

# 5b Priv. Interpretatie

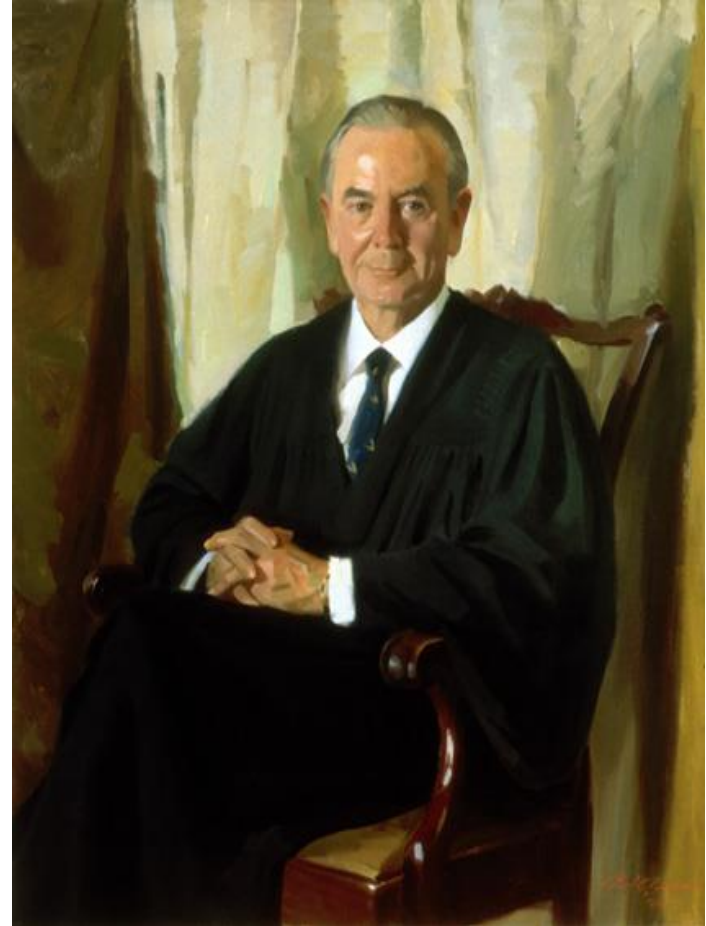
W.J. Brennan, G.J. Wiarda en  
Antonin Scalia

# Drie auteurs over rechtsvinding

- W.J. Brennan: *Why have a bill of rights?* (1989)
- Antonin Scalia: *Modernity and the Constitution* (1995)
- G.J. Wiarda: *Drie Typen van Rechtsvinding*

# “Liberal interpretation”

- William Brennan (1906-1997)
- In Supreme Court van 1956 tot 1990
- In 1989 Lecture: “Why have a bill of rights?” in Oxford
- The H.L.A. Hart Lecture in Oxford
- Tijd waarin Britten denken over Bill of rights



# William Brennan

Benoemd door president Eisenhower in het Supreme Court

- <http://www.youtube.com/watch?v=1awF94wCf9U>

Eisenhower: "I made two mistakes, and both of them are sitting on the Supreme Court." (viz. Earl Warren en Brennan)

# Why have a bill of rights?

- Je kunt dus ook géén bill of rights hebben
- Het kan zijn dat de common law “rights and liberties” beschermt
- Het kan zijn dat je geen toetsingsrecht hebt voor rechters: dus wetten zijn “onschendbaar”
- Maar de Amerikanen hebben dat wel sinds 1803 en Europeanen sinds 1953

# Bill of Rights in de VS

- De Bill of Rights is toegevoegd aan de Constitutie van 1787
- Het zijn “amenderingen” op de tekst van de Constitutie
- Individuele rechten die de burger kan inroepen tegen: (a) zijn eigen deelstaat, (b) de federale staat
- Constitutionele Hof is: Supreme Court

# Brennan's precisering

Hij verdedigt een bill of rights in the zin van “guarantees”, “couched in general terms” en “their specification left to adjudicative bodies reviewing official conduct or legislation” (p. 426).

# Waarom van belang?

Reden: “Broad formulations of personal rights are a virtue, because they permit judges to adapt canons of right to situations not envisaged by those who framed them, thereby facilitating their evolution and preserving their vitality” (p. 426).

