GESCHRIFTEN VAN DE VERENIGING VOOR ADMINISTRATIEF RECHT

LXIX

PREADVIEZEN VAN

MR. A. M. DONNER
PROF. MR. P. J. BOUKEMA
PROF. MR. H. J. M. JEUKENS

NAAR AANLEIDING VAN ENKELE BELANGRIJKE ASPECTEN VAN HET RAPPORT VAN DE STAATSCOMMISSIE CALS-DONNER

VOOR DE ALGEMENE VERGADERING OP
27 OKTOBER 1972

H. D. TJEENK WILLINK GRONINGEN 1972

Verbeteringen aan te brengen in het preadvies van mr. A. M. Donner (geschrift LXIX)

Blz. 7, regel 6: geregeerd, lees: gereageerd.

Blz. 12, regel 14: in, lees: een.

Blz. 13, regel 23: zoven, lees: zoëven.

Blz. 14, regel 20: 1841, lees: 1848.

Blz. 15, regel 3: geëigend, lees: ongeëigend.

Blz. 27, regel 14: na minister-president, invoegen: bevorderen.

regel 28: wilsvorm, lees: wilsvorming.

Blz. 28, regel 6 v.o.: tegenstander, lees: voorstander.

GESCHRIFTEN VAN DE VERENIGING VOOR
ADMINISTRATIEF RECHT

LXIX

PREADVIEZEN VAN

MR. A. M. DONNER
PROF. MR. P. J. BOUKEMA
PROF. MR. H. J. M. JEUKENS

NAAR AANLEIDING VAN ENKELE BELANGRIJKE
ASPECTEN VAN HET RAPPORT VAN DE
STAATSCOMMISSIE CALS-DONNER

VOOR DE ALGEMENE VERGADERING OP
27 OKTOBER 1972

H. D. TJEENK WILLINK GRONINGEN 1972

Onder de naam H. D. Tjeenk Willink Groningen verschijnen uitgaven op rechtskundig terrein van Wolters-Noordhoff nv te Groningen en van H. D. Tjeenk Willink & Zoon nv v/h te Haarlem

© 1972 Wolters-Noordhoff nv Groningen, The Netherlands.

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke andere wijze ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 90 01 24581 1

Inhoud

Preadvies van

Mr. A. M. Donner 5

1. De zin van een grondwet
2. Grondwetherziening
   - Systematiek en terminologie
   - Kiesstelsel en kabinetsformatie
   - Openbaarheid
   - Lagere lichamen

Prof. mr. P. J. Boukema: De grondrechten in het advies van de Staatscommissie 37

Vooraf
Klassieke grondrechten
Beperkingen
Derdenwerking
Uitzonderingstoestanden
Grondrechtsverwerking
Uitbreiding
Regeringsvoorstellen
Sociale grondrechten

Prof. mr. H. J. M. Jeukens: Grondrechten en rechterlijke toetsing 56

1. Inleiding
2. Grondwet en toetsingsrecht
3. Wet en toetsingsrecht
4. De rechter en het toetsingsrecht
5. Samenhang van vraagstukken
6. Algemeen en bijzonder wettelijk voorbehoud
7. De voorstellen tot wijziging van de grondwet getoetst
8. Slotbeschouwing

1 DE ZIN VAN EEN GRONDWET

Daar hebben wij moeite mee, al wil niet iedereen het weten.

Het traditionele staatsrecht, zoals zich dat in de 18e en de 19e eeuw ontwikkeld heeft, is zich die zin wel bewust. Al was niet ieder zo radicaal als degenen, die uit het gebeurde en gezegde in de Amerikaanse en Franse revoluties de conclusie trokken, dat een grondwet vóór alles een staatsregeling was, bestemd om de samenleving rechtens te organiseren, rechten en bevoegdheden vast te stellen en te bepalen door wie en hoe die bevoegdheden behoorden te worden uitgeoefend, ook degenen, die een grondwet niet zagen als een schepping uit het niets, maar zich bewust waren, dat zij met bepaalde historische en juridische gegevens te rekenen en zich daarbij aan te sluiten had, wisten zeer wel waar het om ging. N.l. *a* om het omschrijven en kanaliseren ven de beweerdelijke souvereine macht der vorsten, zodat deze tot een rechtsbevoegdheid werd gemaakt, die behoorde te worden uitgeoefend in de vormen en naar de regels van een grondwet, *b* om het verzekeren van een zekere 'volksinvloed' van oudere en jongere sociale krachten, wier opvattingen en perspectieven van invloed moesten zijn bij de bepaling van het staatsbeleid en *c* om het vastleggen van bepaalde individuele grondrechten van de mens en burger.

Die doelstellingen zijn reeds lang verwerkelijkt. Wij spreken zelfs niet meer van volksinvloed, maar van democratie, en de souvereine macht, als men daar nog van spreken wil, is overgegaan van de vorsten op een politiek systeem, dat door de enen democratisch en door de anderen parlementair of representatief wordt genoemd (of, wanneer men zich op de vlakte wil houden, parlementair-democratisch). Is men wat radicaler, dan voegt men er nog aan toe, dat de mensenrechten niet door de staat geëerbiedigd, maar gehandhaafd moeten worden, omdat voor ons de staatstaak bestaat in het scheppen van de ontplooiïngsmogelijkheden voor 'de mens'. Door die omwentelingen lijkt de behoefte aan een Grondwet achterhaald.

Zulks temeer omdat wij allang niet meer durven vol te houden dat een grondwet *de* staatsregeling geeft en rechtens vastlegt. Dat is, n'en déplaise de jongste staatsrechtelijke auteurs, geen nieuw verschijnsel. Ongeveer alles wat tegenwoordig als nieuw inzicht wordt aangedragen, kan men, zij het in de termen van die dagen, reeds terugvinden in de ge-

schriften van Krabbe, van de oudere Oppenheim en in het verslag van de bespreking, in 1914, der referaten voor de N.J.V. over de vraag: 'Behoort een verschil tussen wet en Grondwet in stand te worden gehouden'. De discussie is afgebroken: in 1914 gebeurde er nog wel wat anders en de heersende mening nam graag genoegen met het sussende geschrift van Struycken over 'De Grondwet, haar karakter en waarde', waarin een aantal verstandige overwegingen werden voorgedragen, met name de wijsheid, dat men niets overdrijven moet, dus ook de waarde of onwaarde van een grondwet niet. Daarbij is het sindsdien in grote lijn gebleven, maar nu men een algemene herziening van de Grondwet aan de orde stelt, kan het wel niet anders of de vraag moet weer aan de orde komen.

En, zoals gezegd, daar zitten een aantal mensen mee. Wij zijn verlegen met de verhouding tussen recht en macht, tussen constitutie en politiek systeem, tussen ambten- en bevoegdheden-organisatie en democratie. Wanneer men ervan uitgaat, dat het volk, de kiezers, of hoe men het noemen wil, zichzelf regeren, zij het bij representatie, en als maatstaf voor het beleid het rechtsbewustzijn van de mensen aanvaardt, dan ligt het voor de hand, dat tegen de reeds door Krabbe gedane uitspraken over de dode hand van een grondwet, waardoor het heden zit beklemd onder de inzichten van vorige generaties, weinig verweer bestaat.

In de tijd van de tweede wereldoorlog heeft het boek van Van der Hoeven over de plaats van de Grondwet in het constitutionele recht ons er nog weer eens aan herinnerd, dat ook die wet een historische grootheid is en bij verandering van de omstandigheden en problemen voor zeer uiteenlopende uitlegging en toepassing vatbaar blijkt. Voor sommigen is dat zelfs een 'omwenteling' geweest, die duidelijk maakte, dat een grondwet wel kan ophouden, maar niet tegenhouden en het onderspit moet delven tegen het zich wijzigende 'constitutionele recht'. Zij blijven dan echter met de vraag zitten, waarin zich dat constitutionele 'recht' nog van de politieke machtsfeiten en -verhoudingen onderscheidt. Het is in zekere zin consequent, wanneer van Maarseveen de conclusie trekt, dat de staatsrechtsman zich in de toekomst beter op 'political engineering' kan toeleggen en zijn vak maar moet inruilen voor een politiek recht, dat zich met de juridische aspecten van het politieke bedrijf en het politiek systeem bezig houdt. Het mag dan zijn, dat op die weg de jurist verandert in een gespecialiseerde cultureel anthropoloog, maar 'such is life' en wie erover treurt, is een kniesoor. Veel meer dan het heersende (zeg niet: geldende, want daar zit reeds een juridische pretentie in) systeem observeren en analyseren, uitzoeken, hoe binnen dat raam allerlei doeleinden met de minste wrijving kunnen worden verwezenlijkt, en waarschuwen, wanneer daarin disfunctioneel dreigt te

worden gehandeld, schijnt de jurist niet te kunnen of mogen.

Het is wel niet nodig te zeggen, dat men hier niet met een tot ons land beperkte ontwikkeling te doen heeft, al pleegt de discussie bij ons wel de nationale domineesrhetoriek te vertonen. Het gaat om de uitlopers van een nu reeds bijna 100 jaar durende herontdekking der sociale en politieke aspecten van het recht. Er wordt nog altijd geregeerd tegen een 19e eeuw, die allang gebleken is heel anders te zijn geweest, dan het pleegt te worden voorgesteld. In een radicale afkeer van de beweerdelijk dogmatische en isolerende rechtsbeschouwing van dié eeuw is men zover doorgegaan, dat de zelfstandigheid van het recht tegenover de feiten, ook al wordt zij nog volgehouden, niet meer gezién wordt. Indien het recht geheel of ten dele (maar voor welk deel dan wel en voor welk deel niet) neerslag of 'Ueberbau' van historische machtsprocessen is en wanneer moet worden aangenomen, dat het geldend recht vooral een weerkaatsing vormt van de machtsverhoudingen, welke het pretendeert te beheersen, dan dringt zich inderdaad de slotsom op, dat het recht (wat dat dan ook zij) niet kan worden gevonden door raadpleging van een tevoren geformuleerde, althans tevoren reeds bestaande norm, maar door die van de 'concrete' feiten en verhoudingen, waarover een 'rechtsbeslissing' wordt gevraagd.

Wij kunnen hier in Nederland nog wel strijden over de vragen, hoe deze 'rechtsvinding' het best wordt beschreven, maar het is allemaal door de Sociological Jurisprudence en het Legal Realism al veel eerder en beter gezegd en wij doen niet veel anders dan het, ieder in zijn eigen philosophisch jargon, nog wat nakauwen.

Toch valt er wel iets nieuws op te merken.[1] Wanneer wij om goed recht te vinden de feiten en verhoudingen van vandaag op ons moeten laten inwerken, zou men dan niet nog beter recht vinden door zich te oriënteren op de feiten en verhoudingen van morgen en overmorgen? Dan wordt, zoals dat bij onze oosterburen door Wiethölter en zijn school der Politische Jurisprudenz wordt verlangd, het recht uit zijn deerniswekkende positie van bijwagen der feiten opgeheven en gemaakt tot voertuig en instrument voor de verwezenlijking van de maatschappij van morgen. Dat appelleert ook aan zijn, door de heersende opvattingen wel wat erg veronachtzaamde behoefte aan een oriëntatie op het behoren, want uiteraard zal niet kunnen worden volstaan met een zoeken, hoe die samenleving eruit zal zien op grond van de thans bekende gegevens, maar zal moeten worden uitgegaan van de vraag, hoe zij er uit *behoort* te zien, een heel andere zaak. In zekere zin lijken wij daarmee de cirkel van de ontwikkeling rond te zijn. Van de oude vraag: 'Hoe be-

1. Ook niet zo nieuw. Wat volgt is, zéker sinds Comte een bekende gedachtengang.

horen de verhoudingen rechtens te zijn?', waarmede het staatsrecht begon, zijn wij tenslotte beland bij de vraag: 'Hoe behoren de verhoudingen rechtens te worden?'. Het staatsrecht heeft weer een functie en een grondwet heeft weer zin. Op het eerste gezicht staan wij weer op het punt, waar de constitutionele beweging van het eind der 18e eeuw ook begonnen is. En dat is dan ook de indruk, die de school der 'Politische Jurisprudenz' ons geven wil.

Deze zienswijze is, als ik goed zie, bij de politicologie eerder aangeslagen dan bij de meeste juristen en de juristen die haar, bewust of onbewust, aanhangen, zijn dan ook vanuit de politicologie op de gedachte gebracht, dat, wat er nu van de aard van het staatsrecht wezen moge, een herziening van de Grondwet toch wel de moeite waard zou kunnen wezen. De politicologie, althans bepaalde richtingen daarin, houdt zich sterk bezig met de ontwikkeling van de samenleving en heeft over de vraag, welke kant het met die samenleving op moet, min of meer geacheveerde denkbeelden. Het is, ook aan de auteurs zelf, wel niet altijd duidelijk of die denkbeelden nu op 'objectief-wetenschappelijke' wijze gewonnen dan wel aan bepaalde zedelijk-politieke overtuigingen ontleend zijn, maar met de onmogelijkheid om die twee te scheiden zijn de sociale wetenschappen ten minste sinds Max Weber vertrouwd en vanaf het ogenblik, dat de verantwoordelijkheid der wetenschap 'in' is geraakt, schroomt men niet meer zo om 'gelden' en 'zijn' op bizarre wijze dooreen te klutsen en het eindresultaat toch het nog altijd gezaghebbende predicaat 'wetenschappelijk vastgesteld' te verlenen.

Wij bevinden ons dus in een eigenaardige situatie.

Het leek alsof, toen wij eenmaal eens waren geworden, dat ons politiek systeem een parlementaire democratie is, de verdediging van een eigenstandig staatsrecht en die van de noodzaak van een Grondwet geen been meer hadden om op te staan. Indien het waar is, dat wat democratisch is reeds *per se* gelegitimeerd is, dan wordt immers het recht geabsorbeerd door de democratie. Het worden de regels der democratie, waardoor democratische verkiezingen, een democratische besluitvorming, democratische grondrechten (vooral vrijheid van meningsuiting en het recht van vereniging en vergadering) enz. moeten worden verzekerd. Tegenover democratische macht en democratische 'machtsprocessen' is geen recht nodig en kan geen recht worden ingeroepen, want zij zijn recht per exellence. Terwijl vele juristen dan ook overwogen of de Grondwet dan niet beter kon worden opgeborgen, is hun van niet-juridische zijde aangezegd, dat zij wel terdege nog een functie te vervullen heeft. Zij kan dienen als instrument voor de verwezenlijking van een volmaakter en vollediger democratie, dan wij thans kennen. Bij de middelen om het 'onbehagen' over de onbevredigende werking van de parlementaire democratie te overwinnen be-

hoort ook, zo vernam men, dat ener grondwetsherziening, mits deze onder het motto 'democratisering' wordt geplaatst.

Het merkwaardige in de huidige situatie is, dat de vernieuwde belangstelling voor de Grondwet en de aandrang op haar herziening bepaald niet voortkomen uit een sterkere behoefte aan recht in de zin van een normatieve regeling, maar uit het verlangen naar een orde, die bij de 'werkelijkheid' aansluit. Dat heeft soms merkwaardige gevolgen: het 'one man, one vote', de directe verkiezing van een minister-president en van de burgemeester, worden verdedigd met een beroep op de 'feiten', op de 'reële verhoudingen'. Van begrippen, waar de jurist mee pleegt te werken, zoals 'norm', 'gelden' en 'gezag' wil men liever niet horen, al kan die jurist de indruk niet van zich afzetten, dat zij toch in veel vertogen over 'spelregels' en 'macht' onbewust meefungeren.

Wanneer het de lezer nu langzamerhand gaat duizelen, is hij wellicht ontvankelijk geworden voor een paar wijsheden, die wel eens uit het oog worden verloren.

Tot de machthebbers van de vroege middeleeuwen werd reeds door de geestelijken de vermaning gericht, dat hun macht slechts gerechtvaardigd (gelegitimeerd zegt men thans) kon worden, wanneer zij ook werd aangewend ter bescherming van 'weduwen en wezen', de typische personae miserabiles, de onderdrukten van dié maatschappij. Daar zit de blijvende herinnering in, dat recht, zo het er al niet is om alle macht te slechten, beoogt om misbruik van die macht tegen te gaan.

Zo is het nog. Wanneer het staatsrecht stelt, dat een ieder gelijk is voor de wet, of het gelijkheidsbeginsel nog ruimer formuleert, dan knoopt het daarmee niet bij de feitelijke, bij de machtsverhoudingen aan, maar gaat daar rechtdraads tegenin. De feiten wijzen uit dat de mensen allesbehalve gelijk zijn, zij verschillen naar geestelijke en lichamelijke begaafdheid, naar physieke, psychische, sociale en andere vermogens, enzovoort, enzovoort. Men spreekt dan wel van 'toevallige' of 'willekeurige' verschillen, maar wie maakt uit wat hier toevallig is en wat niet?

Het is een voorbijzien aan de feiten en een zich stellen op de grondslag van een 'behoren', wanneer wij daartegen volhouden, dat de gelijkheid wordt erkend. Hetzelfde doet zich voor, wanneer gezocht wordt naar het fundament van de vrijheid. Ook die is niet uit de feiten af te leiden, maar wordt ontleend aan een bepaald mensbeeld, dat zich met normatieve kracht aan ons oplegt.

En met de idee der democratie en de regels, die daaruit worden afgeleid, is het al niet anders. Veel van die regels lijken als twee druppels water op wat men vroeger de beginselen van de rechtsstaat noemde, regels die moeten verzekeren dat ieder aan het woord komt en dat de een

niet bij de ander wordt achtergesteld. Dat zijn geen regels, die aan de feiten worden ontleend. Integendeel, de ervaring leert ons dat er van de echte democratie, ook waar zij zou kunnen fungeren, telkens weer weinig terecht komt en dat kleine groepen, althans minderheden vrij snel de leiding nemen en de zaken bedisselen, terwijl de meerderheid het wel gelooft. Om iets van de democratie terecht te brengen is een voortdurende krachtsinspanning nodig, moeten de mensen er aan de haren bijgesleept worden en dienen de instellingen, 'het establishment' dat zich in deze werkelijkheid nestelt, op ongeregelde tijden door kritische geluiden wakker te worden gemaakt. Het 'one man, one vote', dat wordt voorgesteld als een zich puur aan de tastbare feiten houden, want waarom zou de een meer te zeggen hebben dan de ander, klopt niet op de 'werkelijkheid', want deze leert duidelijk genoeg, dat metterdaad de een meer te 'zeggen' heeft, over meer kennis, inzicht en bekwaamheid beschikt, dan de ander. (Wordt daartegen gezegd, dat wij toch niet van te voren kunnen weten, wie het meeste en het beste te zeggen heeft en dat talenten overal verborgen kunnen zijn, dan is dat een argument van gewicht (al is het niet altijd doorslaggevend), maar dat argument berust dan ook op de juiste veronderstelling, dat wij van de 'werkelijkheid', de 'feiten', niet genoeg weten om de rollen te kunnen verdelen en dat dààrom van een rolverdeling moet worden afgezien. Dan is men echter reeds een eind uit de buurt van de 'feiten' in de richting van de 'norm' geschoven.)

Termen als 'de waarde van de mens', 'menswaardig', 'medemenselijkheid' en 'ontplooiing van de mens' liggen velen al in de mond bestorven. Daar is niets tegen, zolang maar wordt beseft dat zulke termen leven van een bepaald normatief mensbeeld, dat onbewezen en onbewijsbaar is en door de 'feiten' telkens weer wordt gelogenstraft. Het nare is, dat een term als normatief blijkbaar voor menigeen ident is met subjectief, persoonlijk, louter-individueel en dus wordt gevoeld als een bekentenis van zwakheid. Dat is wellicht de oorzaak, dat men vastigheid zoekt door de feiten en de werkelijkheid erbij te halen en te suggereren, dat dit mensbeeld niet slechts 'geldt', maar ook klopt met wat 'is' en zich tegen ieder, die er aan waagt te twijfelen, keert alsof het niet alleen een schelm, maar bovendien een domkop zou zijn, die de stand van de wetenschap niet bijgehouden heeft of niet logisch weet te denken.

Uiteraard kan men ook vriendelijker zijn en veronderstellen, dat bepaalde opvattingen en inzichten zozeer gemeengoed geworden en zo in onze beschaving ingebakken zijn, dat het normatief karakter ervan niet meer beseft wordt en ze als vastgestelde waarheid gaan fungeren.

Het hangt samen met het verschijnsel, dat recht, begonnen om macht aan banden te leggen, door zijn gelding ook zelf weer macht (rechtsmacht) schept en dat het voor deze rechtsmachten op den duur min-

der als norm, dan als instrument fungeert. Ook de democratie, die begonnen is met verzet tegen ondemocratische machten, leidt op den duur tot het ontstaan van een democratische macht en ontplooit zich in democratische machtsprocessen. Zoals bij alle macht en ieder machtsproces vallen daar slachtoffers en raken er personen en groepen onder de wielen. Het recht kan er geen genoegen mee nemen, dat dit op de koop toe genomen wordt, omdat het alles in naam van een goede zaak, n.l. de democratie, geschiedt. Het heeft de regels van de democratie gehuldigd omdat zij in wezen niet van die van de rechtsstaat verschillen, maar wanneer zij daarvan gaan verschillen en de democratie, volksmacht, meerderheidsmacht en dus een macht als elke andere blijkt, dan is het tijd op de zelfstandigheid van recht en rechtsstaat te gaan letten.

Een tweede opmerking sluit zich onmiddellijk bij het voorgaande aan.

Als grondregel van de democratische processen geldt het adagium, de meerderheid beslist. Ook dat is een norm, aangenomen om een rechtvaardige besluitvorming te bevorderen, maar zij drukt geen algemeen geldige waarheid uit, doch geldt alleen in een bepaald verband. In een college of een vergadering is die gelding als regel voor ieder evident (daarbuiten is het iets anders: geen minister zal haar in de besprekingen met zijn staf aanvaarden), mits dat college of die vergadering binnen hun bevoegdheden blijven. Ik heb er geen bezwaar tegen, dat het college, waarvan ik de eer heb deel uit te maken, bij meerderheid beslist, wanneer de vacantie begint, maar zou het niet nemen, wanneer werd voorgesteld op dezelfde wijze uit te maken, hoe ieder zijn vacantie door zal brengen. De regel fungeert kortom alleen dààr, waar men bij elkaar is om over gemeenschappelijke zaken, met gelijk recht te beslissen en zelfs dan nog niet altijd, zie de bepalingen b.v.b. in de Grondwet over versterkte meerderheden en over minderheden, die bepaalde zaken aan de orde kunnen stellen.

Die grondregel geldt ook in de staat en zij kan gelden, omdat ieder het gevoel heeft erbij te horen. De minderheid, die het soms zeer oneens is met de genomen beslissingen, voegt zich en aanvaardt de besluiten als geldig en voor haar bindend, niét omdat zij zo doordrongen is van de geldigheid van de regel dat de meerderheid beslist, (dat is het primaire motief), maar omdat zij zich deel weet en deel wil blijven van het geheel, waarvoor besloten is. Zeg niet, dat het is, omdat zij niet anders kan, want de voorbeelden liggen voor het grijpen, dat het, als men werkelijk wil en bereid is er veel voor op het spel te zetten, wél anders kan. Hoogstens kan men zeggen, dat de wil om erbij te behoren het resultaat is van een hele reeks om de voorrang strijdende overwegingen en omstandigheden, maar wanneer is de wil dat niet?

Dat besef van erbij horen speelt ook in ander opzicht een rol. Wij

hebben de laatste jaren het vergeten begrip legitimatie uit de kast gehaald en er soms mee gespeeld als kinderen met een op het strand gevonden granaat. Vooral de samenstelling 'democratische legitimatie' is zeer in zwang geweest, zodat het kon lijken alsof het daarop aankwam en zij de rechtvaardiging van overheid, staat, gezag, enz. zou vormen. Dat is te eenvoudig. Op het stuk der legitimatie kan de democratie een vraag beantwoorden, zoals de verre voorouder van Talleyrand aan Hugo Capet toevoegde: Qui t'a fait roi? Maar zij kan niet de vraag beantwoorden, waarom er een koning en een koninkrijk, waarom er een staat en een overheid nodig zijn. De democratie kan de ambtsdrager legitimeren, maar niet of slechts onvoldoende het ambt. De legitimatie daarvan ligt dieper, ligt zelfs niet in het feit dat wij het zo gewild hebben, maar in de omstandigheid, dat wij er niet buiten kunnen. Althans niet, wanneer wij in samenleving begeren, waarin wij ons leven leven kunnen, waarin de gemeenschappelijke belangen behartigd worden en de gemeenschappelijke spanningen en conflicten langs vreedzame weg worden opgelost of tenminste dragelijk gemaakt. Omdat het leven niet is voor te stellen zonder die samenleving, kunnen wij niet buiten de instellingen, welke die samenleving mogelijk maken. Men kan die instellingen omver werpen, de machthebbers verjagen en 'het systeem afbreken', maar één ding is gewis: er komt een ander systeem met andere instellingen en andere machthebbers voor in de plaats, dat meestal bedriegelijk veel op het oude lijkt en soms nog onbevredigender is. Plus que ça change, plus ça reste la même chose.

Vanuit deze gezichtshoek moet het verschijnsel van de legitimatie worden benaderd. De behoefte en de noodzaak tot samenleven verklaren het verschijnsel van macht en machtsoefening en rechtvaardigen de instellingen, waardoor die macht tot recht wordt gekanaliseerd. Zo worden wetgevers en rechter, regering en bestuur gelegitimeerd. Zo wordt ook de democratie gelegitimeerd, want ook zij heeft behoefte aan legitimatie: waarom zou ik mij aan de meerderheid onderwerpen en bij meerderheid laten besluiten wat het algemeen belang vereist (vooral bij dié besluiten komt het machtskarakter van de democratie duidelijk om de hoek kijken). De democratie kan op haar beurt weer allerlei zaken rechtvaardigen, doch die legitimatie is, zoals gezegd, slechts van beperkt, men zou bijna zeggen: van ondergeschikt karakter.

Deze rechtvaardiging heeft iets met recht te maken en, omdat het over de rechtvaardiging van overheid, staat en volk (ook een eenheid die rechtvaardiging behoeft, omdat zij nu juist geen *feit* is) gaat, in het bijzonder met staats- en publiek recht. Recht om te regeren, te regelen, in te grijpen en te rechten – mits men zich ook aan recht houdt. Wie samenleving zegt, zegt, niettegenstaande alle conflicten en spanningen, vrede en voor vrede is allerlei nodig, nu eens dit en dan weer dat, maar

altijd een zekere mate van recht en rechtsorde. De maat aan recht, die wij metterdaad krijgen, is meestal een minimum, al zijn omvang en niveau met de intensiteit en de complexiteit van de samenleving meegegroeid, maar die mondjesmaat is dan ook onmisbaar. De onderscheiden instellingen, nodig om de samenleving in stand te houden, van de politie tot de sociale bijstand, van de waterstaat tot de G.G.D. en niet te vergeten de rechter zelf, hebben wij in een rechtssysteem ingesponnen om ons tegen de gegeven macht te beschermen en te bevorderen, dat die macht in het algemeen belang wordt aangewend, maar wij bemerken telkens weer dat wij bij alle rechtsregeling meer achteruit, naar ondervonden misbruiken, dan vooruit, naar de consequenties van een groeiende technocratie, hebben gekeken.

