80 C.L. Westerland, 'The Strategic Analysis of Judicial Behaviour and the Separation of Powers', in *The Oxford Handbook of U.S. Judicial Behaviour*, red. L. Epstein en S.A. Lindquist (Oxford: Oxford University Press, 2017), 266. Zie voor een overzicht van de ontwikkelingen op strategisch gerechtelijke besluitvorming ook P.T. Spiller en R. Gely, 'Strategic Judicial Decision-making', in *The Oxford Handbook of Law and Politics*, red. G.A Caldeira, R.D. Kelemen en K.E.Whittington (Oxford: Oxford University Press, 2008).

81 Segal, 'Separation-of-Powers Games', 28; Schubert, *The Judicial Mind*.

82 Segal, 'Judicial Behavior', 284-285; J.R. Rogers, 'Information and Judicial Review: A Signaling Game of Legislative-Judicial Interaction', *American Journal of Political Science* 45 (2001): 85-86.

83 Westerland, 'The Strategic Analysis of Judicial Behaviour', 254.

84 Hirschl, 'The Judicialization of Politics', 266. In 2013 hebben Epstein en Knight echter de conceptualisatie losgelaten van rechters als puur strategische actoren die hun beleidsvoorkeuren willen maximaliseren. Zie L. Epstein en J. Knight, 'Reconsidering Judicial Preferences', *Annual Review of Political Science* 16 (2013): 18 en Roux, 'Interdisciplinary synergies', 419.

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

nair-legalistisch perspectief vaak wordt aangenomen.[85] Andere assumpties in deze modellen zijn dat de actoren toegang hebben tot perfecte en complete informatie, ook over de voorkeuren die de tegenspelers hebben,[86] dat de wetgever ongelimiteerde middelen heeft voor het maken van wetgeving,[87] dat actoren opereren op een eendimensionaal beleidsterrein[88] en dat de wetgever het 'laatste woord' krijgt.[89]

3.4 Mogelijkheden voor toekomstig Law & Politics onderzoek

In de positieve politieke wetenschappen, en specifiek binnen de subdiscipline *Law & Politics*, wordt veelzijdig en met verschillende onderzoeksmethoden onderzoek gedaan naar de trias politica als een van de verklarende factoren voor de uitkomsten van gerechtelijk besluitvorming. De kern hiervan is dat de trias politica, als een vaststaand gegeven, de arena, condities en spelregels levert aan de gerechtelijke actoren waarin en waarmee zij onderhandelen en hun belangen proberen te maximaliseren.[90]

In de politiek-wetenschappelijke literatuur zijn voorstellen gedaan om het onderzoek naar de *separation of powers*-modellen naar een hoger niveau te tillen, waaronder het vergroten van de toepasbaarheid van de modellen in andere contexten. Tot nu toe zijn de *separation of powers*-modellen voornamelijk gebaseerd op en getest voor de Amerikaanse constitutionele context, in het bijzonder als het gaat om de verhouding tussen en het gedrag van het Congres en de *Supreme Court*.[91] De toepasbaarheid van en de mate waarin deze modellen gerechtelijk gedrag kunnen verklaren buiten de Amerikaanse constitutionele context is daarmee beperkt. Een van deze voorstellen is daarom om de modellen aan te passen voor, en te testen in, constitutionele stelsels met institutionele kenmerken die drastisch verschillen van de Amerikaanse context. Door het uitvoeren van cross-nationaal onderzoek naar de *separation of powers*-modellen kan, aldus Westerland, ons begrip voor het gedrag van gerechtelijke instituties worden verbeterd.[92] Dezelfde roep klinkt van Segal, die pleit voor het toepassen van deze modellen in stelsels waar rechters geen constitutionele (toetsings)bevoegdheden hebben of in plekken waar rechters geen levenslange ambtstermijn hebben.[93]