Hierin twee argumenten.



# 1 Het argument van “agnosticisme”

De wetgever kan niet alles voorzien, kan niet alles weten.

Door algemene formuleringen te hanteren geeft hij een “discretionaire ruimte” aan rechters.

Deze kunnen de “canons of right” toepassen op het specifieke geval.

## 2 Het argument van “evolutie”

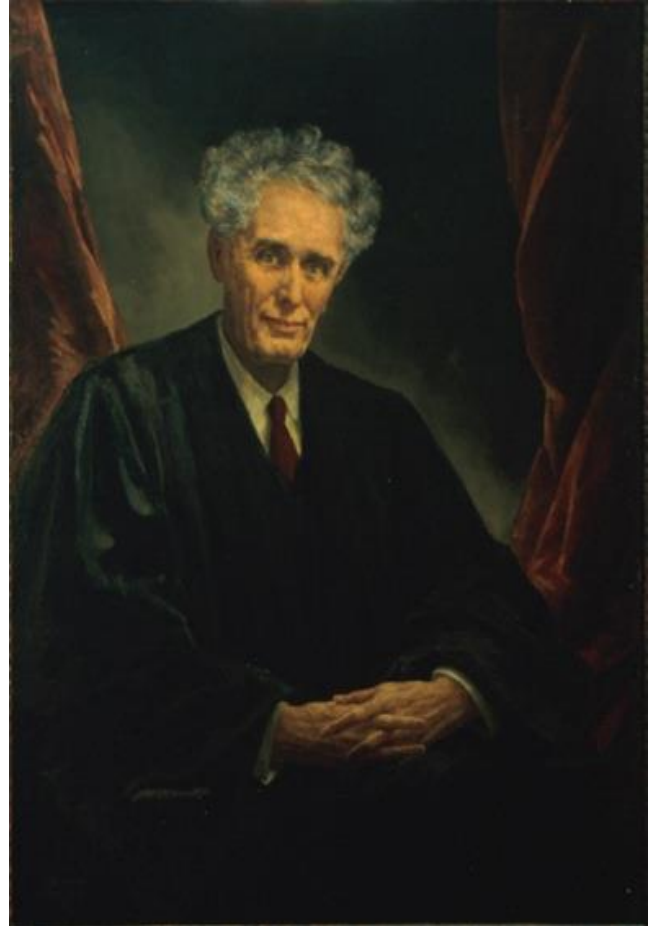
Die rechters die de “canons of right” toepassen maken daarmee ook de evolutie van die bepalingen mogelijk.

Voorondersteld: recht is niet “af”. Het moet verder worden ontwikkeld.

Het idee van de “living constitution”. Wiarda’s “autonomie”

# Living Constitution

- Louis Brandeis  
(1856-1941)
- Constitution is no  
“straitjacket” maar  
“living constitution”
- Idee van de  
“levende tekst”



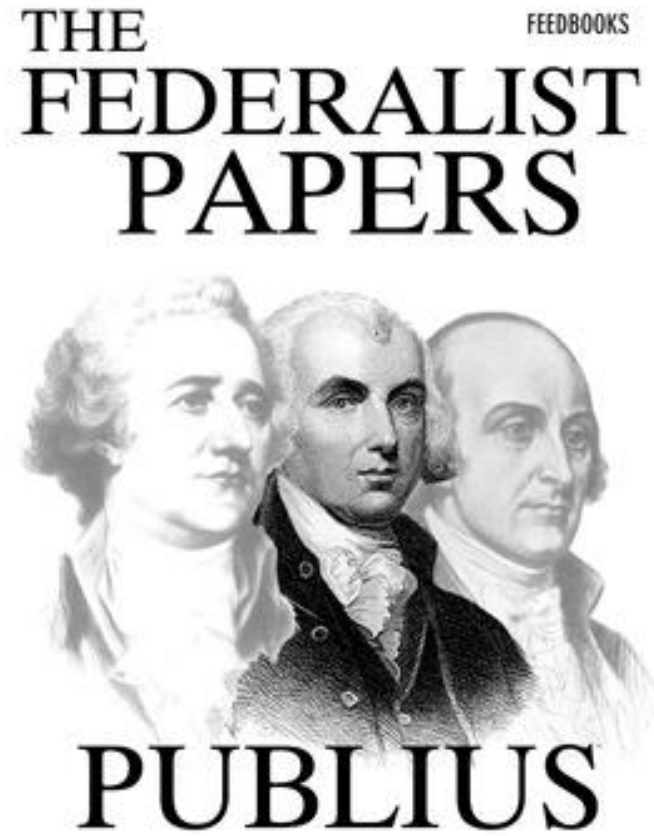
# Retoriek van de “levende tekst”

1. “No straitjacket”. Contra: is niet het doel te beperken?
2. “Living text”. Contra: alles wat leeft gaat eens dood. Beter: constitutie als niet levend voorstellen.