In het voorgaande is een paar maal het woord staat gevallen, ook al een term, die het niet meer zo doét. Liever spreekt men van het politiek systeem. Die twee zijn echter niet identiek. Het politiek systeem is slechts een deel van de staat, zelfs omvat het maar een deel van de staatsinstellingen. Het is het mechanisme voor de besluitvorming in de staat, datgene waardoor het geheel aan de veranderende omstandigheden wordt aangepast, men zou kunnen zeggen: de stuurinrichting en de meest spectaculaire motor van het schip (er zijn buiten het politiek systeem nog andere motoren, al wil men dat binnen dit systeem alleen erkennen, wanneer de nood aan de man komt). Het besef van erbij te horen, waarover zoven gesproken werd, richt zich maar ten dele en niet bij iedereen op het politiek systeem, doch op andere delen. Aan dat besef is rechtens uitdrukking gegeven door de voorstelling van de staat, waarvan ieder burger is en waarin men burgerrechten heeft. Wat binnen het politiek systeem wordt besloten en gedaan, heeft gelding voor de gehele staat, vandaar ook dat wij altijd weer zeggen, dat wij een representatief systeem hebben (dat houdt meer in dan alleen maar dat wij een volksvertegenwoordiging hebben, al heeft deze er veel mee te maken). Wij zijn eraan gebonden, al hebben of hadden wij er part noch deel aan. Het is dan ook niet begonnen om het politiek systeem, maar om de staat. Als iemand wil zeggen, dat die staat de samenleving is, accoord, mits men preciseert de staatkundige (liever dan de politieke) samenleving. Juist nu het woord staat niet meer zo 'in' is en de gevaarlijke bijtonen heeft verloren, welke het in het verleden tot een bedenkelijk begrip konden maken, zou ik het kortheids- en duidelijkheidshalve maar blijven gebruiken. Het is een betere, meer omvattende term dan 'politiek systeem' en uit het hiervoor gezegde kan blijken, dat wie die twee niet uiteenhoudt, gevaar loopt in allerlei cirkelredeneringen verstrikt te raken en verloren te lopen.

Dat is zeker het geval, wanneer de vraag naar de zin van de Grondwet aan de orde komt.

Die wet heeft zich n.l. vooral ontwikkeld tot een regeling van het 'governmental process', de wijze waarop wordt uitgemaakt, wat het algemeen belang is, om die versleten, maar altijd weer onvervangbaar blijkende term te bezigen.[1] Ingevoerd als een regeling, die de monarch bij de uitoefening van zijn macht bepaalde verplichtingen oplegde, is zij, sinds die monarch politieke machthebber àf is, geworden tot de algemene regel omtrent de wijze waarop de voornaamste besluiten, met name de wet, tot stand komen. Men zou kunnen zeggen, dat door die verandering de souvereiniteit van de Koning is vervangen door de souvereiniteit van de wet, mits men van zulk een uitspraak maar niet een constitutioneel principe maakt of er logisch-juridische consequenties uit probeert te trekken. In verband daarmee is ook de regeling van het kiesrecht van karakter veranderd: van een regeling, wie er (indirect) moesten worden geraadpleegd bij de monarchale regelgeving, is het een regeling geworden, die de politieke macht der Staten-Generaal en (indirect) van de ministers een basis geeft.

Het is merkwaardig, hoe weinig de bevoegdheidsregeling van de Grondwet maar veranderd behoefde te worden om hoogst ingrijpende verschuivingen in de politieke macht vast te leggen of in te leiden. In 1840 de bepalingen over de begroting, in 1841 die over ministeriële verantwoordelijkheid en over de rechten van initiatief en amendement, in 1887 het enkele art. 57, 2e lid G.W. Met die onopvallende verschikkingen is een omwenteling verwerkt. Enerzijds doet dit beseffen, hoe bescheiden de uitspraak, dat de Grondwet de besluitvorming regelt, moet worden verstaan; zij geeft geen machtsverdeling, zou dat ook niet kunnen, maar stelt aan de politieke machten en stromingen de vormen en wegen ter beschikking, waarlangs zij hun verlangens kunnen (trachten) te verwezenlijken. Anderzijds wijst die omstandigheid op het belang van de regeling; er zijn vaste vormen en tekenen, waaraan de betrokkenen kunnen zien, wat als recht geldt en het is een rechts- en staatsbelang van de eerste orde, dat die vormen gelijk blijven bij wisselingen in de politieke machtsverhoudingen en zo continuïteit en stabiliteit in de staat bevorderen. Zo houdt men de ordelijke en vreedzame gang der samenleving in stand, een belang (vààk een algemeen belang), waarvan succesvolle omwentelaars vaak nog dieper doordrongen zijn dan meer behoudende politici.

Deze regeling van de besluitvorming is een rechtsregeling en niet, zoals de eerste constituanten optimistisch meenden, een verdeling van

1. Het is niet te ontkennen, dat de term geen vaste inhoud heeft. Daarom is hij juist bruikbaar gebleven bij zeer uiteenlopende omstandigheden. Hij geeft alleen een zekere richting aan, die pas duidelijk wordt, wanneer men hem confronteert met de pendanten 'bijzonder belang' of 'deelbelang', ook al termen, wier inhoud verschuift naar gelang van tijd en plaats.

de politieke macht. Zij is ook, in zoverre zij de burger leert welke besluiten voor hem gelden, een stuk staatsrecht, waarvoor de term politiek recht geëigend en misleidend zou zijn.

Het is slechts staatsrécht en nog lang geen staatsrégeling, omdat de regelen omtrent de besluitvorming, *politiek gezien,* zeer onvolledig zijn. Zou men in de Grondwet een antwoord zoeken op de vraag, welke factoren er alzo invloed uitoefenen op de besluitvorming, dan laat zij in de steek. Zij maakt melding, naast de Staten-Generaal en de Kroon, van de Raad van State, de colleges van bijstand en advies en, als de staatscommissie 1967 gevolgd wordt, van de S.E.R., maar wij weten allen, dat er in feite nog heel andere factoren zijn. Het is genoeg om de ambtelijke instanties, de vakorganisaties van werknemers en werkgevers, de z.g. 'zuilen' op allerlei gebied te noemen en er gaan wijde perspectieven open. De politicologie beschrijft dit alles en tracht uit te vinden waar de beslissingen werkelijk vallen. Vanuit haar midden wordt soms verdedigd, dat dit op adequate wijze in de Grondwet zou moeten staan, althans als constitutioneel recht zou moeten worden aanvaard. Dat is een, begrijpelijk, misverstand. De Grondwet bepaalt, welke instanties in ieder geval doorlopen moeten zijn om een besluit of afspraak tot wet te maken, en gaat bij die bepaling van een paar staatrechtelijke beginselen uit, niet van de feiten. Zij legt slechts vast, wat géldt.

De Grondwet heeft een tweede functie. Terwijl zij de verbindende besluitvorming regelt, stelt zij aan die besluitvorming ook zekere grenzen. De eerste constituties beoogden tegenover de vorst de vrijheid van de enkeling en van de standen te beschermen. Met die standen doel ik niet op de ridderschappen, die in onze constitutie van 1814 en 1815 nog vermelding vonden, maar op de provincies, de steden en overige gemeenten en de waterschappen (in oudere buitenlandse constituties vindt men andere beschermde 'standen'), waaraan op wezenlijke punten slechts door middel van de wet mocht worden geraakt en de hoofdzaken welker inrichting zelfs door vastlegging in de Grondwet werden gewaarborgd. Een andersoortig waarborg voor enkelingen en collectiviteiten werd geschapen door de bepalingen omtrent de rechterlijke macht, haar inrichting en bevoegdheden.

In de eerste constituties was dit samenstel van bepalingen vooral bedoeld als staatsregeling. Het oogmerk om het bepaalde voorgoed vast te leggen en aan de beslissingen van latere vorsten en wetgevers te onttrekken, komt bij tal van gelegenheden onmiskenbaar aan het licht. In de liberale periode is ook dit element van staatsregeling tot een stuk waarborg geworden, de waarborg n.l. dat er decentralisatie zou zijn en, iets dat wij niet meer in de Grondwet lezen, dat er geen andere bevoegdheden tot verbindende regeling konden bestaan, dan die welke in de Grondwet haar grondslag vonden.

Terwijl op het stuk van de grondrechten het waarborgkarakter van de Grondwet nog altijd wordt beseft (al zijn de gegeven waarborgen deels verdrongen door bepalingen van boven-nationaal karakter), op ander terrein is het op de achtergrond geraakt. Ten dele vindt dit zijn verklaring daarin, dat de gegeven waarborgen hun actualiteit verloren, ten dele daarin dat aan waarborgen minder behoefte werd gevoeld, nu de instellingen of lichamen, waarover het ging voldoende in de samenleving zijn verankerd. Ze zijn b.v.b. de bepalingen omtrent de waterschappen en de waterstaat in de loop der tijden dan ook tot een veel geringer aantal gereduceerd. Met die omtrent provincie en gemeente is dat minder het geval, maar zij fungeren toch niet meer als echte waarborgen.

Een nieuwe waarborg is in 1917 in de Grondwet gekomen met de bepalingen van het onderwijsartikel, die de gelijkstelling van openbaar en bijzonder onderwijs voorzien. Dat brengt ons op het spoor van een waarborgfunctie, welke de Grondwet nog steeds vervult – bepaalde zaken worden, door ze in dit stuk te vermelden, min of meer aan de beslissing van de wetgever onttrokken. Zo zal men b.v.b. bij een komende herziening een geducht debat beleven over de vraag of de benoeming van commissaris der Koningin en burgemeester door de Kroon in de Grondwet moet worden vastgelegd, of niet. In meer algemene zin treedt dit waarborg-karakter aan het licht, wanneer, zoals dat door de beide laatste staatscommissies en de Proeve systematisch is geschied, wordt getracht door de formulering der bepalingen tot uitdrukking te brengen, of de aan de wet opgedragen regeling van bepaalde onderwerpen (het burgerlijk- en strafrecht, de belastingen) al dan niet een bevoegdheid tot vergaande delegatie insluit.

Eén kenmerk der Grondwet, dat in 1814 en 1815 nog een gewichtige rol vervulde, is in belang snel achteruitgegaan, n.l. de zekerstelling van de bevoegdheden van de centrale overheid. Aan die opzet danken vele bepalingen van de afdeling over de macht des Konings, de bepalingen omtrent de defensie, de financieën, de wetboeken, de waterstaat en ook die over onderwijs en armenzorg hun plaats in de Grondwet. Zij hebben nu nog slechts de functie tot uitdrukking te brengen, dat de lagere lichamen zich niet eigener beweging op deze terreinen mogen begeven, doch daarvoor is thans geen grondwettelijk voorschrift meer nodig; een duidelijke bepaling in de desbetreffende wettelijke regeling zou kunnen volstaan. De eenheidsstaat is bij ons zo stevig gevestigd, dat aan dit soort bepalingen geen behoefte meer bestaat. Als waarborgen hebben zij in een aantal gevallen alleen nog zin, voor zover zij een regeling der materie bij de wet vereisen ofwel doordat bepaalde bevoegdheden uitdrukkelijk of impliciet aan de Kroon worden toegekend of voorbehouden.

Nu is natuurlijk de moeilijkheid, dat dit waarborg-karakter van de Grondwet – en ook de regeling van de besluitvorming, vooral die aangaande de wet, heeft een zeker waarborg-karakter – lijkt te worden ondergraven doordat *toetsing* van de wet aan de Grondwet is uitgesloten. Omdat, zoals gezegd, de souvereiniteit zich juist in de richting van de wet en de wetgevende organen heeft verplaatst, is dit bezwaar nog sterker gaan wegen, dan toen de Grondwet in de eerste plaats een waarborg was tegen monarchale machtsoefening. Haar bewaking kon toen nog een natuurlijke taak der Staten-Generaal worden geacht. De situatie is thans echter, dat de bewaker en degene, die moet worden bewaakt, in vele en de belangrijkste gevallen dezelfden zijn geworden.

Vandaar dat de roep om het toetsingsrecht veel meer wordt gehoord – het lijkt, wanneer de Grondwet als een rechtsregeling wordt beschouwd, de voor de hand liggende consequenties. Men doet de verdedigers ervan dan ook onrecht, wanneer men ze als op collegestof verlekkerde academici of scherpslijpende, behoudzieke juristen schildert. Wanneer hun oplossing voor ons land wordt verworpen, dan is dat alleen, omdat men voor de keuze tussen rechter of volksvertegenwoordiging geplaatst en het vóór en tegen van deze beide oplossingen tegen elkaar afwegend, op practische gronden (alsnog) onvoldoende reden ziet om van oplossing te veranderen.

Betogen, dat de rechter niet het laatste woord kan hebben, omdat hij onafhankelijk en dus aan niemand verantwoordelijk is – zodat een opdracht van het laatste woord aan hem ondemocratisch zou wezen – doen het wel, en zij zullen dan ook nog meermalen in 's lands vergaderzaal worden herhaald, maar berusten in wezen toch op begripsverwarring. Sinds tot velen is doorgedrongen, dat rechtspraak ook rechtschepping kan wezen, is te snel de conclusie getrokken, dat deze rechtschepping in aard en motieven dus identiek zou zijn met de rechtschepping door de wetgever. Zo is het niet: de rechtschepping door de jurisprudentie blijft toepassing van het gegeven rechtsstelsel (ik moet er bij voegen: zoals de rechter dit stelsel begrijpt) op de veranderende omstandigheden, nieuwe behoeften en onvoorziene situaties [1]. Al zal niemand beweren, dat motieven van politieke aard in die rechtschepping nooit een rol spelen, evenzeer zal ieder volhouden, dat zij geen beslissende rol behoren te spelen en dat andere overwegingen metterdaad de doorslag plegen te geven.

Degenen, die met het gebrek aan 'democratische legitimatie' van de rechter aankomen, hebben, zou ik menen, een klokje horen luiden,

1. Daarbij kan de rechter zich evenzeer op de zaken verkijken als ieder ander. Een van de beste huismiddeltjes tegen enthousiasme voor het toetsingsrecht blijft: geregelde lectuur van de Nederlandse Jurisprudentie.

maar niet uitgevonden waar de klepel hangt. 'Der Staat soll Rechtsstaat sein', dat blijft een zeer gewichtig motief in de staatkundige strijd – juist omdat wij weten, dat hij het nooit voor 100% zal zijn en ook niet zal kunnen zijn. Vooral nu aan het staatsapparaat zoveel verantwoordelijkheden zijn toegeschoven, is het een telkens weerkerend probleem, hoe die taken én doeltreffend én naar maatstaven des rechts kunnen worden vervuld en ieder is zich bewust, dat hier van noodoplossing tot noodoplossing (wil men: van compromis tot compromis) wordt voortgegaan. Het hele rechtsstelsel is een poging tot kanalisering van de macht (niet alleen de politieke, maar ook allerlei andere macht, die zich in de samenleving voordoet), maar de gezondheidsdienst houdt de dynamiek der pollutie nooit bij. Het staatsrecht is zelf de grondslag van dat streven, maar juist daarom zullen wij juist in dit gebied de onderwerping van de macht aan het recht, van het feit aan de norm, nooit geheel kunnen waarmaken en er ons tevreden mee moeten stellen de stelling 'Der Staat soll Rechtsstaat sein' misschien wel tot hoogste politieke leuze te nemen, maar er geen 'Grundnorm' van te kunnen maken.

Hoe de Grondwet moet worden gelezen, is meestal een pure rechtsvraag, maar het is te vaak een politiek probleem, dan dat die interpretatie aan de rechter kan worden overgelaten. Dit geldt, onverschillig of de politiek verantwoordelijken langs een democratische weg zijn aangewezen of niet.

2 Grondwetsherziening

Wie in Londen de Horse Guards passeert, zal daarvoor het ruiterstandbeeld vinden van de hertog van Cambridge, Commander-in-chief van het Britse leger op het eind van de vorige eeuw. Aan deze neef van Koningin Victoria is de uitspraak toegedicht: There is a time for everything, even for change. And the time for change is when it can no longer be resisted.

Gaat men van die gedachte uit, dan zal er nooit reden zijn voor een algemene grondwetsherziening, maar kan telkens worden volstaan met de kleinere en grotere aanpassingen, nodig om aan dringende behoeften te voldoen. Wij hebben dat systeem nu gedurende meer dan anderhalve eeuw gevolgd; zelfs de herziening van 1848, waar wij nog dit jaar allerlei hooggestemde geluiden over hebben kunnen horen, beperkte zich tot het strikt nodige. Daardoor ziet die wet allengs er als een lappendeken uit en heeft zij op allerlei punten veel weg van een labyrinth. Deze bezwaren worden snel groter en daarom moet de eerste de beste gelegenheid voor een brede, als het kan: algemene herziening worden aangegrepen. Dat was reeds de opzet van de commissie-van Schaik. De Proe-

ve heeft het op een stoutmoediger wijze gesuggereerd. En tenslotte hebben wij nu in de rapporten van de staatscommissie 1967 een met gepaste degelijkheid voorbereid voorstel.

Of het er van komen zal, moeten wij afwachten. De omstandigheden zijn in de loop van de laatste jaren ingrijpend veranderd. De voorstellen-van Schaik en de Proeve zijn nog producten van de na-oorlogse periode, waarin een grote mate van eensgezindheid en een vrijwel algemene instemming over de grote lijn van ons staatsbestel, zoals het zich na de oorlog had hersteld, bestonden. Die periode is afgelopen. Zo omstreeks tussen de ontbinding van het kabinet-Marijnen en de val van het kabinet-Cals, is een nieuwe periode begonnen, die intussen pas te karakteriseren zal zijn, wanneer ook zij voorbij is.

Terwijl van de voorstellen-van Schaik en de Proeve geklaagd werd, dat zij weinig nieuws brachten, heeft het sinds het verschijnen van de Proeve nieuwe denkbeelden geregend: de verkozen minister-president, de verkozen burgemeester en commissaris, de wederinvoering van het districtenstelsel, inspraak en openbaarheid, gewesten, versterking van de grondrechten en invoering van sociale grondrechten. Oude trekpaarden, zoals afschaffing van de Eerste Kamer en instelling van een Grondwetskamer zijn daarentegen figuren van het tweede plan geworden.

Zal de verandering van atmosfeer de voorwaarden voor algehele grondwetsherziening verbeteren? Zij heeft in ieder geval de belangstelling ervoor vergroot, maar dit kon de uitvoering wel eens veel moeilijker maken. De oudere en nieuwere suggesties raken betrokken in het proces van polarisatie, dat door onze politieke voormannen voor ons wordt opgevoerd of wel ge-representeerd, en het is duidelijk, dat dit op tal van punten het bereiken van meerderheden van twee-derden zal verhinderen. Men zal, vrees ik, met geheven vuist tegenover elkaar blijven staan en dan gaat op die punten de herziening niet door. Dit zou betekenen, dat wij niet verder komen dan een partiële herziening. Het zittend kabinet heeft blijkens het regeeraccoord, nochtans het voornemen een algehele voorziening aanhangig te maken. Wij moeten de eerste nota's maar afwachten. Het lijkt niet uitgesloten dat een groot aantal veranderingen en vereenvoudigingen, wanneer deze goed worden toegelicht en besproken, toch voldoende aanhang vindt om te worden aangenomen. Althans wanneer . . . maar laat ik mij van politieke oordeelvellingen onthouden.

Eén voordeel zou de verhoogde concentratie op de belangrijke punten kunnen meebrengen (maar het omgekeerde laat zich ook verdedigen), n.l. dat er minder neiging zal zijn om de Grondwet bij deze gelegenheid als een kerstboom op te sieren. Zo'n herziening is immers vaak voor grote stukken een weinig spectaculaire zaak, die dan ook

moeilijk over het voetlicht is te brengen. Dit wekt de verleiding om er dingen in te brengen, die voor een motie uitermate geschikt zijn, maar in een grondwet niet thuis behoren. Bepalingen in de trant van: De kunst is een voorwerp van aanhoudende zorg der regering, zijn door de adviezen naar aanleiding van de Proeve in menigte gesuggereerd. Zij zijn echter volstrekt zinloos. Men moet van zijn Grondwet geen muurkrant maken. De voorgestelde sociale grondrechten gaan al een eind in die richting. Wie daaraan of b.v.b. aan de klassieke grondrechten nog allerlei toevoegt, loopt gevaar door de veelheid de kracht van het geheel te verzwakken. Een duidelijke waarschuwing vormt in dit opzicht het door de staatscommissie-1967 voorgestelde en door de regering in haar ontwerp overgenomen artikel over de vrijheid van meningsuiting.[1] Ik heb er aan meegewerkt, maar wie het resultaat overziet, raakt doordrongen van de wijsheid van de Proeve, die voorstelde art. 7 G.W. onveranderd te laten en de toepassing van die tekst aan de jurisprudentie over te laten. De bondigheid van het huidig artikel is heel wat gespierder dan de halve bladzijde, waar men nu mee komt . . . en waarvan niemand nog durft voorspellen, dat zij een grote versterking van de vrijheid brengen zal.

Het is uiteraard onmogelijk om de verschillende voorstellen hier allemaal te bespreken. Ik zal mij dus tot enkele punten beperken en achtereenvolgens iets zeggen over: *a* systematiek en terminologie, *b* kiesstelsel en kabinetsformatie, *c* de openbaarheid, *d* de lagere lichamen.

Systematiek en terminologie

Tegen de systematiek, welke de staatscommissie 1967 in het voetspoor van de Proeve heeft voorgesteld, is weinig bezwaar gemaakt. De voornaamste elementen van de staat zijn vooropgesteld (volk, regering en volksvertegenwoordiging). Na enige bepalingen over de vaste colleges volgen de hoofdstukken over wetgeving en bestuur en de sociale grondrechten, die de voornaamste bepalingen omtrent de samenwerking van regering, parlement en volk (de inspraak!) bevatten, en daarna komen dan de hoofdstukken over de rechtsbedeling, de lagere lichamen en het obligate slot over veranderingen. Geheel consequent is ook deze systematiek niet, want terwijl zij over het algemeen de organen vooropstelt, wordt de rechterlijke macht pas later behandeld.

1. Het laatste lid van de tekst in het regeringsontwerp moet op een lapsus berusten. Zou die bepaling grondwet worden, dan zou ook de wet geen meningsuitingen meer strafbaar kunnen stellen en zouden bepalingen omtrent opruiing, belediging enz. voortaan inconstitutioneel moeten worden geacht. Wie heeft er tijdens het meningsvrijheidsfestijn geslapen?

Sommigen zullen het eveneens als een oneffenheid gevoelen, dat de sociale grondrechten zover van de grondrechten zijn verwijderd. Toch is daar veel voor te zeggen.

Dat de grondrechten, zoals reeds de commissie-van Schaik voorstelde, in een eerste hoofdstuk zijn samengebracht, is ten dele geschied, omdat men aldus het 'volk' vóór de regering en het parlement wilde noemen (ook nog om het toetsingsrecht voor dit hoofdstuk te kunnen invoeren). Voor velen beantwoordt die vooropstelling van de grondrechten intussen aan een diepgewortelde visie, die ook reeds in de staatsregeling van 1798 tot uitdrukking kwam. De waarde van de mens en de eerbied voor de mens moeten bij staatsregeling en staatswerkzaamheid voorop gaan. Het is niet om de staat, maar om de mens begonnen. Die overtuiging wil men tot uitdrukking brengen door de grondrechten, die immers mensenrechten zijn, vooraan te plaatsen. Om het kras te zeggen: zo laat men de grondrechten een beetje functioneren als de preambule, waar de meesten, op allerlei uiteenlopende redenen, niet bijster op zijn gesteld.

Daardoor krijgen die grondrechten – net als de meeste preambules – evenwel iets dubbelzinnigs. Immers ook al aanvaardt men, dat het in de staat om de mens begonnen is – en waarom zou men dat niet aanvaarden, er zijn zoveel mensbeschouwingen, dat er voor ieder keus is – dan is het toch moeilijk vol te houden, dat dit nu adequaat tot uitdrukking komt in de aanvaarding van grondrechten. Dat moet tot uitdrukking komen in de hele constitutie, ook in de bepalingen over het parlement, over de lagere lichamen, de rechterlijke macht en nog veel meer. Wanneer wij in allerlei staten de menselijkheid geschonden zien, dan is daar óók aan de hand, dat de grondrechten met voeten worden betreden, zèker, maar er is meestal veel meer en veel erger. De waarborgen voor vrijheid en ontplooiingskansen zitten in een constitutie op tal van plaatsen, niet alléén, meestal zelfs niet in de eerste plaats, in de bepalingen over de grondrechten van de enkeling.

Die rechten vormen slechts een essentieel onderdeel van een hele constitutie, die op allerlei plaatsen de eerbied voor de mens, zowel de enkele mens als de mens in samenleving, verankert. Schuift men dit onderdeel te veel naar voren, dan wordt het met allerlei functies en betekenissen belast, die aan de primaire inhoud schade doen. Reeds nu bestaat de neiging om de grondrechten uit het constitutioneel verband los te maken en ze te verabsoluteren.[1] Maar dat verabsoluteren kan ook tot

1. Hier verwacht ik de tegenwerping, dat b.v.b. door de Conventie van Rome de grondrechten reeds boven hun nationaal constitutioneel verband zijn uitgeheven. Daarop is echter te antwoorden, dat uit de voorbehouden in de tweede alinea's der artikelen van de Conventie voldoende blijkt, dat men een constitutionele context van Westerse traditie heeft vooronderstéld.

gevolg hebben, dat de door het grondrecht beschermde handelingen geacht worden per se goed te zijn of te moeten zijn. Dan raakt het begrip vrijheid echter in het ongerede. Het zijn enkele van de 'checks and balances' van het constitutioneel bestel en zij kunnen het beste fungeren wanneer zij niet te veel gepreambuliseerd worden.

Wij werken dus, dunkt mij, reeds bepaalde misverstanden in de hand, wanneer aan de vooropstelling van de grondrechten een diepere betekenis wordt toegedicht – soms ten nadele van de eerbiediging zelf dier rechten.

Het gevaar voor misverstanden wordt evenwel nog veel groter, wanneer vlak achter dié grondrechten nu ook nog de sociale grondrechten worden geplaatst. Daarbij gaat het n.l. inderdaad om een aantal zeer belangrijk te achten doelstellingen van het hele staatswezen en de gedachte, dat wij daarin een bondige samenvatting van de wezenlijke staatstaak vinden, is dan ook niet zo vreemd. Zou men deze twee hoofdstukken aan elkaar plakken – en die verzoeking is, vooral politiek gezien, zeer groot – dan zal ongetwijfeld contaminatie optreden en zal het ene hoofdstuk hoe langer hoe meer bij het licht van het andere worden gelezen. Dan wordt de systematiek van de Grondwet spoedig begrepen als: doelstelling – organen – werkwijze. Het zal onjuist zijn, want als de historie iets bewijst (dat kómt voor), dan is het wel dat de doeleinden of de taak van de staat nooit met enige algemene geldigheid zijn aan te geven, en naar plaats en tijd grote verschillen vertonen. Doch als de gedachte zich eenmaal heeft vastgezet, dan zal het heel wat zwarigheden geven om haar weer kwijt te raken. Het hoofdstuk over de sociale grondrechten is nog maar een experiment en men moet er niet te veel mee paraderen.

Men late dit hoofdstuk op de plaats, welke de commissie 1967 heeft voorgesteld. Terwijl de grondrechten als door de staatsinstellingen te respecteren rechten van mens en burger (die twee moeten weer worden onderscheiden sinds het kiesrecht onder de grondrechten is opgenomen) voorop kunnen gaan, komen de sociale grondrechten, als belangrijke taakstellingen voor wetgeving en bestuur, het best na het desbetreffend hoofdstuk.