85 Hirschl, 'The Judicialization of Politics', 266; L. Epstein en J. Knight, *The Choices Justices Make* (Washington, DC: Congressional Quarterly Press, 1998); Segal, 'Separation-of-Powers Games', 29.
86 Zie: Westerland, 'The Strategic Analysis of Judicial Behaviour', 257-258; Segal, 'Separation-of-Powers Games', 31; J. Knight en L. Epstein, 'On the Struggle for Judicial Supremacy', *Law and Society Review* 30 (1996). Een uitzondering hierop is Rogers die het gedrag van en de interactie tussen de wetgever en rechter modelleert bij onzekerheid en het ontbreken van informatie, zie: Rogers, 'Information and Judicial Review'.
87 Segal, 'Separation-of-Powers Games', 31.
88 Segal, 'Separation-of-Powers Games', 31; Westerland, 'The Strategic Analysis of Judicial Behaviour', 257-258.
89 Segal, 'Separation-of-Powers Games', 32. De wetgever verwijst hier naar het federale wetgevende orgaan in de Verenigde Staten, het Congres.
90 Peabody en Nugent, 'Towards a Unifying Theory', 7.
91 Roux, 'Interdisciplinary synergies', 417.
92 Westerland, 'The Strategic Analysis of Judicial Behaviour', 266.
93 Segal, 'Separation-of-Powers Games', 42.

Netherlands Journal of Legal Philosophy 2022 (51) 2
doi: 10.5553/NJLP/221307132022051002005

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

Een vergelijkend onderzoek vergroot niet alleen de toepasbaarheid van de *separation of powers*-modellen in andere contexten, maar kan ook de kritiek tegengaan dat in dergelijk onderzoek niet voldoende expliciet is gemaakt op welke normatieve aannames het onderzoek berust.[94] Deze normatieve assumpties, zoals bijvoorbeeld over hoe de actoren zouden moeten handelen of welke resultaten gewenst zijn als wij kijken naar de inrichting van een staatsbestel, hebben echter invloed op het opstellen van deze modellen en de onderzoeksresultaten. Een vergelijkende aanpak kan de onderzoeker erop wijzen dat er in de verschillende stelsels ook verschillende assumpties, zowel empirisch als normatief, onderliggend aan het stelsel kunnen zijn; elk met eigen consequenties voor de onderzoeksopzet.

4. Een pleidooi voor interdisciplinair onderzoek

4.1 Wat zijn de volgende stappen?

De trias politica wordt, ondanks dat deze al eeuwen bestaat, nog steeds veelvuldig genoemd als een van de kernelementen voor het inrichten van een democratische rechtsstaat. Misschien verklaart dat waarom de trias altijd een onderwerp is geweest waarover vele historici, filosofen, politicologen, rechtswetenschappers, bestuurskundigen en wetenschappers vanuit andere disciplines zich tot op de dag van vandaag met grote diepgang hebben gebogen. Toch zie ik nieuwe mogelijkheden om het bestuderen van de trias politica te bevorderen. Deze ambities liggen vooral op het terrein van het multidisciplinaire en interdisciplinaire onderzoek. In deze paragraaf zal ik eerst de drie triasbenaderingen samenvatten die in de voorgaande paragrafen zijn uiteengezet. Deze uiteenzetting valt vervolgens samen met mijn pleidooi voor meer interdisciplinair onderzoek in het (vergelijkend) constitutioneel recht, en meer specifiek, naar de trias politica. Tot slot eindig ik mijn stuk met een voorstel voor het interdisciplinair bestuderen van de trias door de inzichten uit de rechtswetenschappelijke literatuur en de politiek-wetenschappelijke literatuur te combineren.

4.2 Drie benaderingen voor het onderzoek naar de trias

In het voorliggende stuk heb ik drie verschillende benaderingen van de trias politica gegeven, die in de rechtswetenschappelijke en politiek-wetenschappelijke literatuur naar voren komen: de trias als doctrine, de trias als praktijk en de trias als de set van regels van het politieke spel.

De trias als doctrine is in paragraaf 2 gedefinieerd als een beginsel op basis van de triasgedachte voor het evalueren van de juridische en constitutionele inrichtingen van een moderne staat. Het gaat bijvoorbeeld om de vraag of de triasgedachte van Montesquieu moet worden begrepen als een zuivere machtenscheiding of als machtsevenwicht en om de vraag welke consequenties de interacties tussen staatsmachten hebben voor de staatsinrichting, bijvoorbeeld voor de inrichting van de verhouding tussen wetgevende en rechterlijke macht. De trias als positiefrechtelijke praktijk, eveneens beschreven in paragraaf 2, verwijst naar de studie van prak-