# Waarom een rechter die bevoegdheid geven?

Klassieke argumentatie:  
*The Federalist Papers*  
(1787)

Een commentaar op de constitutie en een pleidooi voor het aannemen daarvan

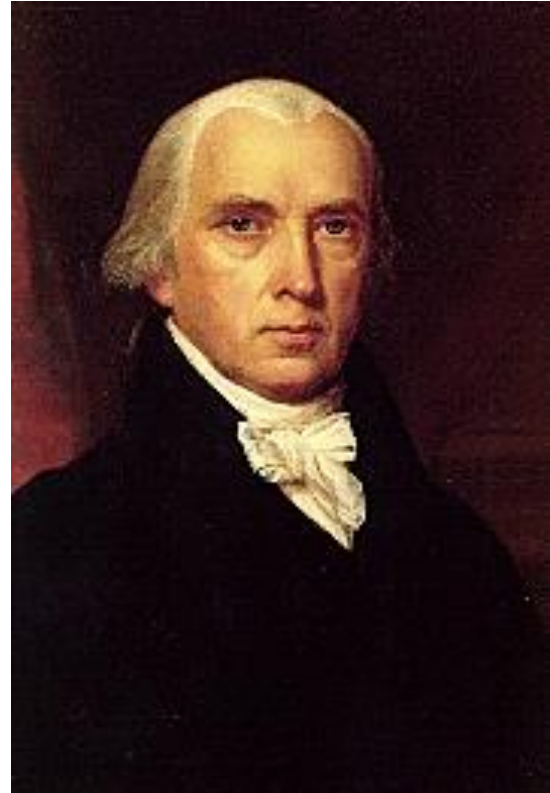


# Hamilton, Madison and Jay



# James Madison, Federalist 51

“If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary”.



# Vervolg

“In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself”.



# Vervolg

- Hoe die macht beperken?
- “A dependence on the people is, no doubt, the primary control on the government; but experience has taught mankind the necessity of auxiliary precautions”.
- Wat is dat eerste?
- Wat is dat tweede?

# Hamilton, Federalist 78: over toetsingsrecht

## Judiciary Least Dangerous Branch

- Executive holds the sword.
- Legislature commands the purse.
- Judiciary has merely judgment.



# Hamilton Federalist 78

Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments.

# Rechterlijke rechtsvorming 1

- *Roe v. Wade* (1973), in which a right to abortion was deduced from the right to privacy. Wat met SC-justice Barratt weer ter discussie zal staan?
- “establishing a woman’s fundamental right to choose whether to bear a child”.
- *Brown v. Board of Education* (1954): ending school segregation. Not separate but equal.

# Rechterlijke rechtsvorming 2

- *Mapp v. Ohio* (1961), that made it impossible to use evidence that was unlegally acquired.
- *Miranda v. Arizona* (1966), in which, so Brennan says: “we held that the police must inform a person subjected to custodial interrogation of his right to remain silent”.

# Waar toetsing had moeten plaatsvinden: Sedition Act 1798

Made it a crime to “write, print utter or publish (...) any false, scandalous and malicious writing (...) against the government of the United States” (either house of Congress or the President) with intent to “defame” them or bring them “into contempt or disrepute” (p. 428).

# Tweede voorbeeld: Dred Scott (1857)

- Slavernij niet afgeschaft via een uitspraak van het Supreme Court
- “Most of the progress we have made in America was accomplished within the last four decades” (p. 430).

# Rechterlijk activisme

Laatste vier decennia: “courts added their muscle to help stamp out racial and gender-based discrimination, enlarge freedom of speech and sanctions, open a salutary distance between church and state, and ensure that persons suspected of or charged with crimes are afforded a fair chance to defend themselves against the formidable machinery of prosecution” (p. 430).