Ten aanzien van de terminologie stelt de staatscommissie 1967 voor om zuiniger te zijn met het gebruik van de term Koning, de (vaak gebezigde, maar nooit geheel doordachte) 19e eeuwse onderscheiding tussen de persoon des Konings en de constitutionele Koning door te voeren, alleen van de Koning te spreken, waar de eerste bedoeld is, en in het tweede geval andere uitdrukkingen te bezigen (Koninklijk besluit; vanwege de Koning; de regering). Zij heeft voor de constitutionele eenheid van Koning en ministers de term regering aan de hand gedaan, die

veel beter is dan het oude 'de uitvoerende macht', al is op sommige punten de nieuwe term ook niet geheel volmaakt.

Deze kleine bezwaren zouden intussen veel groter worden, wanneer de gedachte door één commissie-lid verdedigd, om de term Koninklijk besluit door regeringsbesluit te vervangen, zou zijn overgenomen. Daartegen pleiten vooral een practisch en een meer principieel bezwaar.

Practisch zou zo'n vervanging een verslepen van een groot deel van ons staats- en bestuursrechtelijk ameublement noodzakelijk maken. Overal waar onze wetgeving de (constitutionele) Koning bevoegdheden geeft, zou zij moeten worden herzien en zou moeten worden nagegaan of men hier een regeringsbesluit wil voorschrijven. Of als regeringsbesluit alleen een besluit op voordracht van de ministerraad moet worden beschouwd, dan wel een besluit op voordracht van een of meer ministers zou een eerste probleem zijn. De geijkte formules zouden moeten worden herzien en door andere vervangen enz., enz. In deze vereniging is het overbodig er op te wijzen, dat bij een en ander veel touwtrekken zou plaatsvinden en dat, op verstolen wijze, getracht zou worden een aantal bakens te verzetten. Terecht m.i. heeft de staatscommissie er dan ook de voorkeur aan gegeven om slechts die wijzigingen in de terminologie voor te stellen, welke geen grote veranderingen in de bestaande wetgeving en bestuurspractijk behoeven te brengen.

Daarnaast is er een en ander tegen om onze terminologie te zeer bij de 'werkelijkheid' aan te passen. Er wordt wel eens beweerd, dat het abstractieniveau van staatsrecht en staatsrechtswetenschap zo gering zou zijn. Dat valt mee, maar juist dáár waar die abstractie voorkomt, zoals bij de verwijzingen naar de Koning, spreekt men dan weer van 'onwerkelijkheid'. Sinds de Koning geen politieke macht meer is, doch tot staatshoofd is geworden, vervalt n.l. de vernoeming van de Koning aan het hoofd van wetten, besluiten en vonnissen tot een soort gelijke functie als de in andere landen, vooral republieken, wel gebezigde formules 'Au nom de la République' of 'Im Namen des Volkes'. Aldus wordt in de langs politieke, bureaucratische of rechterlijke processen tot stand gekomen stukken even boven die processen uitgewezen en getracht duidelijk te maken, dat hun verbindende kracht niet door de voortreffelijkheid van die processen wordt gerechtvaardigd, maar door de rechtsorde, waarvan ze deel gaan uitmaken, welke overheid en burger omvat en die wij staat plegen te noemen. Het is van groot belang om er, vooral op den duur, niet de nadruk op te leggen, dat een wet met x tegen y aantal stemmen is aangenomen, dat de minister, onder wiens verantwoordelijkheid een besluit tot stand kwam, reeds lang gevallen is, enz. Het komt er daarentegen op aan om te markeren, dat deze wet, dit besluit, dat tractaat en ginds vonnis blijven gélden, verbindend blijven, ook al zijn de personen, die daarin hun wil verklaarden, reeds lang verdwenen.

Het komt op die wil namelijk op den duur niet aan. Door dat alles op naam van de Koning te stellen, halen wij er het voorbijgaande element van die wil uit en leggen de nadruk op de continuïteit en de samenhang van het rechtsbestel, waar het deel van uitmaakt. En dat kan alleen de Koning, juist omdat hij niét meer de souverein in de oude zin, maar alleen souverein in de zin van staatshoofd is. Een Hegeliaan zou wellicht spreken van een 'List der Vernunft'. Zou dit 'dignified part of the constitution' worden vervangen door een aanknoping bij 'the working constitution', dan zou zulks naar mijn stellige overtuiging aan het rechtsgezag der besluiten op den duur afbreuk doen.

Kiesstelsel en kabinetsformatie

Juist omdat het er niet naar uitziet, dat de voorstellen van de staatscommissie 1967 op deze twee punten spoedig verwezenlijkt zullen worden, is de verleiding groot om ze nog eens uitvoerig te verdedigen. Ik zal proberen haar te weerstaan.

De voorstellen zijn een antwoord op de bewering, dat er onder de Nederlandse kiezers een algemeen onbehagen zou bestaan over de verstarring, de onduidelijkheid en, alweer, de onwerkelijkheid van het parlementaire, politieke bedrijf. Als dat waar is, dan zijn er constitutionele middelen om wat meer bewegelijkheid en duidelijkheid in de verhoudingen te brengen. Het districtenstelsel, in zijn extreme vorm van één district per zetel het meest, maar ook reeds bij invoering van een 10 à 12 kiesgebieden, is stellig geschikt om te bevorderen, dat de stembusstrijd zich concentreert, niet op de verschillen tussen a.r. of c.h., op die tussen deze beide en g.p.v. of s.g.p. of op die tussen p.v.d.a. resp. v.v.d. en D66 en tussen p.p.r. en p.s.p., maar op de grotere verschillen. Men mag verwachten, dat in zulk een stelsel het debat zich zal toespitsen op een aantal belangrijke actuele verschillen, wanneer die er tenminste zijn!

In dezelfde richting gingen de voorstellen omtrent de eventuele verkiezing van een kabinetsformateur.

Het is moeilijk om over deze zaken tot een sobere discussie te komen, want men is het niet eens over de vraag, wat nu eigenlijk het probleem is.

Men doet de politieke machthebbers (dat zijn én de regeringspartijen én de oppositie) geen onrecht, wanneer men veronderstelt, dat in die kring de standpunten in sterke mate worden bepaald naargelang men van de voorgestelde maatregelen voor- of nadeel voor de eigen partij of richting verwacht. De wijze waarop velen zijn aangevallen op de bijlagen van het rapport der staatscommissie, waarin was uitgerekend, wat

de verkiezingsuitslag in 1967 zou zijn geweest, indien toen de voorgestelde veranderingen van kracht zouden zijn geweest, is in dit opzicht veelzeggend. En een beetje belachelijk. Want als één ding vaststaat, dan is het wel, dat, zo dit het geval was geweest, die verkiezingen van begin tot eind een ander verloop zouden hebben gehad en dat niet weinig kiezers hun stem dan anders, niét of misschien juist wél zouden hebben uitgebracht. Desondanks zijn voor meer dan één politicus die bijlagen van doorslaggevend gewicht geweest. Ten onrechte, want uit die berekeningen kon men hoogstens aflezen, welke van de kleine partijen geen kans meer zou hebben gemaakt, doch nièt hoe de stemmen zich in zulk een situatie over de wel levenskrachtige partijen zouden hebben verdeeld. Hoe dit ook zij, het is duidelijk, dat op de basis van de vraag: wordt mijn partij er beter van? geen redelijke discussie mogelijk is, hoe machtig degenen ook zijn, die alleen zulk een discussie zouden kunnen volgen.

Anderen laten hun standpunt afhangen van hun opinie omtrent de wenselijkheid van polarisatie. Hier moeten wij afspreken, wat wij onder polarisatie verstaan. Wordt bedoeld, dat het partijwezen zich zal groeperen in twee of drie grote partijen of partijblokken, die hoogstens zullen zijn omgeven door een kleine krans van 'onafhankelijken' of splintergroepen, dan moet worden erkend dat die kans er in zit. Bedoelt men met polarisatie echter, dat nu die paar groten ook duidelijk van elkaar onderscheiden zijn, niet alleen electoraal, maar ook principieel elkaars tegenvoeters vormen en met geheel verschillende programma's en prioriteiten zullen komen, dan moet men van het voorgestelde zoiets niet verwachten. De ervaring leert, dat zulke grote partijen door twee motieven worden beheerst. Enerzijds is er de zorg, dat men aan de uiteinden van de politieke scala geen aanhangers verliest, die de partij te slap vinden en van de stembus wegblijven of naar de lunatic fringe overstappen. Anderzijds moet men aanhang winnen van de anderen en daartoe het politieke midden opzoeken. Het gevolg is dat dit soort partijen in de verpakking van zijn programma's en beleid wel grote verschillen laat zien, maar dat de inhoud vaak voor 95% gelijk is. De consequentie is dat er sterke spanningen ontstaan tussen de substantie en de stijl en dat komt uiteraard aan de duidelijkheid beslist niet ten goede.

Nu moet hier onmiddellijk aan worden toegevoegd, dat de hele voorstelling, alsof de politieke situatie beter zou zijn, naarmate de verschillen tussen de partijen duidelijker en veelvuldiger zijn, de werkelijkheid miskent. Die is immers, dat de overgrote meerderheid van de kiezers het over zeker 80% van de prioriteiten en de lijn der te nemen maatregelen eens is, dat dit percentage nog verder stijgt, wanneer het om de grote meerderheid gaat en dat per saldo de 10 of 5%, waarover men serieus van mening kan verschillen, de stof uitmaakt waarover

tussen partijen wordt gekissebist. Het is juist het veel voorkomend en op zichzelf ook wel verklaarbaar streven om de overblijvende verschillen breed, meestal té breed, uit te meten en te doen alsof alles van de ander verwerpelijk is, dat de politiek in discrediet brengt en aan haar geloofwaardigheid vreet. De kiezer en burger weten veel te goed, dat ook de politiek haar beleid maar zeer ten dele kiest en het voor een veel groter deel opgedrongen krijgt door de gang van de conjunctuur, door de afhankelijkheid van het buitenland en door nog veel meer factoren, die staat en politiek niet in de hand hebben. De staat zit nu eenmaal in vele structurele en georganiseerde verbanden, waar wij wel tegen kunnen ketteren, maar waaruit hij zich niet of slechts zeer bezwaarlijk los kan maken – dit geldt voor grote staten evengoed als voor de kleinere.

Er is bij polarisatie in enkele grote partijen of partijblokken een gevaar, dat het gewicht van de politieke debatten zich verder verschuift van de principiële en zakelijke discussie naar het persoonlijke element en naar de ideologische en zedelijke verdachtmaking. Op zichzelf is dat reeds hoogst ongewenst. Het zou bovendien een weinig verheffend schouwspel opleveren, want onze fatsoenlijke vaderlandse politici zijn, vergeleken met wat op ander gebied te zien is, maar povere amateurs, die de hogeschool der verdachtmaking nooit hebben bezocht.

Nog weer anderen wegen het voor en tegen van de voorstellen der staatscommissie vooral af op basis van hun gevolgen voor de kleine partijen. Zij worden niet alleen bij die partijen gevonden – waar de voorstellen geen gunstig onthaal hebben gevonden – maar ook daarbuiten. Het gaat blijkbaar tegen het gevoel voor fair play van velen in om deze partijen door wijziging van het kiesstelsel weg te saneren. De bijdrage tot het politiek debat, die zij bieden, blijkt in ruime kring te worden gewaardeerd als een geluid, dat misschien wel buitenissig is, maar dat er toch authentiek bij behoort. Bezwaren tegen de kleine partijen komen dan ook voornamelijk uit de kring der politiek geïnteresseerden.

Men wijst op de nadelen van versplintering en wil de kansen voor splintergroepen om zich afzonderlijk als partij te presenteren verminderen. Daar is veel voor te zeggen. Elke partij kent moeilijkheden met haar 'voorhoede' en 'achterhoede'. Zulke moeilijkheden behoren tot een gezond partijleven, maar is ook zo gezond, dat iedere partijnotabele, die zich of zijn standpunt tekort gedaan voelt, het dreigement van afsplitsing zo makkelijk bij de hand heeft? Telkens weer beleeft men, dat in partij A een groep het beleid te slap of te star vindt. Dan stapt men – wat in vele gevallen consequent zou wezen – niet over naar partij B of partij C, maar vormt een nieuwe partij, die tussen A en B of A en C, zo niet tussen A, B en C inzweeft en aan de partij-scala weer een nieuwe

kleurmenging toevoegt. Is dat gewenst?

Het hangt er van af, wat men van het parlementaire stelsel verwacht en hoe men in dat verband de functie van het partijwezen waardeert. Op een andere plaats heb ik op de onderscheiding gewezen tussen het zien van de volksvertegenwoordiging als een *afspiegeling* van de onder het volk levende opinies en het zien daarvan als de draagster van de *volkswil*. De tweede opvatting ziet de hele verkiezingsstrijd als de jacht op de meerderheid van een aantal met elkaar wedijverende teams en zou daarom alles wat daarin disfunctioneel is, met name Einzelgänger als de kleine partijen meestal zijn, maar ook de verdeeldheid onder de grotere partijen, die bewerkt, dat geen partij de kans heeft meerderheid te worden, zoveel mogelijk willen elimineren. Sommige aanhangers willen de samenbundeling van partijen niet alleen door een districtsgewijze verkiezing, maar ook door verkiezing van de minister-president, zonder zich bewust te zijn, dat zij daardoor een dualisme van regering en parlement in de hand werken, dat bij hun uitgangspunt slecht past en dat zij trouwens zeggen af te wijzen. De anderen – en dat zijn vaak dezelfden, die zich bij een polarisatiebeweging niet gelukkig voelen – hechten aan de afspiegeling zekere waarde en hebben er daarom ook geen bezwaar tegen, dat partijcoalities pas worden gevormd nadat de afspiegeling is vernieuwd. Zij maken ook tegen het dualisme minder bezwaar, want in de visie op het parlement als afspiegeling past het, dat de beslistheid daarvan per definitie niet groot zal wezen en moet worden geprovoceerd door het handelen en voorstellend optreden van de regering. Terwijl in de ene visie het verkozen parlement reeds product is van een afgesloten proces van wilsvorming van 'het volk', is in de andere visie de verkiezing van het parlement slechts een eerste stadium van die wilsvorm, welke eerst door de confrontatie met elkaar en met regeringsinitiatieven in een afsluitend stadium komt. De twee visies brengen dan ook verschillende opvattingen over de taak van de volksvertegenwoordiger mee: hoewel beiden de zelfstandigheid van het kamerlid zullen volhouden, zal de een meer nadruk op de zedelijke en politieke gebondenheid leggen, de ander meer de vrijheid in oordeelsvorming benadrukken.

Nu komt het er, wanneer ten aanzien van de twee visies een standpunt moet worden bepaald, toch wel op aan, dat goed wordt vastgehouden, dat die voorstellingen van het parlement als afspiegeling van de politieke opinie of als uitdrukking en draagster van de volkswil, niet meer zijn dan . . . voorstellingen. De ene zo goed als de andere geeft slechts glimpen van de werkelijkheid. De zegswijze, dat de meerderheid de volkswil belichaamt, is maar een wijze van spreken en de meerderheid, die zich zou laten verleiden om die zegswijze voor klinkende munt aan te nemen, zou een gevaar voor land en volk worden, indien zij over

de illusie niet snel en pijnlijk zou struikelen – wat gelukkig meestal gebeurt, wanneer de parlementaire democratie maar intact blijft. Evenzo zou het parlement, dat zich echt afspiegeling van het volk zou voelen, er gevaarlijk naast zijn, het is geen fotografie maar – sta mij deze uitdrukking toe – op zijn best een Picasso. Het gaat om voorstellingen, afbeeldingen, die gemáákt zijn – niét om de werkelijkheid, maar om een hoogst artificiële nabootsing ervan. Hoezeer wordt het beeld niet bepaald door het bestaan van historisch geworden partijen en partijverschillen – die op een gegeven moment wellicht uitdrukking geweest zijn van een onder het volk levende geestestoestand (en het op een later moment, soms door stom toeval, weer kunnen worden), maar die hun eigen leven zijn gaan leiden. De gedachte als zou een partij een soort Aeolusharp zijn, die aan de boom hangend het geluid van de volksmeningen zuiver weergeeft, zal door geen zinnig mens worden volgehouden. Reeds het geluid van díe harp wàs niet het geluid van de wind, maar een transpositie, die door de aard van het instrument werd bepaald. Daarenboven weten wij te goed, dat harpen pas geluid plegen te geven wanneer zij door een kundig artiest zijn gemaakt. – En ónze politieke harpen blijven ook in geval van windstilte geluid geven!

Wij mogen niet vergeten, dat het woord representatie niet alleen met vertegenwoordiging, maar ook met voorstelling kan worden vertaald. Het partijwezen en het parlement zijn niet slechts afspiegeling of afdruk, maar ook een actieve voorstelling ten overstaan van het volk. Ieder vervult er een rol en probeert de bij die rol passende gedachten en emoties over het voetlicht te krijgen. De politicus vertolkt niet in de eerste plaats wat zijn publiek denkt en voelt, maar wat hij zou willen dat het dacht en voelde en zijn succes als representant hangt af van de 'respons' die hij krijgt. Dit maakt het werken van partijen en politici veel brozer, maar ook veel verantwoordelijker. Zij hebben het toneel in hun bezit – daarvoor zorgt de constitutie – maar nu moeten zij ook zorgen het publiek te boeien en zorgen, dat de zaal niet leegloopt.

Ik zet de beeldspraak niet verder voort. Zij gaat als alle beeldspraak mank, maar zij vormt een noodzakelijke aanvulling op de beeldspraak, die representatie alleen als vertegenwoordiging ziet, al was het maar om te doen beseffen, dat ook dát beeldspraak is.

Laten wij terugkeren tot de voorstellen van de staatscommissie en tot de vragen van kiesstelsel en partijwezen. Wanneer ik mij achter die voorstellen heb geplaatst, dan was dat niet omdat ik zo'n tegenstander was of ben van polarisatie, van het bemoeilijken van kleine partijen of van een parlement, dat uitdrukking is van de 'volkswil'. Maar de practijk heeft zich, sinds de invoering van het evenredigheidsstelsel wel heel sterk ontwikkeld in de richting van het afspiegelingsmodel met alle gevolgen van dien, n.l. parlementaire besluiteloosheid en daardoor par-

lementaire onmacht; te sterke dualistische trekken, doordat een kabinet en ministers aan het bewind konden blijven, omdat er zoveel verdeeldheid was, dat niemand met gezag kon ingrijpen; een grote zetelvastheid van de meeste kamerleden en een overwegende invloed van de partijbesturen op de samenstelling der fracties. Om het voortwoekeren van die verschijnselen tegen te gaan, lijkt een ingreep in het kiesstelsel geraden – niet in die zin, dat men naar het stelsel van vóór 1917 terugkeert, maar dat een tussenoplossing wordt gezocht, welke de voordelen van het evenredigheidsstelsel met die van het districtenstelsel tracht te verenigen. Daarbij lijkt het een voordeel om de mogelijkheid te scheppen de kabinetsformateur door de kiezers te doen aanwijzen (wat iets anders is dan die aanwijzing verplicht te stellen: in dat geval zou ook de man met de relatieve meerderheid winnaar worden). Het heeft, juist omdat de volksvertegenwoordiging door het parlement ook maar een broze zaak is, veel voor, wanneer de kiezer zich op twee wijzen kan uiten – ook al levert dat voor degenen, die zich op de 'volkswil' menen te moeten beroepen, complicaties op! Wanneer door wijziging van het kiesstelsel een wat homogener en beslister parlement uit de bus komt, dan is er veel voor om ook de positie van het kabinet iets te versterken en te voorkomen, dat dit een verzameling stromannen van de meerderheid kan worden – maar dan ook slechts wanneer dit nodig is, n.l. wanneer er zodanig politieke samenwerking is, dat er kans bestaat, dat de verkiezingen een 'prefabricated' meerderheid opleveren (alléén in dat geval bestaat er immers kans dat voldoende partijen het eens worden over de als candidaat-formateur voor te stellen persoon).

De voorstellen zijn inmiddels reeds gevallen. Het initiatiefontwerp, dat door de Tweede Kamer is verworpen, was teveel in de polarisatiesfeer getrokken en is teveel verdedigd alsof het ging tussen degenen, die de 'volkswil' een eerlijke kans wilden geven en de overigen, die haar liever in ongerechtigheid ten onder hielden. Zolang men niet inziet, dat zowel het afspiegelingsmodel als het volkswilmodel zeer gebrekkige pogingen zijn om van bepaalde politieke processen een voorstelling te geven, die geschikt is ze te legitimeren maar die nooit als 'werkelijkheid' mag worden gezien, valt er op dit gebied, vrees ik, geen goed garen te spinnen. Toch zou men kunnen zeggen, dat de voorstellen of, liever, de opvattingen, waardoor ze waren ingegeven, hun uitwerking niet hebben gemist. Er is sinds de instelling van de staatscommissie in 1967 een sterker streven van de volksvertegenwoordiging om zich te handhaven tegenover de regering en al zal niet ieder met alle uitingen van dat streven gelukkig zijn, door de bank genomen verdient het waardering. In dat verband is het pogen van de grotere partijen (en een aantal kleine) om zich gezamenlijk op te stellen toe te juichen – al moet men, juist bij het bestaande kiesstelsel, vrezen, dat die beweging aan de rand

nog meer versnippering zal opleveren. (Maar pas op voor het paardemiddel ener drempelverhoging). Het lijkt dus alsof de verhoudingen gaan verbeteren, ook zonder constitutionele ingreep. Als dat kan, dan heb ik er vrede mee, wanneer de voorstellen van de staatscommissie een stok achter de deur blijven en vooralsnog niet worden verwezenlijkt.

Openbaarheid

Aan de openbaarheid is door de staatscommissie niet alleen aandacht geschonken door het voorgestelde artikel 71 (De overheid betracht bij de uitvoering van haar taak openbaarheid volgens regels bij de wet te stellen), maar ook bij de voorgestelde artikelen 63, 66, 99 en 100, waarin de reeds in de Grondwet gegeven voorschriften omtrent openbaarheid van stukken en van vergaderingen worden uitgebreid.

De aandacht, die het onderwerp sinds enige jaren geniet en die zich vooral rondom het rapport-Biesheuvel heeft uitgekristalliseerd, is voor een groot deel gevolg van structuurveranderingen in het overheidsbestel. De 19e eeuwse voorschriften omtrent openbaarheid, die het vooral in verzekering van de openbaarheid van vergaderingen en van de ter inzagelegging van bepaalde stukken zochten, gingen er van uit dat de beslissingen ook werkelijk in de raadzalen van de vertegenwoordigende lichamen (kamers, staten, raden) vielen. Al was dat reeds toen niet waar (onder de Provinciale Wet van 1851 was het voor de provincie reeds duidelijk anders), toch kon men dit toen voor een te verwezenlijken ideaal houden. Dat kan nu reeds niet meer. De beslissende keuze valt in vele gevallen al veel eerder en wordt door anderen dan de 'verantwoordelijken' zo niet genomen, dan toch zeer sterk beïnvloed. Ieder, die geen vreemdeling in de openbare dienst is, weet dat reeds in de vroegste stadia van ambtelijke voorbereiding contact moet worden gezocht, wanneer men effectief voor bepaalde belangen of opvattingen wil opkomen. Ook al is dit niet alles nieuw, toch is er een duidelijke verschuiving van de behandeling in openbare vergaderingen naar de ambtelijke of semi-ambtelijke voorbereiding.

Daardoor hebben én de verkozenen, én het publiek én de pers voor die voorbereiding een grote belangstelling en verlangen zij ook daarvoor openbaarheid. Dat is begrijpelijk, het is ook voor een groot deel gerechtvaardigd, maar . . . men moet zich van zulke openbaarheid niet te veel voorstellen.

Het wordt te vaak voorgesteld alsof men, door zo de luiken open te gooien en de voorbereidende handelingen aan het licht te brengen, aan de verkozenen of aan het publiek de gelegenheid verschaft om de zaken terug te draaien, ze over te doen en in vrijheid te kiezen tussen de alter-

natieven, die zich aan het begin van de voorbereiding voordeden. In hun naïveteit suggereren sommigen zelfs, dat men van het bestuur moet verlangen, dat het niet met één voorstel, maar met alternatieve voorstellen komt, waartussen kan worden gekozen. Zonder te ontkennen, dat zoiets wel eens mogelijk zal zijn, moet gewaarschuwd worden, dat deze benadering veel te isolerend is. De meeste beslissingen staan niet op zichzelf, maar zijn geconditioneerd door beslissingen op hetzelfde of op aangrenzend gebied, welke reeds eerder vielen. De bestuurswerkzaamheid is niet (meer) te zien als een reeks naast elkaar staande, gecompartimenteerde activiteiten, maar vormt een weefsel van elkaar kruisende en met elkaar samenhangende draden. Wie in dat weefsel één figuur wil wijzigen, zal vaak ook andere stukken moeten losknopen en veranderen. De richting, die bij de aanvang der voorbereidingen van belangrijke beslissingen werd genomen, was dikwijls reeds toen bepaald door wat op aangelegen terreinen voorviel, en in de loop der voorbereiding zijn nog weer andere beslissingen gevallen, die het nog moeilijker en kostbaarder zouden maken om de zaken terug te draaien.

Met deze waarschijnlijk wat behoudend klinkende opmerking wil ik waarschuwen tegen het schema van bureaucratische machtsusurpatie en democratische machteloosheid, dat in de discussie nog wel eens wordt gehanteerd. Het is te simpel om te menen, dat de ambtelijke dienst willens en wetens de beslissingen aan zich trekt door in een vroeg stadium de wissels in een bepaalde stand te zetten (Die indruk kan men wel krijgen uit sommige grafische voorstellingen van het proces der besluitvorming, maar deze schieten tekort, juist omdat zij in haar schematiek de gang van elk proces als op zichzelf staand presenteren). De voortschrijdende democratie stelt zoveel eisen tegelijk aan het bestuur en legt de staat, in vertrouwen op de kennis en werkkracht van zijn diensten, zoveel en zo uiteenlopende verantwoordelijkheden op de rug, dat het overzicht over het geheel vervaagt en de samenhang telkens dreigt te worden verbroken. Niet alleen de simpele burger of de volksvertegenwoordiger, maar ook de minister of bestuurder, die iets gedaan wil krijgen, staat al spoedig versteld van het aantal schijven, dat door zijn verlangen in beweging blijkt te worden gezet. Wij hebben dat met zijn allen over ons gehaald en staan nu, bureaucraat of democraat, tamelijk machteloos tegenover de gecompliceerde machinerie, die zoetjesaan is verrezen. Gaat men bij alles wat die machinerie doet, openbaarheid verlenen, dan ontstaat een papierlawine, waaronder ieder bezwijkt. Dus dan maar roepen om voorlichtingsambtenaren en informatiediensten? Zij zullen er wel komen, voorzover ze er al niet zijn, en hebben goede kans de machthebbers van de volgende periode te worden.

De openbaarheid die wordt verlangd, zal slechts in een aantal gevallen het inzicht in de op te lossen vraagstukken versterken en het

oefenen van invloed op te nemen beslissingen vergroten. In vele gevallen zal zij alleen de kritiek op het bestuur doen aanzwellen. Kritiek op de gecompliceerdheid en het perfectionisme van het apparaat. Kritiek, vaak onbillijk, op voorstellen en beslissingen, die men graag anders gezien had. Voor de betrokken bestuurders wordt dat een nare zaak, die men hun menselijk gesproken, graag zou besparen, maar het is, dunkt mij, een noodzakelijk kwaad. Zij zal, als het goed gaat, er toe bijdragen, dat naar een beter overzicht over het geheel wordt gestreefd, dat dientengevolge vereenvoudigingen in de bestuursopbouw en verkortingen in de bestuurslijnen worden ondernomen, ook al kost dat veel bestuurspijn. Zo kan die kritiek een stimulans zijn voor de hervormingen, waarvoor het uit zijn voegen gegroeide apparaat al enige tijd rijp is. (Ik weet wel, dat er op dit gebied een en ander is gebeurd, maar er blijft nog veel meer te doen). De kritiek, zelfs de onbillijke, kan, als het goed gaat, bevorderen, dat er meer naar de belanghebbende bestuurden wordt geluisterd en dat niet zo snel wordt aangenomen, dat het bestuur beter weet wat de mensen nodig hebben, dan zij zelf. Aan dat duwen door de publieke opinie is behoefte en in beginsel moet elk actiecomité als een uiting van 'public spirit' worden verwelkomd, zeker wanneer het zijn activiteiten op ons eigen bestuur en niet op dat van verre werelddelen richt.