94 Peabody en Nugent, 'Towards a Unifying Theory', 11.

doi: 10.5553/NJLP/221307132022051002005

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

tische en moderne invullingen van de triasgedachte in moderne staten. Als voorbeeld kan worden gedacht aan een onderzoek in vergelijkende zin naar de vraag of staten een rechterlijke toetsing van wetgeving toestaan. In paragraaf 3 is de trias als set van spelregels naar voren gebracht, waarbij de invulling van de triasgedachte in de praktijk de context of de regels van het spel verschaft dat wordt gespeeld door rationele (constitutionele) actoren. Een vraag hierin is bijvoorbeeld welke (uitspraak)bevoegdheden en mogelijkheden de actoren krijgen vanuit de constitutie om te reageren of te anticiperen op het gedrag van andere spelers.

Deze drie benaderingen – de trias als doctrine, de trias als positiefrechtelijke praktijk en de trias als set van spelregels – verwijzen elk naar een ander component in het onderzoek naar de trias politica. De triasdoctrine stelt de normatieve component van de trias centraal, de triaspraktijk richt zich op de descriptieve component van de trias en de trias als set van spelregels zoekt naar verklaringen.[95] Elk stellen zij andersoortige vragen, hebben zij verschillende onderzoeksmethoden en hebben elk een andere focus van onderzoek. Tabel 1 geeft een overzicht van de drie benaderingen.

Tabel 1 De drie benaderingen in het onderzoek naar de trias politica

	De trias als doctrine	**De trias als praktijk**	**De trias als een set regels van het politieke spel**
Component	Normatief	Descriptief	Verklarend
Discipline	Constitutionele rechtswetenschap	Constitutionele rechtswetenschap	Politieke wetenschappen
Doel	Evaluatie en legitimatie	Historie en beschrijving	Effecten en verbanden
Type vragen	*Ought*-vragen: hoe behoort het te zijn?	*Is*-vragen: hoe is (of hoe was) het?	*Is*-vragen: hoe werkt het?

De normatieve component gaat in op *ought*-vragen en richt zich daarmee op een theoretische zoektocht naar de 'juiste' of correcte verhoudingen tussen staatsmachten. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om de vraag welke inrichting van de trias politica als ideaaltype kan worden begrepen en de vraag welke verdeling van machten in een staatsbestel gepast is. Daarnaast gaat het om de vraag welke normatieve consequenties verbonden zijn aan het gedrag van machten vanuit een interpretatie van de triasgedachte, bijvoorbeeld de redenering dat de rechter vanuit deze triasgedachte niet op de stoel van de wetgever mag gaan zitten of geen (ingrijpende) bevoegdheden mag hebben om democratische gelegitimeerde wetgeving te toetsen. De descriptieve component richt zich op *is*-vragen. Deze vragen gaan over het

95 Deze drie doelen worden ook onderscheiden door Möllers. De *separation of powers*-modellen kunnen dienen als meetlat voor het normatief evalueren van overheidsinstanties. Daarnaast hebben deze modellen ook een beschrijvende en functionele waarde door een functioneel onderscheid te maken tussen verschillende typen overheidsacties. De codificatie van institutionele praktijken zijn zelfbeschrijvingen die ons weer iets vertellen over de sociale realiteit. Zie: Möllers, 'Separation of Powers – a Short Manual for the Perplexed', 325-329.

doi: 10.5553/NJLP/221307132022051002005

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

beschrijvende en historische karakter van de trias politica, zoals de vraag welke functies van overheidsmacht conceptueel van elkaar te onderscheiden zijn, de vraag hoe Montesquieus leer van trias politica kan worden begrepen in zijn historische context, de vraag hoe de triasgedachte in verschillende constituties en grondwetten is neergelegd en hoe deze uiting krijgt in de praktijk. Tot slot verwijst de verklarende component niet alleen naar *is*-vragen, maar gaat het ook om *hoe* datgene zo is zoals het is. Een vraag die bijvoorbeeld daarbij komt kijken is de vraag welke effecten een specifieke staatsrechtelijke en praktische invulling van de triasgedachte heeft in een bepaalde constitutionele context, bijvoorbeeld op het gedrag van actoren, op de opkomst van onafhankelijke hoven, of de uitkomsten van gerechtelijke besluitvorming.