# Vraag aan Brennan

Als het Hof:

1. Sedition Act en
2. Slavernij niet onverbindend verklaarde

Maar wel:

1. Abortus realiseerde
2. School segregatie ophief

Is het dan niet gewoon een kwestie van “cultuur” die verandert (niets met Hof te maken)

# Brennan's pleidooi voor review

- “Without a textual anchor for their decisions, judges would have to rely on some theory of natural right, or some allegedly shared standard of the ends and limits of government, to strike down invasive legislation” (p. 432).
- “A judge armed only with pure reason could not stand against a scared or frenzied mob” (p. 432).

# Brennan's antwoord op kritici

Countermajoritarian dilemma (p. 433)

“Is it not illegitimate to set up judges as final arbiters of matters of individual right in a democratic society”?

“These are important, recurrent worries”.

# James Bradley Thayer (1831-1902)

- “Vigorous, responsive legislature” → “modest role for judges reviewing legislation”.
- Only review when legislators had made a *very clear* error.
- Montesquivians



# Brennan's antwoord

Thayer's visie is:

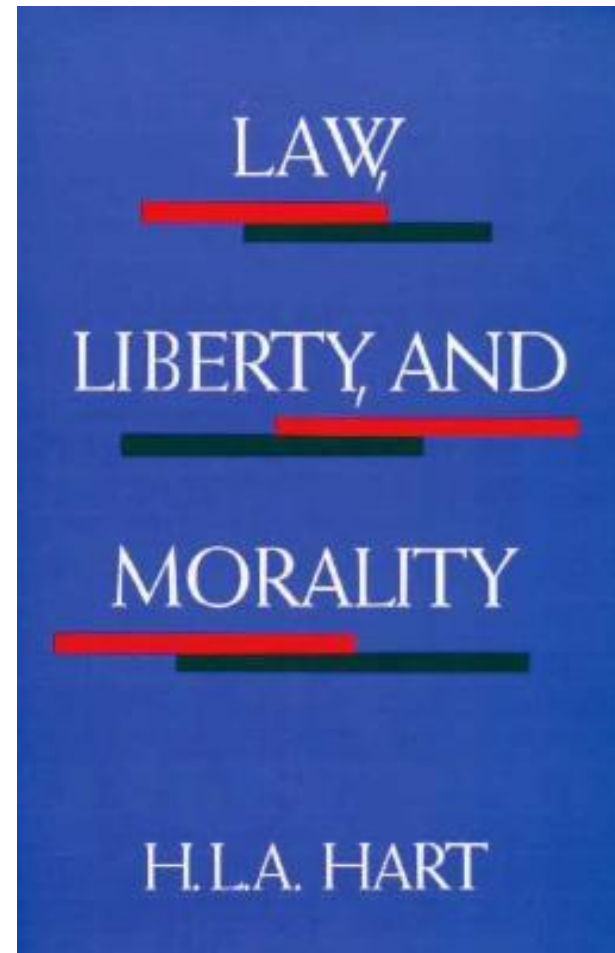
- (1) Contrary to the intentions of the framers of the American Constitution
- (2) Much too cramped to be desirable in a society such as ours

# Belangrijkste argument

- “Its salient purpose is to remove certain rights from the daily joust of politics, to protect minorities – and we may all be in the minority at times – from the passions or fears of political majorities” (p. 434).
- Dus: wantrouwen jegens meerderheid
- Brennan verwijst dan naar Hart’s afwijzing van “moral populism” (p. 434).

# Hart's "moral populism" is ...

- The view that the majority have a moral right to dictate how all should live
- This, according to Hart, is a "misunderstanding of democracy which still menaces individual liberty" (p. 434).