Als het goed gaat! Dat hangt er ten dele van af, welke verwachtingen van de openbaarheid door de voorstanders worden gewekt. Elk naief optimisme zal met teleurstellingen moeten worden betaald en levert het gevaar dat de gewekte belangstelling in moedeloosheid omslaat. Het hangt in niet mindere mate af van de wijze, waarop de bestuurders reageren. Het ligt voor de hand om op de nadelen van een vertraging, zo niet stilstand, in de besluitvorm en van het op de tocht raken, zo niet van bewust op de tocht gaan staan, der betrokken ambtenaren te wijzen. Dat kan een reden zijn om de openbaarheid niet onkritisch op alle terreinen te accepteren, maar niét om haar in beginsel af te wijzen, haar zoveel mogelijk te beperken of te ontduiken. Over die nadelen moeten wij heengroeien. Zij moeten door verandering en aanpassing worden overwonnen. Op een aantal terreinen betekent de openbaarheid het einde van de oude, beschermde ambtenaar. Terwijl werd verkondigd, dat zijn loyaliteitsplicht een hoofdstuk vormde van een boek, dat onze tijd maar beter dicht kon slaan, krijgt het onderwerp nieuwe actualiteit. Zij doet niet alleen een beroep op zijn gehoorzaamheid en discretie, maar op zijn persoonlijkheid en zijn zedelijke moed. De maatstaven, wat een goed ambtenaar is, zullen verschuiven. Hij zal er beter tegen moeten kunnen op de tocht te staan, en het zal hem zwaarder aangerekend moeten worden, wanneer hij die tocht zoekt om zijn positie te redden of te versterken.

Ik kan het slechts bij aanduidingen laten. Beter is het om twee aangelegen punten uitdrukkelijk te noemen en daarover iets te zeggen: de openbaarheid van adviezen van de Raad van State en de openbaarheid bij de rechterlijke macht.

Wat de adviezen van de Raad van State betreft, dient men te onderscheiden tussen de adviezen over wetsontwerpen, die over algemene maatregelen van bestuur en over vernietigingsbesluiten en die over geschillen van bestuur in de strikte zin van het woord.

Voor de eersten zou ik overlegging aan de Staten-Generaal willen bepleiten. Het moge waar zijn, dat daardoor een college, dat totnogtoe zekere distantie ten aanzien van de actuele politiek wist te betrachten, gevaar loopt meer daarin betrokken te geraken, doch bij een zo onafhankelijk lichaam behoeft men daarvan geen bedenkelijke gevolgen te vrezen. De leden zullen misschien vaker dan voorheen door politieke geestverwanten aan de jas getrokken worden, wanneer deze in de adviezen niet de hun dierbare standpunten verdedigd vinden, maar een staatsraad kan daar, mag men aannemen, tegen en weet wel wat hij zulke interpellanten te antwoorden heeft. Een onmiddellijk voordeel zal zijn, dat de ministers en de ministerraad meer aandacht aan deze gezaghebbende adviezen zullen geven en dat de bestaande regeling, waarbij het advies pas gevraagd wordt, nadat de ontwerpen de ministerraad al gepasseerd zijn, eindelijk wordt herzien. Een ander voordeel is, dat de wetgever een onverdacht en gezaghebbend advies ontvangt over de nogal eens rijzende vragen omtrent de grondwettigheid der ingediende ontwerpen.

Ten aanzien van de tweede categorie aarzel ik veel meer. Heeft het zin om deze adviezen te publiceren? Felle verdedigers van de openbaarheid zeggen, dat het een foute vraag is, doch het lijkt wel terdege geboden te voorkomen, dat wij onder zoveel papier worden bedolven, dat een echte contrôle niet mogelijk is. Hier zou men m.i. niet verder moeten gaan dan ter inzagelegging bij de kamers. Zit er dan in een advies iets belangwekkends, dan komt het wel verder.

Ten aanzien van de adviezen over de geschillen van bestuur bezitten wij reeds openbaarheid. Alleen in de gevallen, waarin nader advies wordt gevraagd en de afdeling haar advies wijzigt (of de minister zich laat overtuigen), krijgt men van de correspondentie geen kennis. Daar deze alleen van belang is voor de historicus, lijkt openbaarheid niet geboden – een openbaar belang is hier niet of nauwelijks aanwezig.

Wat de rechterlijke macht betreft, ligt het in de lijn der consequente openbaarheid om ook de mogelijkheid van z.g. dissenting opinions te verlangen. Of daarmee een openbaar belang is gediend, is de vraag. De uitspraak heeft haar kracht van gewijsde en daar doet de dissenting

opinion niet aan af. Hier spelen andere overwegingen en andere belangen: het belang van de rechter, die in de minderheid gebleven, ernstige behoefte voelt om van zijn afwijkend gevoelen te doen blijken en het belang van de rechtswereld om aldus de ontwikkeling der denkbeelden te kunnen volgen. Daar staan tegenover het belang van het onpersoonlijk houden van de rechtspraak en dat van haar onafhankelijkheid. Vooral in verband met het laatste belang, ligt het probleem niet gelijk voor de hoogste instanties, wier leden het eind van hun carrière bereikt hebben, en de overige. Ook voor deze vorm van openbaarheid geldt, dat zij een ietwat ander type rechter veronderstelt dan wij totnogtoe kenden.

De juristenvereniging zal volgend jaar haar licht over de dissenting opinion laten schijnen. Ongetwijfeld zal men dan nog veel meer aspecten aan het probleem ontdekken en men kan preadviezen en debat dan ook met belangstelling tegemoet zien.

Dat kan men trouwens ten aanzien van het gehele onderwerp doen. Hoe zullen de wettelijke regels, waar het voorstel der commissie van spreekt, eruit moeten zien? Hoe zal worden verzekerd, dat de meerdere openbaarheid ook inderdaad de belanghebbenden bereikt? Hier liggen op vrijwel ieder terrein nog zoveel moeilijkheden, dat men slechts mag hopen, dat tussen het rapport-Biesheuvel en de verwezenlijking van de algemene openbaarheid minder tijd zal liggen dan tussen het rapport-Buys en de komende verwezenlijking van algemene administratieve rechtspraak.

De lagere lichamen

De lagere lichamen behoren in de Grondwet – vooral de gemeente, een zo belangrijk onderdeel van onze staatsopbouw, dat de constitutie haar wel noemen moet, wil zij niet een al te onwezenlijk beeld van de verhoudingen geven. Een ondeugd zou kunnen stellen, dat de bepalingen over de lagere lichamen in tweeërlei zin waarborg-karakter hebben, doordat zij enerzijds verzekeren, dat de positie dier lichamen slechts door de wet geregeld kan worden, maar dan ook anderzijds uitdrukkelijk dit recht van de wetgever vastleggen en aldus uitsluiten, dat deze lichamen een onaantastbare stand in de staat zouden worden.

Dit zou zeker gelden voor de voorstellen van de staatscommissie, waarin wel een aantal beginselen van plaatselijk bestuur worden vastgelegd, maar, blijkens het voorgestelde art. 98, niet meer het blijven bestaan van provincie of gemeente. De wet kan ze door andere territoriale openbare lichamen vervangen. Of de bepaling, zou zij Grondwet worden, inderdaad een nieuw hoofdstuk van het boek over plaatselijk bestuur zou inluiden, moet men natuurlijk afwachten – wie een her-

vorming als door Troostwijk in zijn rede te Dordrecht geschetst zou ondernemen, zou in ieder geval nog ander titanenwerk moeten verrichten dan Thorbecke, want deze sloot per saldo in overwegende mate bij de bestaande toestand aan.

Hoe dit ook zij, de voorgestelde bepalingen laten de wetgever een zeer grote vrijheid. Misbruik daarvan ten nadele van de zelfstandigheid der plaatselijke besturen behoeft m.i. niet te worden gevreesd. Zij zijn te vast geworteld en zij vormen een te machtige pressiegroep, dan dat te ver gaande centralisatie het gevolg zou kunnen zijn. Eerder valt het tegendeel te vrezen – zie de debatten over het politievraagstuk.

Dat betekent niet, dat de wetgever geen domme dingen zou kunnen doen. Ik behoor niet tot degenen, die de benoeming van commissaris der Koningin en burgemeester door de Kroon eens voor goed in de Grondwet zouden willen vastleggen, maar het zou mij hogelijk verbazen, wanneer de wetgever pardoes de verkiezing van deze ambtsdragers hetzij direct, hetzij getrapt, zou bepalen. Daarvoor is de benoeming door de Kroon een te belangrijke steun geweest voor de zelfstandigheid, vooral der gemeenten. Juist omdat de voorzitter van de raad en het hoofd van de administratie, door zijn wijze van benoeming, waarborgen biedt voor een geregelde en onpartijdige behandeling van zaken, heeft men in de loop der tijden een zo groot deel van het openbaar bestuur over de territoriale lichamen geleid. Zou een verkozen burgemeester hoofd van de plaatselijke politie kunnen wezen? Zou zonder zijn aanwezigheid de verdeling van zoveel geld over de gemeente kunnen lopen? Noem mij een land, waarvan beweerd kan worden dat 60% van de openbare uitgaven over de lagere lichamen loopt, en ik zal u zeggen dat het een land is met als regel door de Kroon benoemde eerste burgers dier lichamen. Er is stellig reden om zich af te vragen, of er op die regel geen uitzondering mogelijk moet zijn, maar de regel zou ik vooralsnog zeker niet loslaten.

Hetzelfde geldt voor de aanwijzing van gedeputeerden en wethouders. Ook daarvoor stelt de staatscommissie voor het constitutionele voorschrift van hun verkiezing uit en door de staten en raad te schrappen. Niet uit een hervormingsijver, maar omdat dit vraagstuk gerust aan de wetgever kan worden overgelaten. De krachten, die in en op de regering en het parlement werken zijn sterk en beraden genoeg om er geen ongelukken van te hoeven vrezen.

Zou men kunnen doorgaan, want het hoofdstuk over de lagere lichaam vormt een van de duidelijkste voorbeelden der constitutionele terugtred, welke de staatscommissie 1967 en de Proeve aanbevelen. Daar is wel een aanslag op de positie van deze lichamen in gezien, doch dit is niet juist. Men kan er veeleer een bepaalde kijk in ontwaren, wat in een Grondwet moet staan en wat niet, en zo komen wij weer terug bij het

waarborg-karakter. En door haar plechtigheid én door het voorschrift, dat zij slechts met versterkte meerderheid en na nieuwe verkiezing kan worden veranderd, is zij bestemd voor die bepalingen, die aan de gang van het normale staatsleven onttrokken moeten worden. Soms zet men er te weinig in, vaker te veel. Bij de bepalingen vooral over provincie en gemeente hebben wij voorschriften, wier opneming in de Grondwet noodzakelijk was te achten om de eenheid en zelfstandigheid van het plaatselijk bestuur te verzekeren. Op den duur hebben de behoeften en omstandigheden zich gewijzigd. Het plaatselijk bestuur heeft zich ontplooid en wat eens als steun was bedoeld is voor de zelfbewuste lichamen soms een sta-in-de-weg geworden, waarvan de goede zin betwijfeld mag worden.

Er wordt veel geklaagd over bevoogding van de plaatselijke besturen, doch die klachten zijn vaak symptomen van een zeer sterk onafhankelijkheidsgevoel. Het relletje over de hulp aan onderontwikkelde gebieden biedt er een goed voorbeeld van; daarbij zijn voor de gemeente vrijheden gevraagd, die in sommige federaties zelfs aan de deelstaten worden onthouden.

Onder die omstandigheden is een de-constitutionalisering op haar plaats. Wanneer aan de waarborgen geen behoefte meer bestaat, dan gaan de nadelen van starheid snel overwegen. Het is dan tijd om de deur open te zetten en de leiding aan de in de staatkundige samenleving aanwezige kracht en wijsheid over te laten.

DE GRONDRECHTEN IN HET ADVIES VAN DE STAATSCOMMISSIE

Vooraf

1. Mij is gevraagd enkele korte notities te leveren teneinde de discussie over de voorstellen van de Staatscommissie inzake de grondrechten te richten. Beperking terzake is, nog afgezien van het feit dat het de bedoeling is te discussiëren over de voorstellen van de *Staatscommissie,* ook gerechtvaardigd gezien de omvang van de bestaande literatuur met betrekking tot de grondrechten.

In overleg met het bestuur van de VAR heb ik mij voorts beperkt tot enkele hoofdlijnen; bewust is afgezien van artikelsgewijs kommentaar, zulks ook in verband met het feit dat terzake van een aantal grondrechten de voorstellen van de Staatscommissie door een regeringsontwerp – formeel althans – zijn achterhaald.

Klassieke grondrechten

2. Klassieke grondrechten beogen de enkeling de mogelijkheid te bieden om zich vrij te kunnen ontplooien. Positiefrechtelijk is dit vooral aldus uitgewerkt, dat de overheid geboden wordt zich van bepaalde gedragingen te onthouden. Hoe concreter aangegeven is wat de overheid niet mag, hoe groter de rechtsbeschermende werking. De waarborg die in het huidige art. 7 GW gelegen is in het verbod van preventieve censuur is bijvoorbeeld sterker dan die in art. 9 GW is vervat, waar 'slechts' een recht wordt erkend.

De waarde van een in de grondwet opgenomen grondrecht wordt echter niet alleen bepaald door de concrete bescherming die het biedt tegen overheidsingrijpen. Daarnaast kan het immers zowel overheid als burgers inspireren daadwerkelijk rekening te houden met het in het grondrecht uitgedrukte beginsel.

De met name sinds de laatste wereldoorlog – nationaal en internationaal – gegroeide belangstelling voor de grondrechten, heeft ook in de voorstellen van de Staatscommissie haar weerslag gevonden. Zo is teneinde de grondrechten een sterker accent te geven gekozen voor een samenbrengen van de nu over de gehele grondwet verspreide grondrechten in één – het eerste – hoofdstuk. Het gevaar dat hierdoor de

grondrechten als een 'corpus alienum' in de grondwet zullen worden beschouwd en de grondwet wordt gedegradeerd tot een 'bevoegdhedenwet' acht ik niet groot. (zie hierover verder D. H. M. Meuwissen, R. M. Themis 1967, blz. 410, 411). Daarnaast is onderzocht waar zich leemten in de grondwettelijke bescherming van de grondrechten bevonden. Voorstellen tot aanvulling en modernisering van de grondrechten zijn van dat onderzoek het te waarderen gevolg geweest.

3. Grondrechten zijn niet slechts in de grondwet maar ook in internationale regelingen vervat. Voorzover deze internationale regelingen geldend Nederlands recht zijn, rijst de vraag of grondrechten in die mate waarin zij in dergelijke regelingen zijn opgenomen daarnaast nog wel in de grondwet dienen te worden gewaarborgd. In de Proeve van een nieuwe grondwet wordt aan de grondwettelijke positivering van grondrechten een complementaire functie ten opzichte van de in het Verdrag van Rome (1950) opgenomen grondrechten toegekend. Slechts voorzover zij een verdergaande betekenis hebben dan de in het Verdrag omschreven rechten of deze aanvullen, zijn zij in de Proeve opgenomen (Proeve, blz. 51, 52). Terecht heeft de Staatscommissie deze gedragslijn niet gevolgd. Als uitgangspunt is genomen de vraag 'op welke concrete punten onder de huidige verhoudingen in de eigen rechtsorde rechten en vrijheden van de burgers waarborging behoeven' (Tweede rapport, blz. 32). Dat men zich daarbij kan laten inspireren door wat internationaal werd geregeld, spreekt vanzelf. Het zonder meer abdiceren ten gunste van na internationaal overleg tot stand gekomen formuleringen, verdient echter geen aanbeveling, omdat deze in de regel onvoldoende zullen aansluiten bij onze methodiek van rechtsbescherming en waarschijnlijk niet zullen zijn toegespitst op bij ons levende behoeften. Het zelfde geldt voor het zonder meer in de grondwet overnemen van die rechten in de formuleringen van de internationale verdragen.

Nu de Staatscommissie het standpunt van de Proeve terzake niet heeft gevolgd, kan voor wat betreft verdere argumentatie tegen de opvatting van de Proeve worden volstaan met een verwijzing naar de artikelen van M. C. Burkens in NJB 1967, blz. 245-252, D. H. M. Meuwisin R. M. Themis 1967, blz. 399-405 en mij in R. M. Themis 1969, blz. 134.

Beperkingen

4. Door weinigen wordt het standpunt ingenomen, dat grondrechten absoluut zijn en door niemand mogen worden beperkt. Het probleem is echter dat beperking van grondrechten het resultaat behoort te zijn van

een afweging van waarden en belangen, rekening houdend met alle relevante omstandigheden, en dat de uitkomst van die afweging niet te voorspellen valt. Hieruit volgt de noodzaak van een ruime omschrijving van de beperkingsmogelijkheden, die echter ook weer niet zo ruim mag zijn dat ze elke beschermende functie verliest.

De Staatscommissie verwerpt (Tweede rapport, blz. 45) een voor alle grondrechten gelijkelijk geldende regeling met betrekking tot de toegelaten beperkingen. Terecht: het vermoedelijke gevolg van een algemene beperkingsclausule zou immers zijn, dat de overheid een ruimere armslag tot beperking zou krijgen dan nodig is.

Het door de Staatscommissie gekozen systeem houdt een afzonderlijke clausulering van de verschillende grondrechten in, waarbij met de aard van het desbetreffende grondrecht wordt rekening gehouden: het bestaande stelsel derhalve. De commissie voegt daar de mededeling aan toe, dat naast de beperkingen waartoe de clausuleringen legitimeren, beperkingen voor de uitoefening van de grondrechten ook kunnen voortvloeien uit 'algemeen in de samenleving geldende rechtsregels' (blz. 45). Voor dergelijke rechtsregels is geen grondslag in de redactie van het grondrechtsartikel vereist; evenmin behoeven zij als een aantasting van de grondrechten te worden gezien (vgl. ook Proeve, blz. 53, 54). Hierbij passen enkele kanttekeningen.

Allereerst moet worden opgemerkt dat het niet de bedoeling van de grondwetgever bij het opnemen van beperkingsvoorbehouden is geweest te machtigen tot wat de Proeve noemt 'bijzondere beperkingen' (blz. 53). Zo werd met de toevoeging in art. 7 GW: 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet' beoogd buiten twijfel te stellen dat strafbare handelingen strafbaar bleven, ook als zij via de drukpers werden gepleegd. Met name werd gedacht aan strafbaarstelling van belediging, laster e.d., beperkingen waarvoor volgens de opvatting van de Staatscommissie geen grondslag in het grondwetsartikel vereist is gezien het algemeen karakter van die beperking. Hetzelfde geldt m.m. voor het voorbehoud in art. 181 GW. In de gedachtengang van de Staatscommissie zouden dan ook beide wetsvoorbehouden kunnen vervallen. Dat dit wel m.b.t. de belijdenisvrijheid (art. 6 ontwerp) maar niet bij de vrijheid van drukpers wordt voorgesteld, vindt zijn oorzaak in de jurisprudentie van de Hoge Raad over art. 7, waarin het in dat artikel opgenomen wetsvoorbehoud deze betekenis wordt gegeven dat het de lagere wetgever verbiedt regels te stellen m.b.t. de inhoud van het geopenbaarde.

Ten tweede kan geconstateerd dat de rechter genoemde onderscheiding en het daaruit voortvloeiende rechtsgevolg niet hanteert, zelfs niet als dit hem uit een moeilijk interpretatiepakket zou kunnen verlossen. Zo heeft de rechter m.b.t. algemene politieverordeningen die een beper-

king van de verspreiding van gedrukte stukken inhielden, niet overwogen dat het hier algemene rechtsregels betrof en derhalve de vraag of art. 7 GW de lagere wetgever daartoe machtigde irrelevant was. De rechter verkreeg de gewenste oplossing door het verspreiden los te maken van het openbaren en art. 7 slechts direct te laten gelden voor deze laatste activiteit.

Ten derde: de consequentie van het gemaakte onderscheid is niet altijd duidelijk. Zo kan kennelijk (zie M. C. Burkens, Beperking van grondrechten, 1971, blz. 27) uit de omstandigheid dat voor het via algemene rechtsregels beperken van de uitoefening van grondrechten geen grondwettelijke basis vereist is, afgeleid worden, dat bij het vaststellen van dergelijke regels met de grondwettelijke grondrechten geen rekening behoeft te worden gehouden. Deze conclusie lijkt me onjuist. Een tot algemene regeling bevoegd orgaan kan immers van die bevoegdheid een zodanig gebruik maken, dat, onafhankelijk van de bedoeling van dat orgaan, een grondrecht daardoor wezenlijk wordt aangetast. Dat de rechter een dergelijke beperking als in strijd met het grondrecht verbindende kracht zal ontzeggen lijkt waarschijnlijk (vgl. de jurisprudentie over art. 7 GW).

Ten vierde: het is gezien de formulering niet aannemelijk dat ook de opstellers van het Verdrag van Rome de bedoeling hebben gehad alleen de bevoegdheid tot het vaststellen van bijzondere rechtsregels te willen beperken. Zowel de Europese Commissie als de Hoge Raad (zie HR 18 jan .1972, NJ 1972, 193) toetsen dan ook regelmatig beperkingen die in algemene rechtsregels zijn vervat aan de in het Verdrag vervatte clausuleringen (vgl. mijn: Het geweten als staatsrechtelijk probleem, 1972, blz. 16). Een dergelijk verschil in toetsing aan enerzijds grondrechten in de grondwet en anderzijds aan grondrechten in het Verdrag bevordert de doorzichtigheid van het geldende recht niet.

Ten vijfde: de grens tussen algemene en bijzondere beperkingen is niet duidelijk. Door de Proeve worden bijzondere beperkingen gedefinieerd als 'beperkingen die voortvloeien uit rechtsregels die naar aard of strekking in het bijzonder op de uitoefening van een grondrecht betrekking hebben'. Hoe moet dit worden geïnterpreteerd? Is hier medebepalend de mate waarin een regeling méér omvat dan een beperking in de uitoefening van een bepaald grondrecht? Is bv. een regeling waarin colportage in het algemeen wordt verboden een algemene regeling, en die waarin colportage met drukwerk wordt verboden een bijzondere? En zo ja, waarom behoeft de grondwet in het eerste geval niet en behoort zij in het tweede geval wel een machtiging tot beperking te bevatten? Wordt zo niet de mogelijkheid geboden tot misbruik van legislatieve techniek (vgl. Burkens, a.w., blz. 27, 28)?

Is voor de algemeenheid c.q. de bijzonderheid van de beperking mede-

bepalend de mate waarin, al of niet opzettelijk, een grondrecht wordt beperkt? Kan in dat geval niet gezegd dat een oorspronkelijk als algemene beperking bedoelde regeling een bijzondere wordt indien het effect daarvan is dat van een gebruik van enige betekenis van het grondrecht geen sprake meer is? En valt dan hier het onderscheid tussen algemene en bijzondere beperkingen niet samen met het verschil tussen beperkingen die wel en die niet de kern van het grondrecht aantasten, c.q. tussen beperkingen die wel en die niet geoorloofd worden geacht?

Kortom: erg duidelijk is het onderscheid niet, ten nadele van vooral de lagere wetgever die immers zonder grondwettelijke machtiging tot bijzondere beperkingen van een grondrecht niet bevoegd is en wiens producten door de rechter mogen worden getoetst. (Zie voor de rol die het begrip 'allgemeine Gesetze' in Duitsland bij de grondrechtsbeperking speelt mijn Enkele aspecten van de vrijheid van meningsuiting in de Duitse Bondsrepubliek en in Nederland, 1966, blz. 84 e.v.)

5. Mijn conclusie is voorshands dat met de introductie van de onderscheiding algemene en bijzondere beperkingen weinig gewonnen is. Blijft de vraag òf en zo ja hoe in de grondwet de mogelijkheden tot beperking van grondrechten moeten worden aangegeven. Een simpele oplossing zou zijn geen enkele bepaling terzake op te nemen. De rechter zou dan in elk concreet geval moeten nagaan of de beperking zich met het grondrecht verdraagt. Aan een dergelijk oordeel zou ten grondslag moeten liggen een afweging van enerzijds het belang van het grondrecht en de mate waarin dit dreigt te worden beperkt en anderzijds het belang dat met die beperking gediend wordt. De voor- en nadelen van dit systeem springen in het oog. Vooral gezien de geringe aansluiting bij het ten onzent geldende stelsel bepleit ik bovenstaande oplossing niet, maar geef er de voorkeur aan om bij elk grondrecht tenminste zo duidelijk mogelijk aan te geven door wie het mag worden beperkt. J. M. Kan meent dat het erkennen van de mogelijkheid met name voor de lagere wetgever, om algemene beperkingen te stellen een vrijbrief zou kunnen betekenen om een grondrecht op ontoelaatbare wijze in te perken. (Zie NJB 1972, blz. 1038). Die vrees behoeft m.i., mits de beperkingsmogelijkheden strikt worden geredigeerd, niet te bestaan. Bovendien kan de rechter deze veronderstelde beperkingsdrift corrigeren.

Ter voorkoming van misverstand merk ik op dat het ontbreken van een beperkingsmogelijkheid bij een bepaald grondrecht niet betekent, dat met het grondrecht in strijd zijn regelingen die verhinderen dat iemand altijd, overal en op elke door hem gewenste wijze van zijn grondrecht gebruik maakt. Tot het treffen van regelingen die geen redelijk denkend mens kan beschouwen als een beperking van een bepaald grondrecht, moet de overheid bevoegd worden geacht, ook zonder dat de grondwet

daartoe machtigt. Zo kan de in het Wegenverkeersreglement opgenomen regeling m.b.t. het geven van geluidssignalen door bestuurders van motorvoertuigen moeilijk als een beperking van de vrijheid van meningsuiting worden beschouwd. Over de vraag òf een bepaalde regeling als een beperking van een grondrecht kan worden beschouwd is discussie mogelijk. In elk geval zal niet alleen de bedoeling van het overheidsorgaan, maar ook de strekking en het feitelijk effect van de maatregel in de beoordeling moeten worden betrokken.

Bescherming van het grondrecht kan ook gezocht in een limitatieve opsomming van de belangen ter bescherming waarvan het mag worden beperkt. Ik acht de beschermende waarde van een dergelijke bepaling niet groot. In verband met de onvoorzienbaarheid van de toekomstige beperkingsbehoeften, zal men – zeker bij een grondwettelijke formulering – zijn toevlucht wel moeten zoeken in uiterst vage termen, die al naar gelang de behoeften kunnen worden opgevuld. Illustratief is in dit verband HR 18 januari 1972, NJ 1972, 193 betreffende de Landschapsverordening Zeeland welke een beperking inhoudt van de in art. 10 Verdrag van Rome vervatte vrijheid van informatie. Deze vrijheid mag krachtens art. 10 lid 2 worden beperkt o.a. indien dit nodig is in het belang van de openbare orde ('prevention of disorder'). Volgens de Hoge Raad is aan deze eis voldaan wanneer de regeling beoogt 'het keren van een uit maatschappelijk oogpunt onaanvaardbare toestand'. Hier ziet men hoe, terwille van een maatschappelijk wellicht gewenste situatie, een term zo ruim (en m.i. te ruim) geinterpreteerd wordt, dat de beschermende werking ervan het nulpunt nadert. Van welke door een redelijke overheid vastgestelde beperking kan immers niet gezegd worden, dat ze een uit maatschappelijk oogpunt onaanvaardbare toestand beoogt (!) te keren?