Dit betekent niet dat de drie onderscheiden benaderingen zich een-op-een laten verenigen met de genoemde componenten. Het onderzoek naar de betekenis van de trias als doctrine hangt, zoals genoemd in paragraaf 2, nauw samen met de betekenis van de trias als praktijk. Ook wanneer de betekenis van de trias als een set spelregels wordt onderzocht, liggen normatieve assumpties ten grondslag aan dit onderzoek, al dan niet geëxpliciteerd.[96] Zoals in paragraaf 3 aangegeven, ontbreekt juist de literatuur op dit punt. In plaats daarvan weerspiegelen de benaderingen (trias als doctrine, trias als praktijk en trias als een set van spelregels) elk een ander component in het onderzoek naar de trias, respectievelijk normatief, descriptief en verklarend. In paragraaf 4.4 doe ik een concreet voorstel voor het combineren van deze drie componenten van onderzoek naar de trias, maar eerst is het van belang om uiteen te zetten waarom deze drie componenten gecombineerd zouden moeten worden – het antwoord ligt in mijn mening in de rationale voor het uitvoeren van (meer) interdisciplinair onderzoek.

4.3 Waarom interdisciplinair onderzoek?

De roep voor meer interdisciplinair onderzoek op (vergelijkend) constitutioneel recht werd tot nu toe met name ingegeven door de wens om theoretische en empirische benaderingen voor het doen van onderzoek te combineren,[97] bijvoorbeeld voor het overbruggen van de klassieke *law-in-books* en de *law-in-action* kloof.[98]

Dat een noodzaak bestaat voor het verbeteren van de 'dialoog' tussen conceptuele en empirische benaderingen in onderzoek naar vergelijkend constitutioneel recht, wordt ook beargumenteert door Dixon. In interdisciplinair onderzoek kunnen en zouden de disciplines van het recht en de sociale wetenschappen worden verenigd.[99] Een vergelijkbare roep voor interdisciplinair onderzoek luidt in de literatuur voor het combineren van normatieve theorie en empirisch onderzoek. Zo stelt

96 Peabody en Nugent, 'Towards a Unifying Theory', 11.

97 Zie in het bijzonder Roux, 'Interdisciplinary synergies', 413-414. S. Taekema, 'Sleutelen aan de rechtsstaatgedachte: het nut van samenwerking tussen rechtsfilosofie, rechtssociologie en rechtswetenschap', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* (2013).

98 De discrepantie tussen *law-in-action* en *law-in-books* wordt vaak toegeschreven aan R. Pound, 'Law in Books and Law in Action', *American Law Review* 44 (1910).

99 R. Dixon, 'Proportionality and Comparative Constitutional Law versus Studies', *Law & Ethics of Human Rights* 12 (2018): 203.

doi: 10.5553/NJLP/221307132022051002005

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

Bauböck dat normatieve theorie en empirisch onderzoek aparte takken zijn geworden van de sociale wetenschappen, terwijl er verschillende mogelijkheden zijn om van elkaar te leren bijvoorbeeld door je als onderzoeker te realiseren dat je je empirisch onderzoek altijd begint met een normatieve vraag of een normatieve aanname.[100]

In het onderzoek naar de (constitutionele) verhoudingen tussen staatsmachten kan een interdisciplinaire invalshoek het onderzoek naar een hoger niveau tillen. Rechtswetenschappers kunnen het normatief onderzoek naar de trias politica stoelen op realistische assumpties over de institutionele en politieke beperkingen – zoals de (politieke) ideologie van rechters en de politieke context – waaronder rechters en andere constitutionele actoren werken.[101] Politicologen kunnen, in hun onderzoek naar het verklaren van gerechtelijke uitkomsten, genuanceerde besluitvormingsprocessen meenemen die rekening houden met het geldende recht en geldende doctrines.[102] Rechtswetenschappers en politicologen kunnen zo met een rijker en meer dynamisch begrip van elkaars perspectief het onderzoek naar de aard van het rechterlijke besluitvormingsprocessen verrichten.[103]