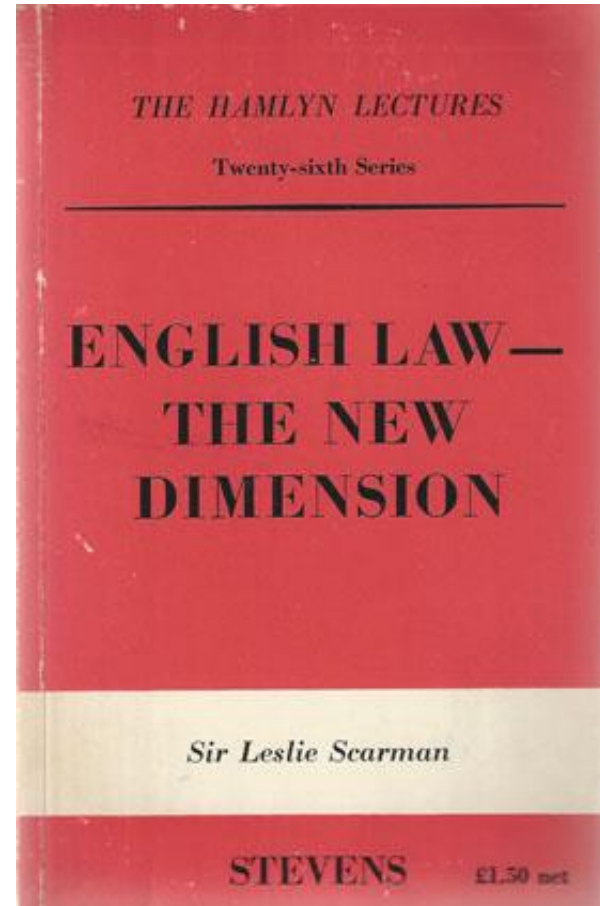
# Wel wordt benoeming van rechters dan belangrijk

- Maar: niet overdrijven
- “In a nation with a long and settled legal tradition, there is widespread agreement about the qualities of intellect and temperament that judges ought to possess” (p. 435).
- Bovendien: je kunt niet voorspellen hoe rechters zich zullen ontwikkelen. Hijzelf!



# Terug bij Bill of Rights for Britain

- Brennan sluit zich aan bij Lord Scarman en Anthony Lester met pleidooi voor een “bill of rights for Britain” (p. 437).
- English Law – *The New Dimension* (1974)
- Net als Wiarda



# Samenvattend

Brennan is voor:

1. Een grondwet
2. Met bill of rights
3. Bewaakt en toegepast door het Supreme Court
4. Dat voortvarend mag optreden bij interpretatie (“activistisch”)

# Het Algemeen Constitutioneel Patroon

Dat model is een soort Algemeen  
Constitutioneel Patroon geworden: The Rule  
of Law

The *Rule of Law* in tegenstelling tot the *Rule  
of Men* is een ideaal dat min of meer wordt  
toegepast wereldwijd.

Wel verschillen over de toepassing

# Antonin Scalia

Antonin Scalia geeft een andere interpretatie aan dat project

Brennan: activistisch, evolutionair

Scalia: constitutie moet juist dingen tegenhouden, verbieden, “modernity” dwarsbomen

# Voorbeeld van niet-flexibele bepaling

Minimum leeftijd om als president van de  
VS te kunnen worden gekozen: 35 jaar

Mogen rechters dat interpretatief  
“veranderen” als mensen sneller volwassen  
worden?

Is “35 jaar” iets anders in 1850 dan 1950 ?

# Wat bewijst het voorbeeld ?

Dat er onderdelen van de constitutie zijn die je als “gefixeerd” moet beschouwen

Alleen de (grond)wetgever mag die veranderen

Is dat anders met “equal protection”? “Due process”?

# “Attitude has changed”

Vroeger: nee.

Tegenwoordig: “Academics and judges have persuaded one another that the Constitution ‘evolves’ according to the views of the Supreme Court” (p. 314).

# Scalia's bezwaar: een nieuwe "rule of men", rechters

"The notion that the fiercely independent 18<sup>th</sup> century democrats and libertarians who established our system expected its ultimate rules to be laid down by a set of Platonic guardians in judge's robes – not in fidelity to text and to the tradition underlying that text, but in fidelity only to their own governmental philosophy – is utterly unplausible" (p. 314).



# Belangrijke zin (voorgaande)

- De framers worden op een voetstuk geplaatst
- Wat zij hebben bedoeld is de norm (originalism)
- Rechters moeten niet “filosofen” (Platonisten) willen zijn
- Het gaat om “fidelity” tot de tekst (textualism)
- Het gaat om “traditions underlying that text”

# Over rechters

“Their basic qualifications are not those of political philosophers, but of lawyers” (p. 314).