Conclusie: aan het vermelden van de belangen ter bescherming waarvan een grondrecht mag worden beperkt zoals in het Verdrag van Rome geschiedt is uit een oogpunt van grondrechtsbescherming weinig behoefte.

Nog minder behoeft te worden gehecht aan de – spaarzame – doelcriteria die de huidige grondwet (artt. 9, 165) bevat en ook in het voorstel van de Staatscommissie te vinden zijn (artt. 9, 13), gezien de zeer ruime uitleg die aan de betrokken termen wordt gegeven (vgl. Burkens, a.w., blz. 87).

Derdenwerking

6. De Staatscommissie beantwoordt de vraag 'of grondrechten tevens rechtstreekse werking dienen te hebben in het rechtsverkeer tussen de

burgers onderling en derhalve door de rechter rechtstreeks kunnen worden toegepast op privaatrechtelijke verhoudingen' ontkennend. Ter motivering wordt gewezen op de omstandigheid dat de grondrechten in opzet en formulering georiënteerd zijn op de verhouding overheid-burger en op de ingrijpende consequenties die toekenning van derdenwerking zou hebben voor de opzet van de grondrechtsbepaling, met name voor de formulering van de beperkingsmogelijkheden. De Regering heeft zich bij dit standpunt aangesloten (Gedr. Stukken II 1970/71, 11.051, blz. 9).

D. H. M. Meuwissen vertolkt in een minderheidsnota een afwijkend standpunt. Hij pleit voor een zodanige formulering van de grondrechten 'dat de rechter daaraan derdenwerking kan toekennen, wanneer een redelijke rechtsontwikkeling zulks zou vereisen'. Voor zijn argumentatie verwijs ik naar zijn, in het Tweede rapport (blz. 102 e.v.) opgenomen nota.

7. Er dient m.i. goed te worden onderscheiden tussen de grondwettelijk gepositiveerde grondrechten en de erin vervatte rechtsbeginselen c.q. waardeoordelen, waarbij het ter voorkoming van misverstand beter is deze beginselen en oordelen niet met de term grondrechten aan te duiden. Ik heb nl. de indruk dat soms als gesteld wordt, dat de grondrechten derdenwerking hebben bedoeld wordt uitdrukking te geven aan de overtuiging dat de in de grondrechten tot uitdrukking gebrachte beginselen, waardeoordelen, programma's e.d. ook behoren te gelden in andere verhoudingen dan in de relatie overheid-burgers. Uit deze – door mij gedeelde – overtuiging behoeft echter niet noodzakelijkerwijs te volgen, dat de grondrechten zoals ze in de grondwet zijn gepositiveerd zonder meer, rechtstreeks van toepassing (behoren te) zijn ook in de privaatrechtelijke verhoudingen. Het kan immers – afgezien nog van een meer principiële stellingname op grond van overwegingen m.b.t. aard en karakter van een grondwet – opportuun zijn om òf de grondwet geheel te reserveren voor een regeling van de relatie tussen overheid en burgers, òf een concreet grondrecht zo te formuleren dat het zich bij uitstek tot de overheid richt, bijvoorbeeld omdat het slechts of vooral de overheid is die tot beperking van het grondrecht in staat of geneigd is (vgl. de artt. 2, 3, 5, 10, en 11 Ontwerp).

Met betrekking tot een bestaande grondwet kan het antwoord op de vraag of grondrechten rechtstreekse derdenwerking hebben dan ook pas na analyse van de individuele grondrechtsartikelen worden gegeven. Wat onze huidige grondwet betreft, kan globaal ingestemd worden met de stelling van de Staatscommissie dat de grondrechten in opzet en formulering georiënteerd zijn op de verhouding overheid-burgers. Globaal: d.w.z. dat er uitzonderingen zijn (vgl.art. 170 lid 1 GW, voorzover men

althans dit voorschrift als een grondrecht wenst te beschouwen), en dat van sommige grondrechten de formulering zich tegen rechtstreekse derdenwerking niet verzet).

8. De vraag rijst nu of voor de toekomst grondrechtsbepalingen zo moeten worden geformuleerd dat 'de grondrechten als het ware een grondwettelijke opening naar de mogelijkheid van derdenwerking zouden bieden', zoals Meuwissen bepleit (Tweede rapport, blz. 42).

Alvorens hierop een antwoord te geven moet worden nagegaan in hoeverre reeds nu de grondrechten een mogelijkheid tot doorwerking in de particuliere sfeer bieden.

Allereerst kan aan de grondrechten worden ontleend een opdracht aan de overheid (met name de wetgever) om die maatregelen te treffen die nodig zijn om de erin vervatte menselijke vrijheid ook te beschermen tegen aantasting door anderen dan de overheid (privaatrechterlijke werking door wetgeving noemt A. G. Maris dat in zijn preadvies NJV 1969, blz. 23).

Daarnaast kan gewezen op de betekenis van de grondrechten voor de interpretatie van privaatrechtelijke normen, met name de algemene begrippen als goede trouw, rechtmatigheid, onzedelijke oorzaak e.d. Een doorwerken van de grondrechten op deze wijze wordt in de doctrine aanvaard en meestal aangeduid met de term indirecte derdenwerking. Door een interpretatie die met de in de grondrechten neergelegde waarden in sterke mate rekening houdt, kan de rechter een rechtstoestand realiseren, die een rechtstreekse werking van de grondrechten in de particuliere sfeer zeer nabij komt.

Uit het bovenstaande kan geconcludeerd dat reeds nu de grondrechten een grondwettelijke opening bieden voor het laten doorwerken van de in de grondrechten vervatte fundamentele uitgangspunten in de particuliere sfeer. Ook sommige door de Staatscommissie voorgestelde formuleringen zijn daartoe geschikt.

9. Wat kan nu de aanvaarding van de zgn. rechtstreekse werking van grondrechten nog toevoegen aan de reeds geboden bescherming door de hierboven aangeduide indirecte derdenwerking?

Meuwissen wijst erop dat in de voorgestelde grondrechtsformulering 'steeds slechts – in abstracto – de kern van het grondrecht tot uitdrukking wordt gebracht'. 'Concretisering daarvan – en dus vaststelling van inhoud én beperkingen van het grondrecht – kan eerst geschieden aan de hand van de rechtssituatie, waarin het grondrecht moet gelden'. (Tweede rapport blz. 103).

Niet bepleit wordt derhalve het zonder meer, letterlijk, toepassen van een concrete grondrechtsbepaling, bv. het censuurverbod, in een pri-

vaatrechtelijke relatie, bv. een overeenkomst. Dat kan ook niet. (Vgl. J. van der Hoeven, Preadvies NJV 1969, tweede stuk, blz. 69). Rekening moet immers worden gehouden met de concrete rechtssituatie. Bepalend voor die situatie is echter dat het betreft een privaatrechtelijke relatie die beheerst wordt door eigen beginselen, o.a. dat van de contractsvrijheid. Nu kan m.i. de kern van het grondrecht worden beschouwd als een algemeen rechtsbeginsel. De rechter die moet bepalen wat recht is zal in de concrete situatie dit beginsel afwegen tegen het beginsel van de contractsvrijheid. (Tussen haakjes moet opgemerkt dat ik onder contractsvrijheid hier materiële contractsvrijheid versta; men kan er niet van uitgaan dat elke overeenkomst per definitie door betrokkenen in volle vrijheid is aangegaan). Blijft die afweging achterwege of geschiedt ze niet naar behoren, dan is er grond voor cassatie.

Reeds nu kan geconstateerd dat de rechter – vaak impliciet – tot een dergelijke afweging overgaat, dankzij de speelruimte die een aantal privaatrechtelijke begrippen hem biedt. (zie HR 21 juni 1929, NJ 1929, 135, Hof Arnhem 25 oktober 1948, NJ 1949, 331 en verder J. M. Polak, Preadvies NJV 1969, blz. 77 e.v.). Ik zie vooralsnog geen gevallen, waarin een zgn. rechtstreekse derdenwerking een wezenlijk verdergaande bescherming van de menselijke vrijheid kan realiseren dan via interpretatie van algemene privaatrechtelijke begrippen nu reeds mogelijk is. Dit geldt zowel voor contractuele-, als voor buiten contractuele betrekkingen tussen privaatrechtelijke subjecten.

Mijn conclusie luidt dan ook, dat bij expliciete erkenning van rechtstreekse werking van de grondwettelijke grondrechten in de praktijk materieel weinig zou veranderen (vgl. A. R. Bloembergen, Hand. NJV 1969, II, blz. 54, 55). Ook geeft die erkenning geen uitsluitsel m.b.t. het vraagstuk van de rangorde van de af te wegen beginselen. De erkenning bv. dat de vrijheid van vereniging en vergadering ook geldt in de relatie tussen burgers onderling wil immers nog niet zeggen, dat deze vrijheid in beginsel moet prevaleren boven in het privaatrecht erkende beginselen, zoals de contractsvrijheid en de testeervrijheid. Een abstracte rangorde, bv. in deze zin dat een bepaalde vrijheid hoger wordt gewaardeerd dan een andere, zou overigens ook weinig zin hebben. Het gaat immers steeds om een afweging van dat deel van de vrijheid dat na beperking overblijft tegen de mate waarin een andere vrijheid c.q. waarde wordt gediend.

Nu ook de voorgestelde formuleringen zich in de regel tegen een ontwikkeling waarbij de rechter in de privaatrechtelijke sfeer rekening houdt met de inhoud van de grondrechten niet verzet en ook een in de toelichting op de grondwetsvoorstellen vervatte mening daaromtrent een ontwikkeling in die richting niet vermag te beheersen, meen ik dat uit een oogpunt van derdenwerking tegen de voorstellen van de Staats-

commissie weinig bezwaar behoeft te worden aangetekend.

Uitzonderingstoestanden

10. In art. 76 Ontwerp is vastgelegd dat de wet bij het regelen van de gevolgen van de uitzonderingstoestanden mag afwijken van het in de artt. 8, 9, 10, 12 en 86 lid 2 bepaalde. Soortgelijke bepaling vindt men nu in de artt. 202 en 203 GW.

Terecht heeft de Staatscommissie hier niet het voorstel van de Proeve gevolgd, waarin de mogelijkheid werd geopend af te wijken van alle bepalingen in hoofdstuk I, derhalve van alle in de grondwet opgenomen grondrechten. De mogelijkheid om inbreuk te maken op de grondrechten dient immers beperkt te blijven tot die gevallen waarin volgens nu geldende opvattingen het belang van de uit- of inwendige veiligheid prevaleert. Dat afweging van de betrokken belangen de Staatscommissie ertoe heeft gebracht afwijking van bepaalde grondrechten, zoals de godsdienstvrijheid, niet te aanvaarden acht ik juist. De vraag kan intussen gesteld of met betrekking tot sommige grondrechten een afwijkingsmogelijkheid wel nodig is, gezien de ook zonder dat al vergaande bevoegdheden van de wetgever tot beperking van grondrechten. (Zie hierover W. F. Prins, NJB 1971, blz. 165).

Burkens (a.w., blz. 111) heeft bezwaar gemaakt tegen het opnemen in art. 76 tweede lid van art. 86 tweede lid, omdat daardoor onder omstandigheden van nood ook wijzigingen in de competentie van de gewone rechter kunnen worden gebracht. Het argument dat zo het in art. 202 vervatte verband met de militaire uitzonderingstoestanden zoek raakt overtuigt me niet. Burkens gaat er kennelijk bij voorbaat van uit dat – afgezien van de militaire uitzonderingstoestanden – geen enkele noodtoestand een wijziging in de competentie van de gewone rechter kan rechtvaardigen. Ik zou zover niet willen gaan. Het standpunt van de Staatscommissie acht ik aanvaardbaar, waarbij een rol speelt dat ik afwijking van art. 86 tweede lid moeilijk op één lijn kan stellen met afwijking van de andere artikelen, omdat ik in art. 86 tweede lid geen grondrecht kan zien.

Grondrechtsverwerking

11. Art. 17 Verdrag bevat de bepaling dat geen aanspraak op handhaving van een verdragsrecht bestaat voor diegenen die dat recht aanwenden met de bedoeling verdragsrechten te beperken verder dan het Verdrag toelaat (rechtsverwerking).

Ook in de grondwet van de Duitse Bondsrepubliek zijn dergelijke bepalingen (artt. 18 en 21 GG) te vinden. (Art. 18 GG bepaalt dat hij zijn grondrecht verwerkt die dit misbruikt 'zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung'). Het Bundesverfassungsgericht bepaalt of en in hoeverre van verwerking van een aantal met name genoemde grondrechten sprake is.

De Staatscommissie beantwoordt de vraag òf een soortgelijke bepaling in onze grondwet moet worden opgenomen ontkennend; het zou onjuist zijn aan hen die de vrijheid niet goed gezind zijn op die grond hun rechten te ontnemen.

Vooreerst een aantekening bij de motivering van de Staatscommissie nl. deze dat voor grondrechtsverwerking, zowel volgens het Verdrag als de Duitse grondwet, onvoldoende is een jegens die vrijheid vijandige *gezindheid*. Waar het op aan komt is dat die gezindheid uitmondt in actie, in wat het Bundesverfassungsgericht noemt 'eine aktiv kämpferische, aggressive Haltung' (Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht 1958, blz. 85).

Overigens onderschrijf ik de afwijzende stellingname van de Staatscommissie. Naast een principieel argument contra het opnemen van een soortgelijke bepaling als art. 17 Verdrag, nl. dat zulks indruist tegen de beginselen die aan de grondrechten zelf ten grondslag liggen, kan gewezen op het, onder de huidige omstandigheden, overbodige van een dergelijke bepaling. Met behulp van de bestaande wettelijke beperkingsmogelijkheden kan voldoende worden opgetreden tegen hen die, gebruik makende van hun grondrechten, de grondslagen van de samenleving in ernstige mate beogen aan te tasten (vgl art. 3 Wet vereniging en vergadering waarin sinds 1971 ook als een met de openbare orde strijdige vereniging wordt gekwalificeerd die vereniging die tot doel heeft of welker feitelijke werkzaamheid gericht is op 'het bedrijven, in stand houden of bevorderen van discriminatie van mensen volgens hun ras').

Een bijkomend nadeel van een bepaling als art. 18 GG is dat sommige er in voorkomende termen voor verschillende uitleg vatbaar zijn (demokratische, Grundordnung). Vooral wanneer deze begrippen moeten worden geinterpreteerd door overheidsorganen in het lagere, uitvoerende vlak (politie), kan dit tot ongerechtvaardigde aantasting van grondrechten leiden, die door de rechter soms moeilijk kan worden goedgemaakt.

Tenslotte past de, in de besproken bepalingen tot uitdrukking komende gedachte: geen democratie voor niet-democraten, als zodanig ook niet in onze traditie en wordt ze evenmin – zoals bij onze oosterburen – gevoed door ervaringen in het verleden. Hun ervaring kan ons echter een waarschuwing zijn. Er kan zich ook bij ons een situatie voordoen die een verdergaande beperking van sommige grondrechten dan

nu mogelijk is zou kunnen rechtvaardigen. Maar dat daarvoor een bepaling als art. 1 GG bij ons nodig is, waag ik – evenals Burkens (a.w., blz.151)– te betwijfelen.

Uitbreiding

12. Op eerder vermelde gronden laat ik bespreking van de afzonderlijke artikelen van hoofdstuk I achterwege. Slechts een enkele kanttekening.

In het voorstel van de Staatscommissie zijn enkele niet eerder als grondrecht gewaarborgde rechten opgenomen. Het zijn het actief en passief kiesrecht (art. 4), het verbod aan strafbepalingen terugwerkende kracht te verlenen (art. 11) en de vrijheid van betoging (art. 9). Noch art. 4 noch art. 11 betekent een uitbreiding van het arsenaal rechten en aanspraken waarover de Nederlandse burger momenteel beschikt. In zoverre betekent opneming onder de grondrechten – het zij aan een driehoofdige minderheid van de commissie toegegeven – geen duidelijk voordeel. Wel wordt aangesloten bij internationale regelingen op het gebied van de mensenrechten. Art. 7 Verdrag bv. bevat het nulla poena beginsel. Het argument dat toetsing daaraan een afdoende garantie vormt, lijkt echter voorbij te gaan aan het eerder door de Staatscommissie ingenomen standpunt dat het ongewenst zou zijn de bescherming van de vrijheidssfeer van de burgers afhankelijk te stellen van de toepassing van het internationale recht (Tweede rapport, blz. 32). Daar komt nog bij dat art. 11 Ontwerp verder gaat dan art. 7 Verdrag.

Het tegen art. 4 Ontwerp aangevoerde argument, nl. dat daardoor wettelijke regelingen inzake het kiesrecht kunnen worden getoetst, lijkt mij juist een voordeel. Ik zie niet in waarom een overigens aan grondrechten toetsende rechter wettelijke regelingen, die afbreuk doen aan een zo fundamenteel recht als het kiesrecht, onaangetast zou moeten laten.

Gezien het toenemend gebruik dat de laatste jaren van de betoging wordt gemaakt om, vooral politieke, gevoelens en gedachten te uiten en gezien de weigering van de rechter om dit middel van verspreiding in de bescherming van art. 7 GW te laten delen (vgl. HR 31 mei 1967, NJ 1968, 5) was het gewenst de betogingsvrijheid grondwettelijk te waarborgen. De Staatscommissie stelt voor dit recht toe te voegen aan het recht op vrijheid van vereniging en vergadering, hetgeen op grond van de sterke mate van overeenkomst in aard, functie en effect van vergadering en betoging goed te verdedigen is (vgl. A. M. Donner, preadvies NJV 1969, tweede stuk, blz. 32). Het door enkele leden van de Staatscommissie aangevoerde bezwaar dat door erkenning van de vrijheid van betoging één bepaalde wijze van gebruik van de openbare weg wordt

bevoordeeld ten opzichte van andere wijze van gebruik, overtuigt niet. Om te beginnen is men niet consequent, nu geen bezwaar wordt aangetekend tegen het impliciet in art. 6 Ontwerp erkende recht tot het houden van processies op de openbare weg. Bovendien kan in de nadere wettelijke regeling een goede afweging van de verschillende belangen van gebruikers van de openbare weg worden gerealiseerd.

Regeringsvoorstellen

13. Van de verder voorgestelde grondrechten zijn de meeste in de voorgestelde formulering door de regering overgenomen, zoals blijkt uit het, hier overigens niet ter discussie staande, in 1970 ingediende wetsontwerp (Gedr. stukken 1970/7k, II, 11.051). Het betreft de artt. 1, 2, 3, 4, 5, 7, 9, en 11. Geringe wijzigingen zijn door de regering aangebracht in de artt. 6, 10, 12 en 13. Niet overgenomen is art. 8 (vrijheid van meningsuiting). Het daarvoor in de plaats gestelde art.9b zal, gezien de terecht er op uitgeoefende kritiek, wel worden teruggenomen. Maar dat het ook in gewijzigde vorm tot veel discussie aanleiding zal geven, lijkt wel zeker, gezien de belangstelling waarin deze vrijheid zich in de regel mag verheugen en de complicaties die zich bij de concretisering ervan in een grondwettekst voordoen.

Tenslotte zij nog vermeld, dat het door de Staatscommissie voorgestelde artikel 7 inmiddels als art. 208 tweede lid in de huidige grondwet is opgenomen (Wet van 10 febr. 1972, Stbl. 106).

Sociale grondrechten

14. De term 'sociale grondrechten' is misleidend. Ten eerste omdat ook de klassieke grondrechten betrekking hebben op de mens in zijn relatie tot anderen, en vervolgens omdat met de term sociale grondrechten aangeduide formuleringen niet altijd aan de burgers toekomende rechten vastleggen.

Op grond van het feit dat de term zowel in als buiten Nederland ingeburgerd is en geen al te grote belemmering vormt voor het inzicht in datgene wat men er mee wil aanduiden, kan met het gebruik ervan, ook in de grondwet, worden ingestemd.

15. Sociale grondrechten komen vooral daarin met klassieke grondrechten overeen, dat met de handhaving van beide categorieën grondrechten wordt beoogd de mens in staat te stellen in vrijheid en verantwoordelijkheid zijn persoonlijkheid, individueel en in zijn relatie met anderen, te ontplooien en daarmee bij te dragen tot de opbouw van die samenleving. Sociale grondrechten verschillen met name daarin van de

klassieke grondrechten dat met betrekking tot het overheidsoptreden bij de klassieke grondrechten de nadruk wordt gelegd op de plicht van de overheid zich van het maken van inbreuk op de betrokken vrijheid te onthouden, terwijl bij de sociale grondrechten het accent valt op de plicht van de overheid tot het verrichten van een prestatie. De klassieke grondrechten vertonen daardoor een meer absoluut karakter, terwijl de sociale grondrechten een meer relatief karakter laten zien, omdat zij in de regel nadere positivering door de overheid behoeven.

Het betreft m.i. hier een gradueel en geen principieel onderscheid. Ook de Staatscommissie lijkt die opvatting toegedaan, gezien haar uitspraak dat de zgn. klassieke grondrechten in bepaalde gevallen een institutioneel karakter krijgen en het feit dat in het hoofdstuk sociale grondrechten ook zijn opgenomen rechten die door de overheid vooral worden gehonoreerd door het achterwege laten van belemmerende maatregelen. (vgl. art. 80 lid 3).

Daarnaast kan als gradueel verschil worden aangemerkt de omstandigheid dat de mate waarin de sociale grondrechten kunnen worden gerealiseerd sterker afhankelijk is van de sociaal-economische situatie van het moment dan bij de klassieke grondrechten het geval is.

Gezien het graduele en niet principiële karakter van de genoemde verschillen tussen klassieke en sociale grondrechten is de formulering en de plaats die men er in de grondwet aan geeft vooral een kwestie van wetgevingstechniek.

16. De klassieke grondrechten geven vooral uitdrukking aan de idee van de rechtsstaat; de sociale grondrechten aan de idee van de sociale staat ('Massnahme-Staat', E. R. Huber).

De moderne, westerse staat behoort niet alleen rechtsstaat of alleen sociale staat te zijn, maar beide ('soziale Rechtsstaat'). Dit betekent dat de staat bij het nemen van maatregelen ter bereiking van het sociale welzijn van de burgers in acht moet nemen de grenzen die uit de rechtsstaatsgedachte voortvloeien, zulks op straffe van te ontaarden in een dictatuur. Of met de woorden van Ernst Forsthoff: 'Rechtsstaat und Sozialstaat sind einander zugeordnet in einem Verhältnis der Ergänzung, dem das Moment der Spannung nicht fehlt', (Zie 'Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats", van 1954, opgenomen in de bundel Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, Darmstadt 1968, blz. 197). Het in de grondwet opnemen van èn klassieke èn sociale grondrechten betekent derhalve niet het samenbrengen van onverenigbare, tegenover elkaar te stellen rechten, maar van elementen die elkaar aanvullen. Deze complementariteit komt duidelijk tot uitdrukking in de reeds in de grondwet opgenomen regeling met betrekking tot het onderwijs. Enerzijds wordt de vrijheid om onderwijs te geven zonder inmen-

ging van de overheid behoudens een enkele uitzondering (toezicht, onderzoek bekwaamheid en zedelijkheid van de onderwijzer) gegarandeerd. Anderzijds wordt het onderwijs in de zorg van de overheid aanbevolen en een aanspraak ten gunste van het bijzonder algemeen vormend lager onderwijs geformuleerd op bekostiging uit de openbare kas. De relatie tussen beide elementen kan aldus worden gezien, dat overheidsbemoeiing nodig is om de uitoefening van de vrijheid van onderwijs mogelijk te maken.

Ook ten aanzien van andere klassieke grondrechten kan de stelling verdedigd, dat de overheid maatregelen dient te nemen om de uitoefening ervan te waarborgen. De plicht tot handelen kan ontleend aan de opneming van het betrokken grondrecht in de grondwet, waarmee immers door de grondwetgever de fundamentele waarde van het in dat grondrecht gepositiveerde rechtsbeginsel wordt erkend. (Vgl. Tweede rapport, blz. 30: 'Zowel afweer van ongerechtvaardigd overheidsingrijpen als actieve overheidsbemoeienis ter bevordering van de menselijke ontplooiingsmogelijkheden worden thans als functies van grondrechten beschouwd'.)

17. Grondwettelijke vastlegging van grondrechten vervult verschillende functies.

Allereerst wordt bepaald in hoeverre de overheid tot eerbiediging c.q. verwezenlijking van de in het grondrecht neergelegde beginsel gehouden is, waardoor aanspraken van de enkeling worden erkend en verzekerd. Het normatieve karakter en derhalve de beschermende werking van de geformuleerde grondrechten neemt toe naarmate de overheidsverplichtingen concreter zijn omschreven. Uit dat oogpunt bezien verdient het de voorkeur om grondrechten voorzover ze rechtens afdwingbare aanspraken bevatten als zodanig te formuleren. Ook echter een opdracht aan de wetgever kan een rechtswaarborg aan de burgers verschaffen, voorzover deze zich namelijk verzet tegen het intrekken van reeds bestaande – aan de burgers rechten toekennende – wetgeving.

Daarnaast wordt met de vastlegging van grondrechten in de grondwet uitgesproken dat het in een grondrecht gepositiveerde rechtsbeginsel voor de Nederlandse samenleving van uitzonderlijke waarde is. Het aldus gepositiveerde rechtsbeginsel heeft een dynamische functie: het dwingt tot verdere uitwerking. Ook impliceert het een oproep tot ieder dat beginsel te eerbiedigen.

18. Grondrechten die geen rechtens afdwingbare aanspraken inhouden, dienen noch als rechtsbeginsel of als beginseluitspraak, noch als subjectieve rechten te worden geformuleerd.

Niet als beginselen, omdat de wet geen beginselen maar geldend recht dient te bevatten (het poneren van een rechtsbeginsel dient niet te worden verward met positivering ervan); niet als subjectieve rechten, omdat daardoor verwachtingen worden gewekt die wellicht niet kunnen worden waargemaakt. De overheid heeft het immers niet zelf in de hand in welke mate de uit de sociale grondrechten voortvloeiende aanspraken kunnen worden gehonoreerd.

Wel kunnen ze in de grondwet worden opgenomen als instructienorm, gericht tot wetgever en bestuur. Het bezwaar, dat de grondrechten in deze vorm de burger weinig garanties op nakoming bieden, weegt niet op tegen het voordeel dat gelegen is in de uitdrukkelijke erkenning van het fundamentele belang voor de mens en samenleving van de in het grondrecht uitgedrukte waarde en de – zij het geringe – normatieve kracht van de opdracht.

19. Beoordeling tegen de achtergrond van het bovenstaande van de voorstellen van de Staatscommissie inzake de sociale grondrechten, leidt mij tot de volgende conclusies.

Ingestemd kan worden met het voorstel sociale grondrechten in de grondwet op te nemen, gezien de erkenning die zulks impliceert dat de erin uitgedrukte waarden en verworvenheden voor onze samenleving fundamenteel zijn.

Aan de voorwaarde dat de sociale grondrechten niet als subjectief recht mogen worden geformuleerd, indien zij niet rechtens afdwingbare aanspraken inhouden, en dat ze evenmin als louter beginseluitspraken mogen worden verwoord, is voldaan. Terecht is afgezien van het opnemen van 'sociale grondrechten', die nog geen begin van verwerkelijking vertonen.