5. Conclusie

Zelfs binnen dezelfde academische discipline bestaat het risico dat onderzoekers aan *separate tables* komen te zitten. Dit risico wordt mogelijk nog groter wanneer meer disciplines aanschuiven. Een soortgelijk argument kan worden gemaakt voor het onderzoek naar de trias politica. De drie benaderingen voor het bestuderen van de trias politica die zijn onderscheiden – de trias als doctrine, de trias als positiefrechtelijke praktijk en de trias als een set van spelregels – kennen, zoals hiervoor geschetst, elk eigen onderzoeksvragen en hebben elk een andere voorkeur voor onderzoeksmethoden. Inherent aan het onderzoek naar de trias is daarom dat verschillende academische disciplines vanuit een verschillende epistemologie onderzoek verrichten waarbij verschillende onderzoeksmethoden worden gehanteerd.[104] Het is dan nog maar de vraag of deze epistemologieën en methoden met elkaar te verenigen zijn in interdisciplinair onderzoek. Immers, als doctrinair rechtswetenschappelijk onderzoek naar de trias politica zich veelal richt op de hermeneutiek terwijl het sociaalwetenschappelijk onderzoek een verklarende en the-

100 R. Bauböck, 'Normative political theory and empirical research', in *Approaches and Methodologies in the Social Sciences: A Pluralist Perspective*, red. D. Della Porta en M. Keating (Cambridge: Cambridge University Press, 2008), 40.

101 Roux, 'Interdisciplinary synergies', 416.

102 Roux, 'Interdisciplinary synergies', 418.

103 F. Maltzman, J.F. Spriggs II en P.J. Wahlbeck, 'Strategy and Judicial Choice: New Instituionalist Approaches to Supreme Court Decision-Making', in *Supreme Court decision-making. New institutionalist approaches*, red. C.W. Clayton en H. Gillman (Chicago: University of Chicago Press, 1999), 61.

104 Een vaak genoemde mogelijkheid voor interdisciplinariteit is het toepassen van kwantitatieve onderzoeksmethoden in het (vergelijkend) juridisch-doctrinair onderzoek. Zie: Bauböck, 'Normative political theory and empirical research', 74-77; Dixon, 'Proportionality and Comparative Constitutional Law versus Studies', 203.

Netherlands Journal of Legal Philosophy 2022 (51) 2
doi: 10.5553/NJLP/221307132022051002005

This article from Netherlands Journal of Legal Philosophy is published by Boom juridisch and made available to anonieme bezoeker

oriebouwende ambitie heeft, dan kan het interdisciplinair verenigen een lastige taak worden.[105]

Interdisciplinair onderzoek naar de trias politica heeft dus naar mijn mening een meerwaarde, maar het blijft de vraag hoe deze ambitie het beste kan worden gerealiseerd. De oplossing die ik hier voorstel is dat de normatieve, descriptieve en verklarende componenten duidelijk en expliciet van elkaar moeten worden onderscheiden, bijvoorbeeld door deze componenten naast of achter elkaar te analyseren. In mijn proefschriftonderzoek, dat zich richt op de terugkoppeling van rechter naar wetgever in het Nederlands constitutioneel bestel, doe ik hiertoe een eerste aanzet. Hierin poog ik rechterlijke terugkoppeling te begrijpen, de mechanismes te ontrafelen, en de praktijk normatief te duiden. Door deze drie componenten te combineren kan naar mijn mening een zo volledig mogelijk beeld ontstaan van het onderzoeksobject waar de verschillende onderzoekers zich mee bezig houden.

Het is echter waardevol om drie componenten methodologisch precies en zorgvuldig te gebruiken, waarbij de onderzoeken van elkaar kunnen leren. Bovendien kan door normatieve vragen en aannames expliciet te formuleren en te onderscheiden van descriptieve en verklarende vragen gestreefd worden naar het wegnemen van de kritiek dat in constitutionele literatuur descriptief-empirische conclusies vaak zijn verweven met normatieve uitspraken. Ook dan is de *separate tables* metafoor van kracht. De onderzoekers zitten misschien nog wel aan verschillende tafels, maar in ieder geval kunnen zij, met inachtneming van de verschillende componenten, wel de gesprekken begrijpen die bij de verschillende tafels worden gevoerd en zich zo nodig in het gesprek mengen.

105 Roux, 'Interdisciplinary synergies', 432.