“A court is nothing but a committee of lawyers” (p. 314, Lino Graglia).

Taak rechter: “to determine which of two irreconcilable texts must prevail” (Marshall)

# Argument over de “lagere” rechters

Judicial review gebeurt niet alleen door de negen rechters in het Supreme Court, maar ook door de lagere rechters

Geef die niet het verkeerde voorbeeld met de “evolving” constitution (p. 314)

“Obstructing modernity” als norm

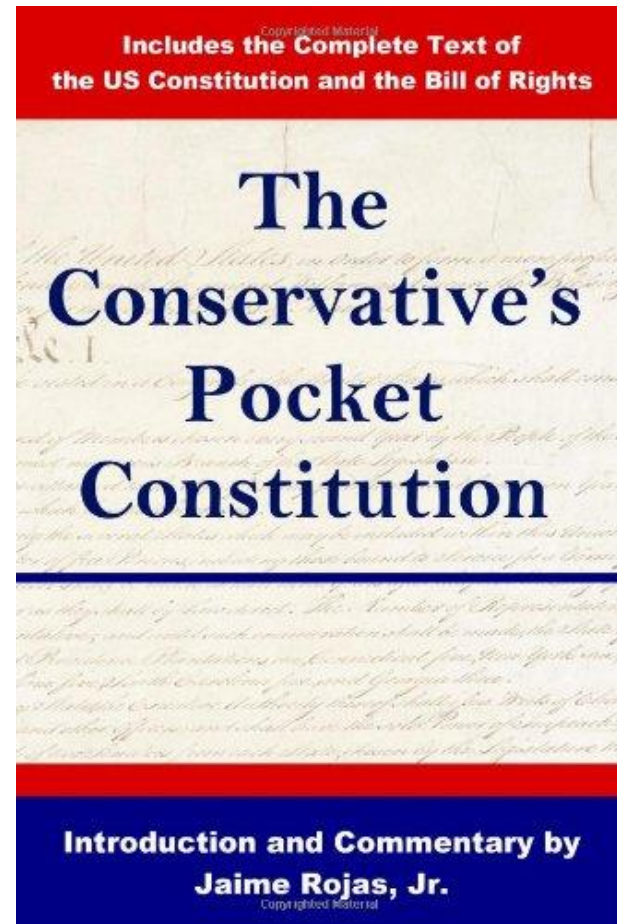
“For my part, I do not worry about my old Constitution ‘obstructing modernity’, since I take that to be its whole purpose” (p. 315).

“The very objective of basic law, it seems to me, is to place certain matters beyond the risk of change, except through the extraordinary majorities that constitutional amendment requires” (p. 315).

# Is dit conservatief ?

Scalia: Ja, maar so what?

“The whole purpose of a constitution is to impede change” (p. 315).



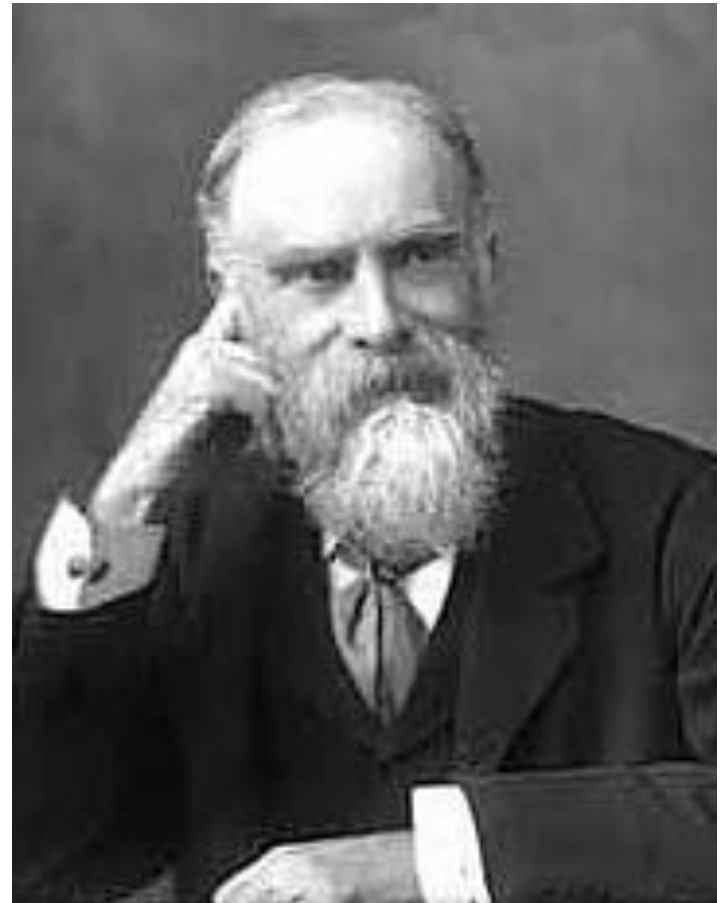
# Is een grondwet “conservatief”?