De opvatting van de Staatscommissie over de plaats van de sociale grondrechten in de grondwet kan niet worden gedeeld. Gezien de nauwe samenhang tussen klassieke en sociale grondrechten verdient plaatsing in één of elkaar opvolgende hoofdstukken de voorkeur.

Voor het geval de rechterlijke toetsingsbevoegdheid wordt geïntroduceerd, dienen die elementen van de sociale grondrechten die geen door de burgers geldend te maken recht vestigen in een afzonderlijk hoofdstuk te worden geregeld. Zie de artikelen 80 lid 1g en 2, 81 lid 1 en 2, 82, 83 lid 1 en 2 en 84. Het betreft hier òf een opdracht aan de overheid zich een bepaald belang aan te trekken òf een opdracht aan de wetgever tot het stellen van regels. Toetsing door de rechter is wat de opdrachten tot zorg aan de overheid betreft vrijwel onmogelijk gezien vooral de onbepaaldheid van die opdracht en voor wat betreft de opdracht aan de wetgever ongewenst o.a. gezien de geringe mogelijkheid die de rechter heeft de wetgever tot handelen te dwingen. Daarbij moet bedacht dat

het niet alleen de bedoeling van de Staatscommissie is de reeds tot stand gekomen wetgeving op een bepaald terrein te bevestigen, maar ook de wetgever te stimuleren zich te beraden over de vraag of een verdere uitbouw van het reeds geregelde wenselijk is. Rechterlijk ingrijpen in dit proces van besluitvorming bij de wetgeving pas niet bij ons, voor een rechtsstaat kenmerkend, systeem van bevoegdheidsverdeling. Ook overigens zouden er bij een rechterlijke procedure tegen de overheid, die wel op art. 1401 BW gebaseerd zou moeten worden, moeilijkheden rijzen: wie moet worden aangesproken; wie is belanghebbende (het te regelen recht krijgt immers pas zijn inhoud door de vast te stellen wet); welke sancties zijn mogelijk etc. Het ontbreken van rechterlijke toetsing behoeft echter niet al te zeer betreurd te worden, aangezien het ter zake niet zozeer gaat om het voldoen aan de opdracht om regels te stellen, als wel om de vraag welke inhoud aan de regeling wordt gegeven.

Anders dan de Staatscommissie acht ik het aanvaardbaar en gewenst de eventueel in de grondwet geïntroduceerde rechterlijke toetsing aan de klassieke grondrechten, ook van toepassing te laten zijn op de rechtens afdwingbare onderdelen van de sociale grondrechten. Dit betekent dat bij aanvaarding van de rechterlijke toetsing de artt. 80 lid 3, 81, lid 3, 83 lid 3, 4 en 5, in een eventueel aangepaste redactie, in hetzelfde hoofdstuk kunnen worden ondergebracht als de klassieke grondrechten. Het gaat daarbij immers om individuele grondrechten, waarvan nakoming kan worden afgedwongen.

De argumentatie die de Staatscommissie aanvoert contra deze rechterlijke toetsing overtuigt mij niet (Eindrapport, blz. 216, 217). Allereerst ligt het volgens de Staatscommissie 'geenszins voor de hand, dat de interpretatie van de rechter met betrekking tot een sociaal grondrecht in de plaats van de wetgever zou mogen worden gesteld'. Mijns inziens ligt dat nu juist wél voor de hand, gezien enerzijds de overeenkomst tussen deze sociale grondrechten en de klassieke grondrechten (zie bv. art. 80 lid 3) en anderzijds het verschil tussen genoemde sociale grondrechten en de overige bepalingen der grondwet ten aanzien waarvan toetsing is uitgesloten. Het tweede argument van de Staatscommissie is dat 'het bij een sociaal grondrecht veelal gaat om beleidsbeslissingen met verstrekkende financiële gevolgen'. Bij de in het voorstel van de Staatscommissie opgenomen door de burger geldend te maken sociale rechten, gaat het echter helemaal niet in de eerste plaats om beleidsbeslissingen. Zie alweer art. 80 lid 3. Toegegeven moet intussen worden, dat van toetsing van de wet in formele zin aan sociale grondrechten die een zelfstandig door de burgers geldend te maken recht vestigen geen te hoge verwachtingen mogen worden gekoesterd, gezien de ruimte die aan de wetgever bij de regeling van de gegarandeerde aanspraken is gelaten.

Opgave van voor de discussie betreffende de voorstellen van de Staatscommissie aangaande de grondrechten relevante literatuur.

– A. D. Belinfante, Vrijheid van demonstratie. Alphen aan den Rijn 1966.
– P. J. Boukema, Vrijheid van meningsuiting en art. 7 van de Grondwet.
In: R. M. Themis 1969, blz. 119-141.
– M. C. Burkens, De proeve van een nieuwe grondwet en de grondrechten.
In: NJB 1967, blz. 245-252.
– M. C. B. Burkens, Beperking van grondrechten. Deventer 1971.
– J. L. H. Cluysenaer, De betekenis van de sociale grondrechten.
In: Sociaal Maandblad Arbeid 1961, blz. 235-239.
– A. M. Donner, Preadvies NJV over de vraag: Dient de uitoefening van de grondrechten, welke meningsvorming, meningsuiting en informatie betreffen, grondwettelijk nader geregeld te worden? Zwolle 1969.
– N. E. H. van Esveld, Vrijheid van arbeid. Alphen aan den Rijn 1963
– N. E. H. van Esveld, De sociaal-economische betekenis van de rechten van de mens.
In: De rechten van de mens. Leiden 1968, blz. 22-42.
– G. Hekkelman, De betekenis van het Europees Sociaal Handvest.
In: Rechten van de mens in perspectief. Deventer 1968, blz. 89-101.
– J. van der Hoeven, de waarde van de grondwet. Zwolle 1962.
– J. van der Hoeven, Preadvies NJV over de zelfde vraag als preadvies A. M. Donner. Zwolle 1969.
– Th. A. M. van der Horst, Ambtenaar en grondrechten. Alphen aan den Rijn 1967.
– J. M. Kan, Bespreking van Burkens' Beperking van grondrechten.
In: NJB 1971, blz. 1036-1039.
– A. Kok, Afwijking van de grondrechten in tijden van nood.
In: Militair Rechtelijk Tijdschrift LXV, 1972, no. 3.
– C. A. J. M. Kortmann, Misbruik van grondrechten in het Nederlandse recht.
In: Tijdschrift voor Overheidsadministratie 1971, blz. 347-350.
– G. Kuypers, Grondwet en verworvenheden.
In: Acta politica, jrg. II (1966/67), blz. 89-101.
– H. J. J. Leenen, Sociale grondrechten en gezondheidszorg. Hilversum 1966.
– J. J. Loeff, Preadvies NJV over de vraag: Behoren sociale grondrechten als vervat in de internationale verklaring van de rechten van de mens, ook door ons recht aanvaard, in de grondwet verankerd en wet-

telijk nader omschreven te worden? Zwolle 1953.
– H. Th. J. F. van Maarseveen, Grondwetswijziging inzake de drukpersvrijheid. In: NBJ 1971, blz. 33-41.
– A. G. Maris, Preadvies NJV over de vraag: Dient de wet bijzondere regelen te bevatten ten aanzien van de civielrechtelijke werking van grondrechten en zo ja, welke? Zwolle 1969.
– D. H. M. Meuwissen, Grondrechten en Rechtspraak in de Proeve. In: R. M. Themis 1967, blz. 382-458.
– D. H. M. Meuwissen, Het Verdrag van Rome en de Nederlandse rechtspraak.
In: Rechten van de mens in perspectief. Deventer 1968, blz. 59-77.
– C. H. F. Polak, Preadvies NJV over de zelfde vraag als J. J. Loeff. Zwolle 1953.
– J. M. Polak, Preadvies NJV over de zelfde vraag als A. G. Maris, Zwolle 1969.
– W. F. Prins, Kanttekeningen bij de 'Proeve'. In: NBJ 1966, blz. 593-603 en 627-637.
– W. F. Prins, Aanzienlijke uitbreiding van de grondrechten? In: NJB 1971, blz. 161-176 en 202-208.
– J. T. van Stegeren, De Proeve en de sociale grondrechten. In: Sociaal Maandblad Arbeid 1966, blz. 451-465.
– H. N. Teuben, Recht op arbeid. Assen 1955.
– Th. Tomandl, Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht. Tübingen 1967.
– F. J. H. M. van der Ven, Sociale grondrechten, Utrecht-Antwerpen 1957.
– F. J. H. M. van der Ven, Vijf stellingen over sociale grondrechten op economisch gebied.
– J. J. M. van der Ven, De Sexto, oftewel over sociale grondrechten. In: Bijzonder nummer van het NJB 1971, getiteld: Een nieuwe grondwet? blz. 57–66.

PRE-ADVIES VAN PROF. MR. H. J. M. JEUKENS

GRONDRECHTEN EN RECHTERLIJKE TOETSING

1. Inleiding

Het aantal staten, waarin op enigerlei wijze is voorzien in de handhaving van de hoogste wet, de grondwet, ook tegenover de wetgever, is na de tweede wereldoorlog sterk in aantal toegenomen. Wellicht is hier sprake van een van de meest typerende elementen van hetgeen Hauriou noemt 'la quatième vaque de constitutionalisation'.[1] Allereerst kunnen in dit verband worden genoemd West-Duitsland, Italië, Oostenrijk en Japan, waar het noodzakelijk was de grondslag te creëren voor een nieuwe democratische rechtsorde. Oostenrijk kon daarbij terugvallen op een sinds 1920 bestaande situatie.

Als tweede categorie kunnen worden genoemd de nieuwe staten, die binnen het Britse Gemenebest onafhankelijke souvereine staten zijn geworden. Canada, Nieuw Zeeland en Australië waren dat reeds, maar na 1945 is het aantal 'members of the British Commonwealth' nog met ongeveer 30 uitgebreid. De onafhankelijkheid werd geregeld in z.g. independance-acts, terwijl de 'Crown' de eerste constitutie vaststelde als waarborg voor een goed toekomstig bestuur. Dat de wetgever gebonden zou zijn aan deze constituties en dat de rechter, soms nog de Prior Council, eventueel de wet daaraan zou toetsen was 'a matter of logic'.[2] Uiteraard mag in dit verband niet worden nagelaten te wijzen op Frankrijk, waar in de grondwet van 1958 de Conseil Constitutionnel werd geïntroduceerd als een geheel eigen vorm van 'controle constitutionnelle', maar men vergete niet, dat in de lijst van hier bedoelde staten ook thuis horen Zwitserland, Turkije, de Scandinavische landen en Finland, waar de ontwikkeling niet gebonden was aan grondwetsherziening maar aan wijziging van het standpunt van de rechter, alsmede Latijns Amerikaanse Staten als Columbia, Mexico en Argentinië.

Deze ontwikkeling van het instituut vindt haar weerslag in de literatuur. Dat ziet men in de nationale literatuur van de onderscheiden

1. André Hauriou, Droit Constitutionnel et institutions politiques, 1967, 2me éd., pag. 79.
2. S. A. de Smith, The new commonwealth and its constitutions, pag. 109.

staten. Het betreft de interpretatie van de grondwet en de aanvaarding van rechterlijke toetsing in een beslissing inzake een van de fundamentele staatsrechtelijke competenties. In de V.S. van Amerika, waar de rechter zich sedert de bekende uitspraak i.z. Masbury v. Madison in 1801 bevoegd en verplicht acht de federale wet aan de grondwet te toetsen, blijven ook thans nog vóór- en tegenstanders van toetsing hun argumenten aandragen.

Eenmaal rechterlijke toetsing aanvaard, is de ontwikkeling van de jurisprudentie al even belangrijk. Ik wijs op de overzichten van de 'Verfassungsgerichtsbarkeit' in de onderscheiden landen, welke regelmatig verschijnen in Jahrbuch des öffentlichen Rechts.[3] Ook voor de rechtsvergelijking ligt hier een heel belangrijk terrein. In 1961 vond in Heidelberg onder auspiciën van het Max Planck Institut een colloquium plaats, dat was gewijd aan het onderwerp Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. De rapporten van referenten uit 17 landen, samenvattende overzichten en het verslag van dit colloquium verschenen in 1962 onder dezelfde titel. Het is voor zover mij bekend de meest omvattende rechtsvergelijkende arbeid tot nu toe op dit gebied verricht. Voor wat betreft ons land herinner ik aan de laatste jaarvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, waar eveneens het toetsingsrecht werd behandeld. Pre-adviseur was Mr. L. Prakke.[4]

Tenslotte vermeld ik hier een recente studie van Marno Cappelletti en Theodor Ritterspach [5] in het bijzonder omdat deze studie enige onderwerpen behandelt, waaraan ik gaarne aanstonds eveneens aandacht zou willen schenken.

2. *Grondwet en toetsingsrecht*

Als eerste van die onderwerpen noem ik hier de vraag of en zo ja welk verband er mogelijkerwijs bestaat tussen de structuur van de grondwet en de rechterlijke toetsing. Dit aspect wordt wel eens genoemd, maar nauwelijks veel meer dan dat.[6] Toch geeft het onderwerp van dit preadvies in het bijzonder aanleiding althans met enige korte aanteke-

3. hierna aangeduid met JöR.
4. Mr. L. Prakke, Toetsingsrecht, geschrift no. 6 van de Ned. Ver. voor Rechtsvergelijking, thans opgenomen in zijn dissertatie Toetsing in het publiekrecht, pag. 73 e.v. Ik merk op deze plaats op, dat dit pre-advies een nadere uitwerking is van mijn interventie op genoemde jaarvergadering.
5. Marno Cappelletti en Theodor Ritterspach, Die gerichtliche Kontrolle der Verfassungsmäszigkeit der Gesetze in rechtsvergleichender Betrachtung, in JöR, N.F. Bd 20, pag. 65 e.v.
6. vgl. b.v. Prakke, t.a.p. pag. 8.
Zie omtrent de samenhang van rechterlijk toetsingsrecht en procedure van grondwetsherziening Prakke in N.J.B. 1970, pag. 969. e.v.

ningen daarover iets meer te zeggen. Het ligt voorts in de lijn van dit preadvies om mij ook hier te beperken tot bepalingen inzake grondrechten. Bovendien zou ik alleen voorbeeldsgewijs willen aangeven in welke richting ik de relatie zoek van de relatie tussen grondwet en toetsingsrecht.

Het eerste voorbeeld ontleen ik aan de constitutie van de Verenigde Staten van Amerika. De grondrechten zijn vervat in de eerste negen 'amendments'. De formulering is overwegend die van een verbod aan de wetgever of van een recht voor de burger. 'Congress shall make no law . . . abridging the freedom of speech . . .' (Am. I) 'The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated . . .' (Am. IV). Soms vindt een nadere qualificatie plaats van verbod of vrijheid. De bekendste is de 'without due process'-clausule, welke een zo belangrijke rol heeft gespeeld in de jurisprudentie van het Supreme Court. 'No person . . . shall be deprived of live, liberty or property without due process of law; . . .' (Am. V). De vrijheid van vergaderen is gegarandeerd als 'the right of the people peacably to assemble' (Am. I).

Verwijzingen naar te maken wettelijke regelingen komt slechts voor met betrekking tot betrekkelijk ondergeschikte punten en dan zijn het nog geen beperkingen maar is het voorschrift om te regelen ook als zodanig een garantie. Inkwartiering vindt plaats 'in a manner to be prescribed by law' (Am. III). Men staat voor misdrijven terecht in een district 'which shall have been previously ascertained by law'. (Am. VI).

De absolute omschrijving betekent nog geen absolute vrijheid. Dat blijkt uit het begrip 'unprotected speech' dat in de jurisprudentie van het Supreme Court tot ontwikkeling kwam, hoezeer men in het algemeen deze beperking van de vrijheid beperkt houdt tot 'libelous speech' en 'obscane speech'.[7]

Men zou kunnen zeggen, dat het Amerikaanse staatsrecht wel het z.g. algemeen wettelijk voorbehoud kent, maar niet het z.g. bijzonder wettelijk voorbehoud, d.w.z. de bevoegdheid en plicht van de wetgever de inhoud van het recht door regelingen en beperkingen te bepalen. Noch hier, noch in de wetgeving worden de vrijheden gefixeerd. In 'case-law' krijgen de grenzen ervan gestalte. De grondrechten zijn gepositiveerde rechtsbeginselen, welke de rechtsontwikkeling hebben beheerst en zullen blijven beheersen. Het is een 'open' grondwet, waarin een rechterlijke toetsing niet alleen past maar ook noodzakelijk is.[8]

7. Bernard Schwartz, A Commentary on the Constitution of the United States, Part III, vol. I, pag. 296 e.v.

8. Vgl. Cappelletti-Ritterspach, t.a.p. pag. 108-109 'Nach modernen Auffassung ist die Verfassungsnorm nichts anderes als der – vielleicht unmögliche, aber tief im Wesen des Menschen begründet – Versuch, die höchsten Werte in das geschriebene Recht überzuleiten, sie in eine positiv-rechtliche Norm hineinzuzwingen und so festzuhalten, und deutlich zu umgrenzen, was seiner Natur nach nicht festgehalten und genau umgrenzt werden kann, das Absolute. Die Verfas-

Het tweede voorbeeld levert een geheel ander beeld op. Ik ontleen het aan de West-Duitse grondwet.[9] Het meest kenmerkend van dit voorbeeld is, dat veel van hetgeen elders voorgeschreven norm of beginsel bleef hier werd geëxpliciteerd, onder woorden werd gebracht en gepositiveerd. Ik noem in dit verband de volgende punten.

De catalogus van grondrechten, waarvoor door positivering een grondwettelijke waarborg wordt gecreëerd, is altijd wel onvolledig. De samenstelling wordt bepaald door maatschappelijke urgentie. Dat betekent, dat er altijd nog rechten en vrijheden van burgers overblijven, die niet worden genoemd maar toch naar algemene overtuiging door wetgeving en bestuur moeten worden gerespecteerd. Art. 2, lid 1 van het Bonner-Grundgesetz brengt deze onbenoemde vrijheden in een formule onder grondwettelijke bescherming. 'Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit'. Daaraan wordt echter toegevoegd, dat iedereen dit recht slechts heeft, 'soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäszige Ordnung oder das Sittengesetz verstöszt'. Ook al heeft men er bezwaren tegen dit voorbehoud rechtstreeks van toepassing te achten op de overige benoemde grondrechten, dan is men toch bereid deze clausule te aanvaarden als een 'Verfassungsvorbehalt zur Interpretation immanente Grundrechtsschranken'.[10] Wanneer wij zeggen dat het z.g. algemeen wettelijk voorbehoud niet in de grondwet tot uitdrukking behoeft te komen, dan geeft de duitse grondwet op deze wijze daarvoor toch een bepaald aanknopingspunt.

Bijzondere grondwettelijke bepalingen inzake grondrechten geven wel – al dan niet geclausuleerd – aan de wetgever de bevoegdheid of de verplichting de uitoefening van die rechten te regelen of te beperken. Ook wanneer van een clausulering geen sprake zou zijn dan is het toch aannemelijk dat deze bevoegdheid niet onbeperkt is. De grondwettelijke waarborg mag niet geheel worden uitgehold en terzijde geschoven. Waar ligt die grens? Ook hier vonden de makers van het Bonner Grundgesetz een formule, welke elders niet voorkomt. Art. 19 stelt aan wetten als hier bedoeld enige formele eisen en vervolgt dan in lid 2: 'In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden'.

Tenslotte lijkt het van belang er op te wijzen, dat het hoofdstuk grond-

sungsgerichtsbarkeit soll diese Positivierung, diese 'Umgrenzung' garantieren; sie ist aber auch das Instrument, das sie allein erst annehmbar macht; denn erst sie schafft die Möglichkeit, die in der Verfassung fixierten Rechtsgedanken und Wertvorstellungen an die konkrete Erfordernisse einer schicksalhaften ständigen Veränderung der Lebensverhältnisse anzupassen'.

9. Vgl. daaromtrent P. J. Boukema. Enkele aspecten van de vrijheid van meningsuiting in de Duitse Bondsrepubliek en in Nederland, diss. 1966.

10. Marnz-Dürig, Grundgesetz, pag. 2[1], 60.

rechten van deze grondwet ook bepalingen bevat, die rechtsbeginselen omschrijven, welke verder reiken dan individuele vrijheidsrechten. Ik denk met name aan het gelijkheidsbeginsel van art 3: 'Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich'. Von Mangoldt-Klein spreken hier van een 'Grundsatznorm für die gesamte Rechtsordnung.[11]

In tegenstelling tot de Amerikaanse grondwet vindt men hier een 'bewuszt subtil geregeltes System der Grundrechtsbeschränkungsmöglichkeiten'.[12] Het blijft evenwel een systeem, dat is opgebouwd door formulering van fundamentele rechtsbeginselen. In zoverre is het een open systeem zoals het Amerikaanse met daaraan verbonden dezelfde conclusie, nl. dat een rechterlijke toetsing een noodzakelijk complement is. Het gaat om beginselen, die niet in algemene abstracte normen zijn uit te werken. De casus-posities, waarin een beroep op deze beginselen kunnen worden gedaan zijn niet vooraf overzienbaar, temeer niet omdat geen deel van de wetgeving van hun werking is uitgezonderd. Kiest men eenmaal voor een structuur als het hoofdstuk grondrechten als hier bedoeld, dan kunnen de bepalingen ervan alleen effect en inhoud krijgen door een uiteindelijke afweging van beginselen en normen in het concrete geval.

Wanneer men de relatie tussen structuur en inhoud van de grondwet enerzijds en het toetsingsrecht anderzijds onderzoekt dan kan men de rechtstelsels, waarin het toetsingsrecht ontbreekt rechtsvergelijkend niet meer buiten beschouwing laten, hetgeen tot nu toe meestal wel geschiedt. Ik zie mij daarom genoodzaakt daarvan op deze plaats eveneens een voorbeeld te vermelden, zij het kort, gezien het karakter van dit pre-advies en zijn onderwerp, en zij het tevens onder erkenning van het extreme karakter van het voorbeeld. Het betreft de grondwet van de U.S.S.R.

Als typerend neem ik een twee-tal bepalingen uit hoofdstuk X van de Constitutie van de U.S.S.R., getiteld – ik citeer uit de engelse vertaling van Peaslee – fundamental rights and duties of citizens. Art. 120 bepaalt: Citizens of the U.S.S.R. have the right to maintenance in old age and also in case of sickness or disability. This right is ensured by the extensive development of social insurance of industrial, office, and professional workers at state expense, free medical service for the working people, and te provision of a wide network of health resorts for the use of the working people.

De tweede bepaling is het bekende art. 125, waarin o.m. de vrijheid van spreken en van pers wordt gegarandeerd 'in conformity with the interests of the working people, and in order to strengthen the socialist

11. von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 1966, Band I pag. 195.
12. Marnz-Dürig t.a.p. pag. 21, 56

system'.[13] In een tweede lid worden middelen opgesomd ter verzekering van deze rechten.

De collectiviteit en de gemeenschapsdoeleinden worden vooropgesteld, terwijl de formulering uitmondt in de te nemen overheidsmaatregelen en het te voeren beleid. Ons onderscheid tussen sociale grondrechten en de vrijheidsrechten vervaagt. Het politiek programmatische karakter is overwegend in dit deel van de grondwet. De grondwet garandeert ook niet zelf. De vrijheden van art. 125 'are guaranted by law'. Wettelijke voorbehouden passen hier niet, evenmin rechterlijke toetsing door een onafhankelijke rechter.[14] Rechterlijke toetsing wordt ook uitdrukkelijk afgewezen als 'dem Wesen des sozialistischen Staates widersprechend'[15] zulks onder verwijzing naar het beginsel van de eenheid van de staatsmacht en naar de leer van de volkssouvereiniteit, zoals Cappelletti en Ritterspach uiteenzetten.[16]

Tot zover dit laatste voorbeeld, waarin op extreme wijze de interpretatie van de grondwet een politieke vraag is.[17] en dienovereenkomstig rechterlijke toetsing een met opbouw en systeem van dit rechtsstelsel onverenigbare zaak. Men kan het ook anders zeggen. Het betreft hier een 'gesloten' grondwet, een 'statische Verfassung' zoals Cappelletti en Ritterspach het noemen, en het toekennen van de uitsluitende competentie tot interpretatie ervan aan een politiek orgaan is er de uitdrukkingsvorm van.

13. De volledige tekst van art. 125 luidt:
In conformity with the interests of the working people, and in order to strengthen the socialist system, the citizens of the U.S.S.R. are guaranteed by law:
(a) freedom of speech;
(b) freedom of the press;
(c) freedom of assembly, including the holding of mass meetings;
(d) freedom of street-processions and demonstrations.
These civil rights are ensured by placing at the disposal of the working people and their organisations printing presses, stocks of paper, public buildings, the streets, communications facilities and other material requisities for the exercise of these rights.
14. Art. 112 van de grondwet van de U.S.S.R. bepaalt:
Judges are independent and subject only to law. Schapiro, The government and politics of the Sovjet Union, pag. 171, noemt evenwel enige factoren, waardoor deze bepaling een andere betekenis krijgt dan wij er wellicht aan zouden geven. O.m. schrijft hij: 'The policy of the party is repeatedly asserted to be supreme and therefor binding on the judges as on every-one else'.
15. Walter Meder, Grundzüge der Sowjetischen Staatstheorie, in JöR, N.F. Bd 15, pag. 53.
16. Vgl. Cappelletti-Ritterspach, t.a.p. pag. 68.
17. Vgl. nog art 49, sub f van de Grondwet van de US.S.R.: The Presidium of the supreme Sovjet of the U.S.S.R.: ... (c) interprets the laws of the U.S.S.R. in operation;

3. *Wet en toetsingsrecht*

Een van de moeilijkheden van rechtsvergelijking, die Blondel signaleert, is dat gegevens dikwijls zo moeilijk verkrijgbaar en meetbaar zijn en hij illustreert dat met het voorbeeld van een vergelijkende studie inzake de betekenis van de wetgever in de onderscheiden staten. Dat geldt niet alleen de invloed op politieke beslissingen 'but even the role of legislatures in relation to legislation is difficult to assess'.[18]

Deze moeilijkheid ontmoet men ook, wanneer men het functioneren van het toetsingsrecht bestudeert en vergelijkt. De wet, die getoetst wordt, is dan even belangrijk als de grondwet, waaraan getoetst wordt. De laatste is wel beschikbaar, maar met betrekking tot de eerste blijven dikwijls veel vragen onbeantwoord. Ik denk dan niet alleen aan de betekenis van de bepaling en aan de context, maar vooral ook aan de vraag hoe in het algemeen het wetgevingspatroon, de structuur van wetgeving, delegatie, verordening en aansluitende strafwetgeving in het desbetreffende land er uit ziet.[19]

In Nederland is juist deze structuur van de wetgeving enige malen onderwerp van studie geweest. Daarbij kwam ook het toetsingsrecht ter sprake.

In 1960 schreef Donner voor deze vereniging een pre-advies over de vraag: zijn de traditionele vormen en begrippen van het bestuursrecht toereikend bij de uitbreiding van de overheidstaak met name op sociaal en economisch gebied?[20] De wet verliest menigmaal haar karakter van 'Rechtssatz', vaak bestaat haar inhoud uit weinig meer dan een machtiging aan het bestuur, soms ook gaat de wetgever zelf besturen, aldus kort samengevat de desbetreffende passage uit genoemd pre-advies, welke wordt besloten met 'zodoende verdwijnen de onderscheidingen tussen wetgeving en bestuur en vervallen de vooronderstellingen voor het beginsel van de heerschappij der wet over het bestuur en voor het dogma van de onschendbaarheid der wet'.[21]

In 'De rol van de wetgever' heeft Koopmans dit thema onlangs uitgewerkt.[22] Deze studie leidt tot de stelling 'dat de wet meer dan eens een van de vele – juridisch sterk divergerende – middelen is ter uitvoering van een tevoren reeds uitgestippeld beleid'.[23]

18. Comparation Government, A Reader edited by J. Blondel, Preface pag. XV.
19. Een voorbeeld van een analyse in deze richting van het functioneren van het toetsingsrecht vindt men bij Robert A. Dahl, Pluralist democracy in the United States, pag. 157 e.v.
20. Geschriften V.A.R. XLII
21. t.a.p. pag 8
22. Prof. Mr. T. Koopmans, De rol van de wetgever, in Honderd Jaar Rechtsleven, pag. 221 e.v.
23. t.a.p. pag. 229

Beleidsbepaler is de wetgever niet, 'het wetgevend orgaan participeert in de beleidsvoorbereiding, verschaft het juridisch kader voor de beleidsvoering en executeert mede een reeds vaststaand beleidsprogram'.[24] In een slotparagraaf wijst Koopmans er op, dat deze ontwikkeling de rechter heeft geconfronteerd met een merkwaardig probleem, later aangeduid als 'het dilemma van een vaak nogal zinledige toetsing aan de wet en een voor haar onmogelijke controle op het beleid'.[25] De oplossing van de rechter, te weten toetsing aan algemene rechtsbeginselen en de terughoudendheid van de 'marginale toetsing' wordt juist geacht, maar op één gebied acht Koopmans terughoudendheid onjuist, nl. zodra inbreuken op grondrechten in het geding zijn. Daarom wijst hij, enerzijds gezien de aard van de wetten, anderzijds vanuit zijn visie op grondrechten, rechterlijke toetsing niet bij voorbaat van de hand.[26]

Preciseert men deze gesignaleerde ontwikkeling in functie en patroon van wetgeving in verband met rechterlijke toetsing dan lijken de volgende punten relevant.

In het omvangrijke wetgevingsprogramma van tegenwoordig komen niet alleen nieuwe onderwerpen aan de orde, welke regeling behoeven en leiden tot het creëren van nieuwe overheidsbevoegdheden, maar gaat het dikwijls ook om ingrijpende wijziging en herziening van bestaande wetten en bestuursstructuren. Ik noem enerzijds de millieuwetgeving en anderzijds de herstructurering van de bestuursstructuur van universiteiten en hogescholen alsmede de inrichting van het wetenschappelijk onderwijs. In beide gevallen ontmoet de wetgever specifieke moeilijkheden. In het eerste geval betreedt hij een terrein, waar de kennis van technische mogelijkheden nog beperkt is en waar de economische en financiele consequenties van rechtsnormen nog onberekenbaar zijn. De gedachte, dat niettemin een wet noodzakelijk is, wordt ingegeven door het onhoudbare van een situatie, waartegenover men niet langer machteloos wil blijven staan en waartegen men middelen en bevoegdheden zoekt tot matiging, regulering en beheersing. Het is eigenlijk de achtergrond van een kader-wet, waarbij overigens wel aansluiting wordt gevonden bij de algemene tendens in de Nederlandse wetgeving om zich in de formele wet te beperken tot algemene lijnen en tot hetgeen ingevolg de grondwet of overeenkomstig het beeld van de bestaande wetgeving noodzakelijkerwijs bij wet geregeld moet worden.

In het tweede geval, dat van herstructuering, zijn er moeilijkheden van andere aard. Enerzijds is er de doelstelling om een geheel nieuwe opzet gestalte te geven. Anderzijds is er de noodzaak om zo veel moge-

24. t.a.p. pag 30
25. t.a.p. pag. 252-253.
26. t.a.p. pag. 253.

lijk van het bestaande en de geldende regels gebruik te maken. Er is geen tijd om alles direct in details te vervangen. Als gevolg hiervan hanteert de wetgever algemene aanpassingsformules en delegeert in meest ruime termen de regeling van het overgangsrecht.

Ter toelichting op het vorenstaande vestig ik de aandacht op het volgende.

Wanneer een kader-wet niet betrekking heeft op de inrichting van publiekrechtelijke lichamen maar de rechten en verplichtingen betreft van de burgers, dan betekent dat, dat de materiële inhoud van verbod en gebod wordt vastgesteld bij algemene maatregel van bestuur of anderszins, maar niet bij wet. Wel bevat de wet dan de strafbaarstelling en daarmede de grondslag voor de strafvervolging. Zo bepaalt art. 28, lid 1 van de Wet verontreiniging oppervlakte wateren (wet van 13 nov., 1969, Stb. 536): Handelen in strijd met het bepaalde bij of krachtens art. 1 wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste een jaar of geldboete van ten hoogste vijf en twintigduizend gulden.[27] Het is een soort blanket bepaling, een figuur die overigens geenszins nieuw is in onze wetgeving. De wet Economische Delicten is er een duidelijk voorbeeld van. In dit verband moet ook vermeld worden art. 443 Wb. v. Sr., in welke bepaling strafbaar wordt gesteld het overtreden van een algemeen voorschrift van politie, krachtens de gemeentewet in buitengewone omstandigheden door de burgemeester of de Commissaris der Koningin in de provincie uitgevaardigd en afgekondigd.

Deze laatste bepaling is daarom hier vermeldenswaard, omdat zij een rol heeft gespeeld in het bekende Heerenveense arrest, althans volgens de lezing, welke de H.R. daaraan nader heeft gegeven. Volgens deze nadere lezing voegt zich het gegeven politievoorschrift in in de omschrijving der in de rijksstrafrechtspleging opgenomen overtreding tegen het openbaar gezag van art. 443 Sr. Het is de laatstgenoemde bepaling en dus de wet, die in die noodtoestand van oproerige bewegingen, samenscholing of dergelijke de zeer tijdelijke onderbreking van de uitoefening van het grondrecht gedoogt, zodat van strijd met art. 7 grondwet geen sprake is.[28]

De vraag rijst of via deze 'invoegingsgedachte' de lagere maar materieel belangrijkste regel nog wel voor toetsing aan de grondwet in aanmerking komt en of zij niet langs deze weg al te gemakkelijk gedekt wordt met het schild van de onschendbaarheid van de wet. Dit laatste behoeft niet zo te zijn, getuige het pocketboek-arrest.[29] Het een

27. Zie ook de artikelen 91 en 92 van de Wet inzake de luchtverontreiniging (Wet van 26 nov. 1970, Stb. 580).
28. H.R. 31 mei 1939, 769 en H.R. 28 nov. 1950, N.J. 151, 37; zie hieromtrent Burkens, Beperking van grondrechten, pag. 46-49.
29. H.R. 22 maart 1960, NJ 1960, 274.

en het ander lijkt derhalve mogelijk en men zou uit beider voorbeelden wellicht mogen afleiden, dat het al dan niet bestaan van een noodtoestand terzake een kriterium vormt. Voorts zou men kunnen opmerken, dat een grondwettelijke tekst 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet' (art. 7) eerder tot de 'invoegingsgedachte' zonder de toetsing van de lagere regeling leidt dan het voorbehoud van 'de wet regelt en beperkt'. (art. 9)

Tenslotte is de 'invoegingsgedachte' met mogelijkerwijs achterwege laten van een toetsing van het lagere voorschrift uitgesloten, indien de strafsanctie niet in de wet zelf wordt opgenomen. Als voorbeeld noem ik art. 34 Wegenverkeerswet.[30] Beide mogelijkheden worden in richtlijn 46 van de Richtlijnen Wetgevingstechniek als gelijkwaardige mogelijkheden naast elkaar gesteld. Maar nog afgezien van de constructie van de strafbepalingen kan heel in het algemeen de vraag worden gesteld hoever de onschendbaarheid van de wet zich uitstrekt ook buiten hetgeen de formele wetgever zelf bepaalt. Een algemene maatregel is op zich toetsbaar, maar kan zij ook onverbindend worden geacht en buiten toepassing worden gelaten op grond van ongrondwettigheid van de delegatie zelf! De rechter zou implicite de delegatie-bepaling in de wet zelf toetsen en verwerpen. Deze casus is evenmin uitgesloten met betrekking tot de inhoud van de algemene maatregel van bestuur.

Juist met betrekking tot grondrechten lijkt in dit verband het volgende van belang. Wanneer de desbetreffende grondwettelijke bepaling o.m. voorschrijft: de wet regelt en beperkt de uitoefening van dit recht, dan is delegatie terminologisch uitdrukkelijk toegestaan. Betekent dit dan, dat iedere a.m.v.b., ministeriële beschikking of verordening, gebaseerd op zodanige wet, aan rechterlijke toetsing onttrokken is? Hoe men er ook theoretisch tegenover staat, praktisch zal het wel zo zijn.[31] Hierboven noemde ik nog het geval van herstructurering van bestaande instituten. Ik noemde met name de wet Universitaire Bestuurshervorming 1970 (wet van 9 dec. 1970, stb. 601). In deze wet komt de gebruikelijke bepaling voor dat bij a.m.v.b. nadere regelen worden vastgesteld maar voorts wordt voorgeschreven, dat bij deze a.m.v.b. tevens wordt bepaald 'in hoeverre bij de toepassing van de artikelen van de Wet op het wetenschappelijk onderwijs die betrekking hebben op de in-

30. Art. 34 Wegenverkeerswet luidt:
Onverminderd het bepaalde bij artikel 39 derde en vijfde lid, wordt op overtreding van den in artikel 2 bedoelden algemene maatregel van bestuur, van de in artikel 5 bedoelde provinciale verordeningen en van de in artikel 6 bedoelde plaatselijke verordeningen daarbij geene andere of hogere straf gesteld, dan hetzij van hechtenis van ten hoogste twee maanden of geldboete van ten hoogste driehonderd gulden, hetzij van geldboete van ten hoogste driehonderd gulden.
31. Vgl. Ermacora, Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte, pag. 330.

richting van het bestuur van de openbare universiteiten en hogescholen en die niet . . . buiten werking zijn gesteld, van het in die artikelen bepaalde kan worden afgeweken'.[32] Is de Wet op het wetenschappelijk onderwijs in haar toepassing overeenkomstig deze a.m.v.b. nog steeds onschendbaar? Wat was anders de reden voor dit ingewikkeld eufemisme voor wijziging van wet bij a.m.v.b.?[33]

De wet als bestuursdaad, de wet als onderdeel van de uitvoering van een regeringsbeleid, als instrument van het bestuur en wetgevingstechnieken, welke tenderen de werking van de onschendbaarheid van de wet materieel uit te breiden of althans vragen opwerpen over de grens van deze werking. Dat zijn in het kort samengevat de verschijnselen in ons wetgevingspatroon, welke hierboven werden gesignaleerd. Deze ontwikkelingen doen echter ook de vraag rijzen of het formele wetsbegrip nog wel geschikt is om de bevoegdheid van de rechter tot oordelen te beperken, hem de bevoegdheid te ontzeggen in zijn uitspraak mede te betrekken de vraag of en hoeverre in het hem voorgelegde geschil de toepassing van de wet recht doet aan de in de grondwet neergelegde rechtsbeginselen. De factoren, die het wetgevingsbeleid, met name de vraag wet of geen wet,alsmede de wetgevingstechniek bepalen staan doorgaans in geen relatie tot het toetsingsrecht. Daardoor werkt het formele wetsbegrip in die richting willekeurig. Deze willekeur is nog des te meer aanwezig door de omstandigheid, dat indien en voor zover de in de grondwet neergelegde beginselen ook hun formulering hebben gevonden in een ieder verbindende bepaling van internationale overeenkomsten, de rechter toch weer wel, maar dan langs de weg van art. 66 Grondwet de toepassing van de wet daaraan kan toetsen.

4. *De rechter en het toetsingsrecht.*

In de betogen, waarin het toetsingsrecht wordt afgewezen, komt altijd als een belangrijk argument naar voren de overweging dat met invoering van het toetsingsrecht de rechter te veel betrokken zou raken in de politieke strijdvragen.[34] Wat wordt in deze context bedoeld met 'politieke strijdvragen'? Op deze vraag is niet zo eenvoudig antwoord te geven. Toch mag men er niet aan voorbijgaan.

32. artt. 48 en 49 van genoemde wet.
33. Vgl. art. 3 w.o.w.: Voorbereiding samenhang h.b.o.-w.o., waarbij zonder meer de bevoegdheid wordt gecreëerd om bij a.m.v.b. af te wijken van de voorschriften gegeven bij of krachtens de wet op het voortgezet onderwijs. (Bijl. Hand. II K., zitting 1970-1971 – 11286).
34. advies H.R. uitgebracht in januari 1970 en gepubliceerd in Ned. Stcrnt. van 23 maart 1970, no 57; het advies is ook opgenomen in de documentatiereeks, deel 4, 'Naar een nieuwe grondwet?', pag. 62 e.v.

Het lijkt mij, dat men hier niet in de eerste plaats moet denken aan vragen die betrekking hebben op het functionneren van het politieke bestel. Men heeft hier niet op het oog de vragen van staatsrechtelijke aard, die kunnen rijzen inzake de competenties van regering en volksvertegenwoordiging, waarmede beide constitutionele organen in samenspel en tegenspel hun taken vervullen en hun verantwoordelijkheden waar maken. Het gaat niet speciaal om zaken als de indiening van wetsontwerpen, de uitoefening van het recht van amendement, de ontbinding van de Kamer der Staten-Generaal, de uitoefening van het budgetrecht. Evenmin wordt hier specifiek gedacht aan zaken van buitenlands beleid zoals het sluiten van verdragen. Anders gezegd, wanneer in bedoelde betogen gesproken wordt over 'politieke strijdvragen' dan ware niet te denken aan 'actes de gouvernement', 'actes parlementaires' of aan 'political questions', de begrippen waarlangs de Franse, onderscheidenlijk de Amerikaanse rechter de grenzen trekt tussen recht en politiek en dienovereenkomstig zijn bevoegdheid tot oordelen afbakent.

Waar men m.i. wel aan moet denken bij deze term 'politieke strijdvragen' zijn vragen van materieel recht, waarover door burgers van onze gemeenschap verschillend, soms zeer uiteenlopend wordt gedacht en geoordeeld. Bij een dergelijke divergentie van meningen kunnen ook de politieke partijen zich niet onthouden van een standpuntbepaling. Zij dienen via parlement en regering de ene of de andere weg als de meest juiste aan te wijzen. Dit soort vragen zijn m.i. de 'politieke strijdvragen', waar men in dit verband zo veel betekenis aan hecht. Het zijn vragen van materieel recht, temeer wanneer men de discussie omtrent het toetsingsrecht beperkt tot rechterlijke handhaving van grondrechten.[35]

Kan men voorkomen of tegengaan, dat de rechter bij dit soort van vragen betrokken wordt en dat tijdens de procedure de zaak mede voorwerp is van openbare discussie?[36] Ik dacht van niet.

Allereerst dient men zich te realiseren, dat elk geschil dat aan de rechter wordt voorgelegd potentieel een geschil kan zijn, dat als zodanig of in bepaalde aspecten mede 'een politieke strijdvraag' is of wordt. De belediging van een bevriend staatshoofd, dienstweigering, de uitzetting of uitlevering van vreemdelingen, de rechtmatigheid van een stakingsoproep, het 'kraken' van huizen. In feite betreft het een ontwikkeling, welke zich in toenemende mate manifesteert. Als oorzaken zou men wellicht kunnen aanwijzen de ruime mogelijkheid om tegen overheidshandelen rechtsbescherming te zoeken, maar vooral ook – mede tengevolge van de sterke opinie-vormende werking van onze huidige

35. Vgl. omtrent het vorenstaande mijn op 20 nov. 1970 uitgesproken diësrede Recht en politiek, enige aantekeningen bij een advies van de Hoge Raad.
36. Omtrent de parlementaire bespeelbaarheid van bij de rechter aanhangige zaken zie Jurgens in N.J.B. 1972, pag. 45-47 en N.J.B. 1972, pag. 513-515.

publiciteitsmedia – de betrokkenheid van de burger bij de rechtsontwikkeling ook al is hij zelf daarbij niet direct belanghebbende.

Recentelijk kreeg dit verschijnsel veel aandacht, omdat daarmede een aantal vragen naar voren treden inzake de positie en de functie van de rechter. Het zijn geenszins nieuwe vragen. Zij zijn zo oud als het recht zelf. Maar in hun actualiteit van vandaag kregen zij eigenlijk gestalte.

Men kan deze vragen vanuit tweeërlei gezichtspunt benaderen. Het eerste is dat van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. Het tweede is dat van de legitimatie van de rechterlijke uitspraak. Het eerste gezichtspunt wijst in beginsel meer de hier gesignaleerde verschijnselen af, het tweede aanvaardt hen meer als een feitelijke ontwikkeling en zoekt eerder een daarop te geven antwoord. De hierna volgende beschouwing is vooral op de laatste gedachte geënt.

Wanneer meningen divergeren rijst in een democratisch bestel de vraag op grond waarvan de uitspraak van de rechter, waarin partij moet worden gekozen voor of althans in de richting van de ene of de andere opvatting het afdwingbare 'kracht van gewijsde' kan krijgen. Twee aspecten draagt deze legitimatie-vraag, welke ik als extrinsiek en intrinsiek zou willen aanduiden.

De extrinsieke legitimatie-vraag leidt naar de benoeming, de daarbij gevolgde procedure, maar vooral ook naar het daarachter liggende rekruteringsbeleid. De actualiteit van deze zijde van het probleem, blijkende uit talrijke publikaties, culmineert in het door de regering bekend gemaakte voornemen de voorbereiding van de grote herziening van de wetgeving inzake de rechterlijke organisatie op te dragen aan een Staatscommissie.[37] Ik ben het eens met Leyten, wanneer deze betoogt, 'dat een algehele herziening van de regeling van de rechterlijke organisatie, in deze tijd, slechts dan die naam mag voeren als een der thema's, m.i. het hoofdthema, dat daarbij bestudeerd wordt is, de vraag of met betrekking tot de opleiding tot jurist, de opleiding van de jurist binnen het kader van het rechtsbedrijf, de rekrutering van personeel voor de gerechten, de methoden van rechtsuitoefening en de wijze van samenstelling van rechtsprekende instanties op de oude voet moet worden doorgegaan dan wel of op een of meer punten nieuwe uitgangspunten moeten worden gekozen.' [38]

Wanneer Leyten in dit citaat spreekt van de 'methoden van rechtsuit-

37. Zie Ned. Stcrnt. van 29 dec. 1971. Zie ook de rapporten van de Commissie opleiding Rechterlijke Macht en van de Commissie van advies inzake het aantrekken van buitenstaanders voor benoeming in een ambt bij de rechterlijke macht; beide adviezen werden bij brief van 9 maart 1970 door de Minister van Justitie aan de IIe Kamer aangeboden (Hand. IIe K. zitting 1969-1970 – 10300, nr. 15)
38. N.J.B. 1971, pag. 591.

oefening' komt hij op het terrein van hetgeen ik naar de hierboven aangeduide onderscheding zou willen noemen de instrinsieke legitimatie van de rechterlijke uitspraak. Daarbij gaat het om de vraag hoe de rechter inhoudelijk komt tot zijn oordeel, hoe hij dit oordeel formuleert en doet overkomen en aanvaard doet worden door justiciabelen en burgers, de leden van onze rechtsgemeenschap. Moet de rechter eigen visie op maatschappelijke verhoudingen en rechtsbeginselen terzijde stellen? Is dat mogelijk en reëel om daarvan uit te gaan? Moet men de rechter in zijn uitspraak zien als de representant van de rechtsorde? Als men daarop bevestigend antwoordt, dan zal dat echter altijd moeten zijn de rechter als de representant van de 'rechtsorde-in-ontwikkeling' waarbij juist van de rechter wordt verlangd dat hij van geval tot geval aan deze ontwikkeling het zijne bijdraagt.[39]

Deze problematiek van de instrinsieke legitimatie van de rechterlijke uitspraak is het probleem van de rechtsvinding in alle fundamentele aspecten van juridische techniek en interpretatie en van ambtsethiek. De actualiteit ervan betogen is water naar zee dragen. Ik noem in volgorde van tijd de volgende publikaties:

- Enschede, Strafrecht en Politiek;
- 'Rechtsvinding', Opstellen aan Pieters door de Tilburgse Juridische Faculteit aangeboden bij zijn afscheid als hoogleraar;
- Leyten, De rechter op de schopstoel;
- ter Heide, De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht;
- Meuwissen, Rechtsvinding en staatsrecht.

terwijl om deze onvolledige dokumentatie te besluiten de aandacht gevestigd kan worden op de tijdens het schrijven van dit pre-advies aangekondigde lustrum-rede van Schoordijk over 'Oordelen en vooroordelen' (het thema van het lustrum-congres van de Katholieke Hogeschool in Tilburg zal zijn 'vooronderstellingen en beslissingen'), alsmede op de aangekondigde bijdrage van Donner aan Miscellanea Ganshof van der Meersch, welke als titel zal dragen 'Uitlegging en toepassing'.

Het hier aangeduide complex van vraagstukken bestaat en wel onafhankelijk van het al dan niet invoeren van het toetsingsrecht. Ook zonder invoering van deze bevoegdheid van de rechter zullen zij zich verder ontwikkelen en ons een antwoord vragen. Dat betekent evenwel niet dat het al dan niet invoeren van het toetsingsrecht geen betekenis zou hebben in deze context. Vooropstellend, dat aanvaarding van het toetsingsrecht inderdaad ertoe zal leiden, dat de rechter meer geroepen zal worden tot het geven van beslissingen, welke min of meer van belang zijn voor of betrekking hebben op 'politieke strijdvragen' zou ik vanuit

39. Vgl. hieromtrent Prakke in de slotbeschouwing van zijn dissertatie Toetsing in het publiekrecht, pag. 150 e.v.

dit gezichtspunt de alternatieven als volgt willen omschrijven.

Invoering van het toetsingsrecht betekent het zich aansluiten bij de bestaande tendens om in de werkzaamheid van de rechter naast het belang van het juridisch technische met name het maatschappelijk relevante in het licht te stellen. Men erkent, dat in ons systeem van 'open' wetgeving de algemene regel de rechter niet vrijstelt van het maken van keuzen en van het voeren van een beleid, en dat elke interpretatie van een abstracte norm dient te geschieden in het licht van en met toepassing van de algemene rechtsbeginselen met name van die, welke tot uitdrukking worden gebracht in de grondwet. Het legitimatie-vraagstuk met betrekking tot de rechterlijke uitspraken wordt aanvaard om van daaruit ten principale naar antwoorden te zoeken.

Afwijzing van het toetsingsrecht laat de reeds bestaande problemen, die in wezen van dezelfde aard zijn als de bezwaren welke tegen het toetsingsrecht zelf worden aangevoerd, voortbestaan. Men handhaaft daarbij als kriterium om recht en politiek af te bakenen en dienovereenkomstig de bevoegdheid van de rechter te begrenzen een formeel wetsbegrip, dat als zodanig kriterium willekeurig is gevonden én door de structuur van onze wetgeving én door het toelaten van toetsing der wet aan bepalingen van internationaal recht.

Kort samengevat, in de samenhang van het in deze paragraaf behandelde heeft de keuze van al dan niet toetsingsrecht vooral de betekenis van een stellingname inzake de vraagstukken welke aan de orde zijn met betrekking tot de legitimatie van de rechterlijke uitspraak, de positie van de rechterlijke macht en de rechtsvinding.

Resteert nog de vraag of men positieve verwachting mag koesteren ten aanzien van de invoering van het toetsingsrecht als bijdrage tot het vinden van antwoorden op de bestaande vragen. Ik meen van wel. Weliswaar niet in directe zin, maar indirect in haar effect van uitwerking, met name op het terrein van de rechtsvinding. Ik denk daarbij aan een accentverlegging in de gebezigde interpretatie methoden van het subjectief-historische naar het objectief-systematische, aan de interpretatie van lagere regels in overeenstemming met hogere, aan een nadere uitwerking van het begrip 'judicial self-restaint' hetwelk thans uitgeput lijkt in wat wij noemen marginale toetsing, aan een motivering van vonnissen, waarin het accent meer komt te liggen bij de reëel-materiële overwegingen dan bij de historisch bepaalde juridische-technische begrippen,[40] en aan het toelaten van 'dissenting opinions'. Dit alles kan zich ook ontwikkelen zonder rechterlijke toetsing van wet aan grond-

40. Vgl. mijn annotatie bij H.R. 26 mrt. 1971 inzake verkiezingsafspraken inzake aanvaarding van het lidmaatschap van een gemeenteraad in Ars Aequi, jg. 1972, pag. 155 e.v.

wet, maar invoering van dit laatste zou daartoe een belangrijke stimulans zijn.

5. *Samenhang van vraagstukken*

In het vorenstaande heb ik getracht de kwestie van het toetsingsrecht te plaatsen in de context van enige belangrijke algemene vraagstukken, welke in deze tijd doctrine en rechtspraktijk beheersen. Het waren de vernieuwing van onze grondwet, de structuur van de wetgeving, en de legitimatie van rechterlijke uitspraken, de laatste zoal onderscheiden in de vragen welke betrekking hebben op benoeming en recrutering van de leden van de rechterlijke macht en die welke de rechtsvinding betreffen. Vervolgens heb ik betoogd, dat invoering van het toetsingsrecht niet alleen kan bijdragen tot het vinden van antwoorden en van uitgangspunten voor de verdere ontwikkeling van de wijze, waarop wij in onze rechtsgemeenschap het recht moeten zoeken, maar ook dat daarmede stelling wordt genomen in deze vraagstukken. Met aanvaarding van het toetsingsrecht zou men de richting bepalen bij het zoeken naar nieuwe wegen. Dat zou ook daarom mogelijk zijn, omdat het toetsingsvraagstuk duidelijk 'hanteerbaar' is, nl. door al dan niet art. 131, lid 2 van de grondwet te schrappen of te wijzigen, terwijl bij invoering van het toetsingsrecht de modaliteiten kunnen worden bepaald. Het zou derhalve denkbaar zijn de als eerste te nemen beslissing te richten op het toetsingsrecht. Toch zou dit naar mijn mening niet de juiste gedachtengang zijn. De primair te beslissen vraag moet zijn (en kan dat ook zijn omdat een vernieuwing van onze grondwet aan de orde is): wat voor een grondwet willen wij nastreven. Zal dat zijn een grondwet, die onze rechtsorde, neerlegd in de bestaande wetgeving, zo veel mogelijk consolideert en waarin sterk de nadruk wordt gelegd op het zo ruim mogelijk reserveren van de bevoegdheden voor de wetgever. Of moet het een grondwet zijn, waarin allereerst de rechtsbeginselen worden geformuleerd, welke naar wij thans menen in de toekomst in onze rechtsorde moeten worden inachtgenomen. In het eerste geval is voor rechterlijke toetsing geen plaats. In het tweede geval kan rechterlijke toetsing niet worden gemist. De keuze is zwart-wit getekend als die tussen een nieuw dak op een bestaand huis en de fundamenten van een nieuw huis. Maar de vraag blijft of de thans aanhangige voorstellen tot grondwetswijziging op het stuk van de grondrechten in voldoende mate dat 'open' op de toekomstige rechtsontwikkeling gerichte karakter dragen, dat rechterlijke toetsing, daarbij aansluit. Aan deze vraag wil ik in de laatste paragraaf van dit pre-advies aandacht schenken. Het komt mij echter nuttig voor daar eerst nog enige aantekeningen aan vooraf te laten gaan betreffende het onderscheid tussen het z.g. algemeen en bijzonder wettelijk voorbehoud.

6. *Algemeen en bijzonder wettelijk voorbehoud*

Het hier bedoelde onderscheid kwam reeds hierboven in de eerste paragraaf ter sprake. Het wordt ook wel aangeduid als het verschil tussen algemene en bijzondere beperkingen van grondrechten. Waar het om gaat is het volgende.