- Houdt het vooruitgang tegen?
- Is dat de bedoeling? (Burke)
- Huidige grondwet: “entrenchment” (“verschansing”)



# James Bryce (1838-1922)

- Rigid and Flexible constitutions
- Rigid: moeilijker wijzigbaar
- Flexible: gewoon wijzigbaar, als als gewone wet



# Constitutie als bron van stabiliteit

- “(...) now the people have come to understand that the Constitution is, from year to year, whatever the Justices say it is” (p. 315).
- Waarom het niet overlaten aan de deelstaten ? (p. 315)



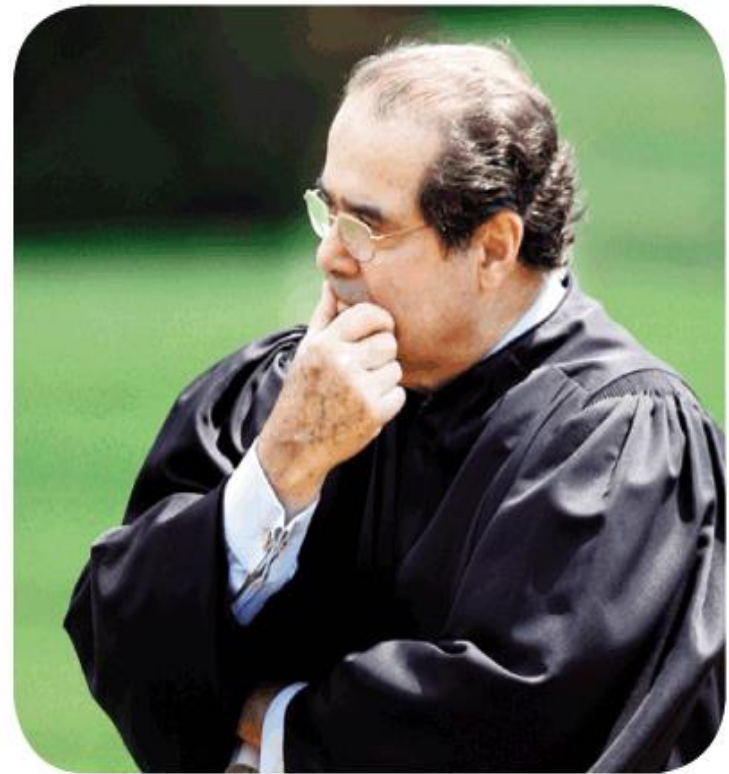
# Het uiteindelijk resultaat van activisme

“I expect that our ‘evolving’ Constitution may be found to have a high price: the price of destroying our Court’s general insulation from the political process and subjecting the selection of our members to result-oriented scrutiny incompatible with effective protection of individual rights” (p. 317).

# Antonin Scalia's alternatief voor de levende constitutie

Eigen positie:

- Textualism
- Originalism



# Tegen intentionalisme

- We moeten afgaan op wat de wetgever heeft uitgevaardigd, niet op wat hij heeft “gewild” of “gedacht”
- Felix Frankfurter: no psychoanalysis of Congress

# Tegen teleologische interpretatie

- “not only what the statute means abstractly, or even on the basis of legislative history, but also what it ought to mean in terms of the needs and goals of our present day society” (Eskridge)
- Scalia: the judge has to follow the text, because the text is the law

# Voor original meaning

- Het gaat om de betekenis van de tekst ten tijde van de uitvaardiging daarvan
- The whole purpose of the Constitution is to prevent change
- In terminologie ontleend aan Wiarda:  
Scalia is voor heteronomie, niet autonomie