De taken van de wetgever zijn onbegrensd. Elk onderwerp, dat naar zijn oordeel regeling behoeft, valt onder zijn competentie, de vestiging van bedrijven, de sociale zekerheid van werknemers en zelfstandigen, de zondagsrust, de bodemverontreiniging enz. enz. Bij de regeling van deze onderwerpen stelt hij regels die de burgers binden en hun vrijheid van handelen beperken. Dan kan het zijn, dat een burger meent, dat hij beperkt wordt in een vrijheid, welke hem als een grondrecht werd gewaarborgd. Aldus de dansleraar en de predikant, die van oordeel waren dat zij onderscheidenlijk door toepassing van de Drankwet in de vrijheid van onderwijs en door toepassing van de Algemene Ouderdomswet in de vrijheid van godsdienst werden belemmerd. Een dergelijke beperking is in beginsel mogelijk ook al verschaft de grondwet daarvoor niet uitdrukkelijk een bevoegdheid. Een zelfde situatie kan zich voordoen bij regels gesteld door lagere wetgevers, de provinciale staten die regels stelt in het belang van het landschapsschoon, de gemeenteraad, die een ventverordening vaststelt, de Kroon die de rechtspositie van ambtenaren regelt. De aantasting van grondrechten is niet voorzien en als zodanig beoogd. Alleen in de praktijk zal dit blijken. Er zijn grenzen, berustend op een afweging van belangen en rechtswaarden, de aard van het geregelde belang, de wijze van vrijheidsbeperking, de aard van het grondrecht, maar gezien het vorenstaande zijn die grenzen niet vooraf maar achteraf, niet door de wetgever maar door de rechter te trekken. Dit is het algemeen wettelijk voorbehoud, de algemene beperkingen van grondrechten.

Daartegenover staat het bijzonder wettelijk voorbehoud, waarbij gedacht moet worden aan wettelijke regelingen, die tot onderwerp van regeling hebben het grondrecht zelf. De wet op vereniging en vergadering (wet van 22 april 1855, S. 32) ter uitvoering van art. 9 Grondwet is er een voorbeeld van. Voor een dergelijke wet is wel een speciale basis in de grondwet vereist en de bevoegdheid om een dergelijke regeling te maken wordt voorbehouden aan de wetgever in formele zin, Koning en Staten Generaal.[41]

41. Zie hieromtrent uitvoerig Burkens, Beperking van grondrechten, pag. 21 e.v. en de daar ontwikkelde bezwaren tegen dit onderscheid; vgl. Kan in zijn recensie in N.J.B. 1971, pag. 1036-1038; Zie ook Boukema, RM Themis 1969, pag. 136, noot 2; Zie voor een omschrijving van het onderscheid ook von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, pag. 132.

Hoezeer aldus het onderscheid niet zo moeilijk is weer te geven, toch zijn er in de praktijk heel wat complicaties en vragen aan verbonden.

Allereerst is er de complicatie, dat de grondwet een voorbehoud maakt, dat duidelijk het oog heeft op de bevoegdheid van de wetgever om in algemene wetten beperkingen te stellen. Daarbij kunnen verschillende motieven een rol spelen.

Als eerste overweging noem ik het gemis aan vertrouwen in het betoog van de overbodigheid van de bepaling. Een goed voorbeeld is de totstandkoming in 1848 van art. 181 Grondwet inzake de godsdienstvrijheid.[42]

Een tweede overweging kan zijn, dat men de belangen en onderwerpen, waarvan de regeling tot beperkingen van grondrechten zou kunnen leiden, heeft willen limiteren. Regeling van alle andere belangen dienen de grondrechten te respecteren. Dat is de constructie van het Verdrag van Rome in art. 9, lid 2, art. 10, lid 2 enz., een gelimiteerd algemeen wettelijk voorbehoud. Daarom kan en moet ook in die bepalingen van het verdrag het begrip wet in materiële zin worden geïnterpreteerd.[43]

Tenslotte kan een derde overweging zijn het beperken van het algemeen wettelijk voorbehoud tot de wet in formele zin.

Het algemeen en bijzonder wettelijk voorbehoud liggen ook niet altijd even ver van elkaar af en kunnen elkaar zelfs heel dicht naderen, zelfs zo dicht dat er competentie-vragen kunnen rijzen.

Het onderwerp 'landschapsschoon' ligt verder af van 'drukpers-vrijheid' dan het onderwerp 'venten op de openbare weg', het onderwerp 'vestiging van bedrijven' ligt er ook verder van af dan het onderwerp van een bibliotheekverordening. De onderwerpen 'winkelsluiting' en 'ouderdomsvoorziening' hebben nauwelijks voorzienbare raakpunten met het thema godsdienstvrijheid. Met onderwerpen als zondagsrust en premie kerkenbouw nadert men dat thema veel dichter. In art. 97b van het Algemeen Rijksambtenarenreglement heeft men ondanks de uiterst voorzichtige redactie gebalanceerd op de grens van algemene en bijzondere beperking van het recht van vereniging en daarmede op de grens van de bevoegdheid van de Kroon om ten deze bij a.m.v.b. regelen te stellen. De bepaling is opnieuw vastgesteld bij Kb. van 15 aug. 1970, Stb. 400. Iedere vermelding van het lidmaatschap van verenigingen is eruit gehaald. Daarmede heeft men zich teruggetrokken binnen de grenzen van het algemeen wettelijk voorbehoud. Tegen de huidige tekst zelf kan uit hoofde van art. 9 Grondwet geen bezwaar wor-

42. Zie Voorduin, pag. 590-592.
43. Vgl. Burkens, Beperking van grondrechten, pag 29, noot 2.

den gemaakt maar in haar werking kan nog altijd een beperking van grondrechten liggen opgesloten.

Ook op andere wijze kan blijken dat de grenzen van het hier besproken onderscheid niet zo scherp te trekken zijn. Art. 4 Wet Vereniging en Vergadering, houdende de bevoegdheid van de rechter om te verklaren dat een vereniging verboden is als strijdig met de openbare orde is niet denkbaar zonder een grondwettelijke clausule van een bijzonder wettelijk voorbehoud, maar art. 21 van dezelfde wet omtrent bijeenkomsten om zich in het hanteren van wapenen te oefenen is zonder enig grondwettelijk voorbehoud denkbaar in een regeling inzake wapenbezit.

Een bijzonder wettelijk voorbehoud heft het algemeen wettelijk voorbehoud en met name de daarin vervatte competentie van lagere wetgevers niet op. Twijfel daaromtrent kan wel rijzen wanneer overbodigerwijs een clausule van algemeen wettelijk voorbehoud wordt opgenomen. De twijfel was voor de commissie van Schaik een argument om schrapping van het voorbehoud in art. 11 Grondwet voor te stellen.[44]

Grondrechten is een positiefrechtelijk begrip in zoverre, dat eerst van een door de rechter te handhaven grondrecht kan worden gesproken na grondwettelijke positivering. Anderzijds is de betekenis van grondrechten zo fundamenteel en hun werking in de rechtsorde zo algemeen dat van rechtsbeginselen kan worden gesproken. Deze vermenging van gedachten komt zeer sterk naar voren, indien in een hoofdstuk 'Grondrechten' een algemeen rechtsbeginsel zoals het gelijkheidsbeginsel wordt gepositiveerd. Dan echter overheerst zodanig het karakter van algemeen rechtsbeginsel, dat een bijzonder wettelijk voorbehoud ondenkbaar is en dat het bestaan van een algemeen wettelijk voorbehoud niet meer voor mogelijk kan worden gehouden.

Het onderscheid tussen algemene en bijzondere beperkingen van grondrechten heeft altijd wel bestaan. Men vindt het ook terug – zoals hierboven reeds bleek – in 1848, de laatste maal dat onze grondwet op het stuk van grondrechten werd gewijzigd en aangevuld. Men heeft er echter toch niet de betekenis aan gehecht, welke deze onderscheiding thans blijkt te kunnen hebben. Wellicht moet men zeggen, dat onze huidige bepalingen in dit opzicht intuïtief zijn geredigeerd. Art. 7 Grondwet bewijst, dat zulks moeilijkheden kan opleveren. Thans nu de bepalingen inzake grondrechten worden vernieuwd zal men veel bewuster in dit opzicht kunnen en moeten redigeren. Daarmede bedoel ik niet dat gestreefd zou moeten worden naar een uitwerking, welke zo ver gaat als het Bonner Grundgesetz. Wel ben ik van mening, dat de aard van deze

44. Eindrapport, pag. 77-78.

materie, waarbij de onvoorzienbaarheid zo op de voorgrond staat, dat noch wetgever, noch grondwetgever in staat zijn vooraf en in algemene zin de oplossing te geven, met zich meebrengt om het tot de taak van de rechter te rekenen om van geval tot geval het recht terzake van de beperkingsmogelijkheden van grondrechten tot ontwikkeling te brengen. Ook in dit opzicht zou het vrij willekeurig zijn de toepassing van de wet in formele zin aan deze rechterlijke opgave te blijven onttrekken.

7. *De voorstellen tot wijziging van de grondwet 'getoetst'*

Op basis van de hierboven ontwikkelde beschouwingen wil ik tenslotte enige aantekeningen maken bij de aanhangige voorstellen tot grondwetswijziging, vooral zoals deze zijn vervat in wetsontwerp 11051 (zitting 1970-1971)[45] waarvan ik de tekst als bijlage bij dit preadvies voeg.

Het is van belang, dat in de Memorie van Toelichting (p. 9) onder het hoofd 'Beperking van grondrechten' weliswaar niet in dezelfde termen maar toch wel materieel het onderscheid tussen algemeen en bijzonder wettelijk voorbehoud wordt aanvaard en dat voorts wordt onderschreven 'dat dergelijke algemeen geldende rechtsregels de uitoefening van de grondrechten kunnen beperken, zonder dat hiervoor een grondslag vereist is in de redactie van het grondrechtsartikel'. Het is dan ook onder verwijzing naar deze beschouwing, dat in het voorgestelde artikel 9 inzake de godsdienstvrijheid het wettelijk voorbehoud niet meer is opgenomen.

Bijzonder wettelijke voorbehouden zijn opgenomen in de art. 9, lid 3 inzake openbare godsdienstoefeningen, art. 9 c, het recht van vereniging, vergadering en betoging en in art. 9 f voor wat betreft de zinsnede 'in de gevallen bij de wet bepaald'. Op art. 9 b, vrijheid van meningsuiting kom ik hieronder terug. Met name art. 9 c is mij aanleiding te wijzen op de terminologie: de wet 'regelt en beperkt'. De vraag rijst of dit niet een tautologie is. Regels stellen is beperken en hoe kan met name de wet anders beperken dan door te regelen? Deze combinatie van termen is al oud maar heeft toch recentelijk een nieuwe belangrijke betekenis gekregen. Door naast 'beperkt' ook het 'regelt' te stellen wordt uitdrukkelijk de delegatie-bevoegdheid erkend. Dit betekent, dat hier afstand wordt genomen van de gedachte, dat een bijzonder wettelijk voorbehoud aan de wet in formele zin moet zijn voorbehouden. Bovendien betekent dit dat toetsing door de rechter van verordeningen ge-

45. Zie ook het w.o.w. zitting 1970-1971 – 11052 (R 164) inzake de toelating, uitzetting en uitlevering, het Nederlanderschap en ingezetenschap en het inmiddels in de Grondwet opgenomen w.o.w. zitting 1970-1971 – 11101 inzake onderwijsvrijheid.

baseerd op een dergelijke wet een twijfelachtige zaak kan worden. De conclusie is, dat hier het bijzonder wettelijk voorbehoud dient te worden geformuleerd als: de wet kan de uitoefening van dit recht beperken *in het* 'belang van de openbare orde'. Voor art. 9, lid 3 lijkt mij dit minder noodzakelijk, omdat het daar betreft een opdracht tot regeling van een omschreven bevoegdheid, een opdracht welke m.i. in feite weinig ruimte laat voor delegatie.

Overigens wijs ik er op, dat op verschillende plaatsen in dit hoofdstuk naar de wet wordt verwezen zonder dat sprake is van een wettelijk voorbehoud. Het betreft dan niet meer dan een wet ter nadere uitvoering zoals in art. 8 inzake het petitie-recht. In verschillende andere gevallen is het zo, dat de eigenlijke waarborg uitsluitend bestaat in het noodzakelijk maken van een grondslag voor het optreden van de overheid in een wet in formele zin. Zie de artikelen 9 d (vrijheidsontneming) en 9 f (binnentreden van woning). Deze bepalingen zijn vergelijkbaar met art. 169 Grondwet, de rechterlijke macht wordt alleen uitgeoefend door rechters, welke de wet aanwijst. Van de toekenning van een grondrecht met het voorbehoud bij wet beperkingen aan te brengen is geen sprake.

Het voorgestelde art. 9 b betreft het belangrijke recht van vrijheid van meningsuiting. Gehandhaafd bleef de redactionele structuur van art. 7 Grondwet met alle daaraan verbonden bezwaren. Splitsing in een positieve erkenning van de vrijheid van meningsuiting en een verbod van censuur had m.i. de voorkeur verdiend.[46]

Ook het wettelijk voorbehoud is gehandhaafd in de thans daarvoor gebruikte termen 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet'. De M.v.T. (p. 16) wijst er op, dat op het hier gewaarborgde recht 'alleen door de formele wetgever bij strafwet of door bepalingen van burgerlijk recht inbreuk mag worden gemaakt'. Men denkt dus gemakkelijk aan een algemeen wettelijk voorbehoud, en mitsdien aan de overbodigheid van deze toevoeging. Toch acht ik goede redenen aanwezig voor handhaving. Allereerst doet zich hier het geval voor dat algemeen en bijzonder wettelijk voorbehoud elkaar zeer dicht naderen en soms in elkaar overgaan. Men neme slechts het voorbeeld van de strafbaarstelling van belediging, hetwelk enerzijds is de bescherming van burgers tegen elkaar, anderzijds even direct een beperking van de vrijheid van meningsuiting. Bovendien acht ik het juist, dat voorzover al sprake zou zijn van een algemeen voorbehoud dit beperkt wordt tot de wet in formele zin, indien en voorzover dat zou kunnen betreffen de inhoud van gedachten en gevoelens. Ik zou dat ook in de tekst zelf tot uitdrukking willen zien gebracht door het voorbehoud te lezen als:

46. Zie Tweede Rapport Staatscommissie Cals-Donner, pag. 72, noot 3.

ieders verantwoordelijkheid volgens de wet voor de inhoud van deze gedachten en gevoelens.

In aansluiting aan het vorenstaande heb ik vele bezwaren tegen het voorgestelde lid 4 van deze bepaling: De wet kan, anders dan op grond van de inhoud, het verspreiden van gedachten of gevoelens, regelen en beperken. Door de woorden 'anders dan op grond van de inhoud' wordt heel duidelijk gesteld, dat het gaat om een algemeen wettelijk voorbehoud en om die reden is de bepaling op zich overbodig.

De bepaling is gebaseerd op de in de jurisprudentie tot ontwikkeling gekomen onderscheiding tussen 'openbaren' en 'verspreiden'. Deze onderscheiding wordt volgens de M.v.T. (p. 18) overgenomen. Dat betekent, dat in het eerste lid alleen het 'openbaren' en niet het 'verspreiden' wordt beschermd. Ook om die reden zou de grondwet geen basis behoeven te bevatten voor een bij de wet te treffen regeling en beperking van het verspreidingsrecht.

Ook hier gelden de hierboven reeds uiteengezette bezwaren van de uitdrukkelijk erkende delegatie-mogelijkheid.

Tenslotte vrees ik voor grote moeilijkheden bij het maken van deze wet, die weliswaar facultatief is maar blijkens het voorgestelde art. XIII add. toch wel essentieel wordt geacht voor de werking van de nieuwe bepaling. Wat uit de dikwijls genuanceerde overwegingen van de H.R. zal in de wet worden neergelegd en dan ter verdere interpretatie aan de rechter worden voorgehouden? Wat wil men regelen met betrekking tot het onvoorzienbare, meestal het kenmerk van het algemeen voorbehoud? Wat wordt de verhouding tussen deze algemene wet en de bijzondere wet, waaruit een beperking van de verspreidingsvrijheid blijkt? Geldt ook hier niet het bezwaar, dat tegen een ander voornemen tot legaliseren van jurisprudentie in het verleden is aangevoerd, nl. de verstarring van de rechtsontwikkeling?

Indien men werkelijk de jurisprudentie wil 'legaliseren' dan moet in de grondwet worden opgenomen het door de rechter aanvaarde connexe recht van verspreiden. Daarmede wordt de rechter ook bevrijd van de noodzaak dit ondoorzichtige onderscheid te blijven hanteren. De grondwettelijke erkenning van dit recht dient aan hetzelfde voorbehoud te worden onderworpen als het recht tot openbaren. Daarnaast bestaat het algemeen wettelijk voorbehoud, waarvan de grenzen in de jurisprudentie zijn ontwikkeld en voor verdere uitwerking vatbaar blijven. Lid 1 zou in de hier uiteengezette gedachtengang – daarbij zoveel mogelijk aansluiting zoekend bij het voorstel – moeten luiden:

Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om gedachten of gevoelens te openbaren en te verspreiden, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet voor de inhoud van die gedachten en gevoelens.

Lid 4 zou moeten vervallen als consequentie van de ook in de M.v.T. aanvaarde gedachte omtrent het algemeen wettelijk voorbehoud.[47] Dan is er een reële waarborg in een voor verdere rechtsontwikkeling meer openstaande bepaling dan thans wordt voorgesteld.

Het derde punt, waarvoor ik hier de aandacht vraag, is het in de grondwet tot uitdrukking brengen van het gelijkheidsbeginsel.

Samen met Meuwissen heb ik reeds eerder verdedigd, dat het de voorkeur verdient dit beginsel tot uitdrukking te brengen met de tekst: Alle mensen zijn voor de wet gelijk.[48] De voorgestelde tekst is ontleend aan het bestaande artikel 4 waaraan in het verleden heel andere en uiteenlopende betekenissen zijn gehecht. Reeds daarom zou een nieuwe tekst voor het opnemen in de grondwet van een fundamenteel rechtsbeginsel als dit de voorkeur verdienen. In verschillende andere grondwetten geschiedde dat ook reeds eerder met deze tekst: alle mensen zijn gelijk voor de wet. Het is het beginsel van gelijke behandeling van gelijke gevallen en van ongelijke behandeling van ongelijke gevallen. In het algemeen is gebleken, dat de betekenis van deze bepaling is een verbod van willekeur. Door toevoeging van de woorden 'zonder onderscheid naar godsdienst, levensovertuiging, ras en geslacht' beperkt men de gronden van willekeur. Het is een non-discriminatiebepaling geworden, welke minder ver strekt dan een bepaling, welke in algemene zin het gelijkheidsbeginsel tot uitdrukking brengt. Daaraan doet de verzekering in de M.v.T. dat door de toevoeging de bepaling meer inhoud heeft gekregen niet af.

Intussen betreffen deze aantekeningen de vorm waarin het gelijkheidsbeginsel moet worden omschreven. In de M.v.T. (p. 10-11) wordt het beginsel onderschreven zelfs in de bewoordingen alle mensen zijn gelijk voor de wet. Maar het gaat om de tekst waarmede het in de grondwet moet worden opgenomen.

Heel belangrijk is evenwel, dat in de M.v.T. wordt onderschreven dat het voorschrift niet alleen de wetstoepassing betreft maar ook de wetgeving en dat ook de in het wetsontwerp voorgestelde tekst geen aanknopingspunt biedt om de gelding tot de wetstoepassing te beperken. De rechter zal in ieder geval verordeningen van lagere wetgevers aan dit beginsel moeten toetsen.

47. Zie ook de bezwaren ontwikkeld door van Maarseveen, Grondwetswijziging inzake de drukpersvrijheid in N.J.B. 1971, pag 33 e.v. en Dassen, in zijn naschrift bij zijn artikel De betekenis van art. 7 Grondwet, in N.J.B. 1971, pag 736-737.
48. Zie Tweede Rapport Staatscommissie Cals-Donner, pag. 95 e.v.; in gelijke zin Prins, in N.J.B. 1971, pag. 167.

8. *Slotbeschouwing*

De afkondiging van een nieuwe grondwet is dikwijls een belangrijk moment in de geschiedenis van een volk. Het markeert de verkrijging van onafhankelijkheid, het herstel na de ellende van een revolutie, bezetting of oorlog of het falen van een oud en het begin van een nieuw régime. En met een zeker enthousiasme en élan, met durf en fantasie formuleert men de beginselen waarop men de nieuwe staat en rechtsorde wil gaan opbouwen.

Men wendt zich af van het verleden en richt zich op de toekomst. De grondwetsvernieuwing waaraan thans in ons land wordt gewerkt mist de stimulans van schokkende gebeurtenissen. Het is een nationale grondwetsvernieuwing voortgekomen uit verontrusting over de frequente grondwetswijzigingen na 1945 en hooguit gestimuleerd door een verrassende presentatie van staatsrechtelijke desiderata in de verkiezingsprogramma's van 1966. Onder deze omstandigheden is er geen duidelijk zich afzetten tegen het verleden, te verwachten. Integendeel, de rationaliteit inspireert de gedachte dat geen rechtsvacuum mag ontstaan en dat de basis aan het bestaande niet mag ontvallen. Het voorgestelde add. art. XIII is er een voorbeeld van. Men leze ook de M.v.T. (p. 17) op art. 9 b, lid 2 inzake radio en televisie, waarin een door de staatscommissie Cals-Donner voorgestelde tekst wordt gewijzigd met als motivering: 'Door laatstbedoelde bewoordingen achten zij duidelijker tot uiting gebracht, dat het gehele vergunningsstelsel van de Omroepwet, inclusief de daaraan verbonden mogelijkheid van administratieve sanctie, grondwettelijk wordt geschraagd'. 'Geschraagd' klinkt inderdaad beter dan 'gedekt'.

Onder de gegeven omstandigheden is de hier geschetste prudentie zonder meer juist. Maar men kan zich ook te sterk daardoor laten leiden, wanneer men ernst wil maken met een op de toekomst gerichte grondwetsvernieuwing. Dat is geschied op de drie punten, welke ik in de vorige paragraaf behandelde. Met name is dat het geval met de vrijheid van meningsuiting, waaraan in onze dagen toch wel op heel bijzondere wijze betekenis wordt toegekend als zijnde van wezenlijk belang voor het functioneren van een democratisch bestel. Met een dergelijke 'gesloten' bepaling als voorgesteld acht ik uitbreiding van de rechterlijke toetsing tot die van wet aan grondwet niet corresponderen. Het effect is eerder een terugdringen van reeds bestaande toetsingsmogelijkheden. Aanvaarding van een uitbreiding van rechterlijke toetsing is daarom slechts denkbaar na herziening van het voorgestelde hoofdstuk op de genoemde drie punten, en in ieder geval na herziening van art. 9 b inzake de vrijheid van meningsuiting.

Het vorenstaande betekent niet dat indien geen rechterlijke toestsing

van wet aan grondwet wordt aanvaard, mijn bezwaren zouden vervallen. Ik heb zeer nadrukkelijk het belang van een 'open' op de toekomst gerichte grondwet voorop gesteld.

Tilburg, 28 juli 1972

BIJLAGE

ZITTING 1970-1971-11051

Wij JULIANA, Bij De Gratie Gods, Koningin Der Nederlanden, Prinses Van Oranje-Nassau, enz. enz., enz.,

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet van bepalingen inzake grondrechten;

Zo is het, dat Wij, de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

Artikel I

Er bestaat grond het hierna in de art. II-IX omschreven voorstel tot verandering in de Grondwet in overweging te nemen.

Artikel II

Het opschrift boven artikel 1 van de Grondwet wordt gelezen:.

EERSTE HOOFDSTUK

Van het Rijk en zijn inwoners

EERSTE AFDELING

Algemene bepalingen

Artikel III

Boven artikel 4 van de Grondwet wordt ingevoegd het opschrift:

TWEEDE AFDELING

Van de grondrechten

Aritkel IV

Artikel 4, eerste lid, van de Grondwet, wordt gelezen:

Ieder die zich in Nederland bevindt wordt gelijke bescherming van persoon en goed verleend, zonder onderscheid naar godsdienst, levensovertuiging, ras en geslacht.

Artikel V

Artikel 5 van de Grondwet wordt gelezen:

Artikel 5. Alle Nederlanders zijn op gelijke voet in openbare dienst benoembaar.

Artikel VI

De artikelen 7, 8 en 9 van de Grondwet worden vervangen door de volgende artikelen:

Artikel 7. Iedere Nederlander heeft gelijkelijk recht de leden van algemeen vertegenwoordigende lichamen te verkiezen alsmede tot lid van deze lichamen te worden verkozen, een en ander met inachtneming van bij of krachtens de Grondwet gestelde regels en beperkingen.

Artikel 8. Ieder heeft het recht verzoeken schriftelijk bij het bevoegd gezag in te dienen. De wet stelt regels omtrent behandeling en de beantwoording van verzoekschriften.

Artikel 9. Ieder heeft het recht zijn godsdienst of zijn levensovertuiging vrij te belijden.

Aan alle kerken, godsdienstige gemeenschappen en genootschappen op grondslag van een levensovertuiging wordt gelijke bescherming verleend.

Het recht openbare godsdienstoefeningen te houden wordt erkend. De wet regelt de bevoegdheid een voorgenomen godsdienstoefening buiten gebouwen en besloten plaatsen te verbieden indien dit ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden vereist is.

Artikel 9a. Het geven van onderwijs is vrij, behoudens het toezicht van de overheid en, voor wat bij de wet aangewezen vormen van onderwijs betreft, het onderzoek naar de bekwaamheid en de zedelijkheid van hen die onderwijs geven, een en ander bij de wet te regelen

Artikel 9b. Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.

De wet stelt, met inachtneming van het eerste lid, regels omtrent een vergunningstelsel voor radio en televisie.

De wet kan in het belang van de openbare orde het geven van openbare vertoningen regelen en beperken. De wet kan voorts ter bescherming van personen jonger dan 18 jaar het geven van vertoningen regelen en beperken.

De wet kan, anders dan op grond van de inhoud, het verspreiden van gedachten of gevoelens regelen en beperken.

Artikel 9c. Het recht tot vereniging, vergadering en betoging wordt erkend. De wet regelt en beperkt de uitoefening van dit recht in het belang van de openbare orde.

Artikel 9d. Buiten de gevallen bij de wet bepaald mag niemand zijn vrijheid worden ontnomen.

De berechting van hem, aan wie met het oog daarop zijn vrijheid is ontnomen, vindt binnen een redelijke termijn plaats.

Hij, aan wie anders dan op rechterlijk bevel zijn vrijheid is ontnomen, kan aan de rechter zijn invrijheidstelling verzoeken. Hij wordt in dat geval door de rechter gehoord binnen een bij de wet te bepalen termijn. De rechter kan in bij de wet te bepalen gevallen het horen achterwege laten.

De rechter gelast de onmiddellijke invrijheidstelling indien hij de vrijheidsontneming onrechtmatig oordeelt.

Artikel 9e. Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling.

Artikel 9f. Het binnentreden in een woning tegen de wil van de bewoner is alleen geoorloofd in de gevallen bij de wet bepaald, op last van een bij de wet aangewezen gezag en met inachtneming van bij de wet vastgestelde vormen.

Het brief- en telefoongeheim is onschendbaar, behalve in de gevallen bij de wet bepaald, op last van een bij de wet aangewezen gezag.

Artikel 9g. Onteigening kan alleen geschieden in het algemeen belang en tegen vooraf verzekerde schadeloosstelling, een en ander naar regels bij de wet te stellen.

De schadeloosstelling behoeft niet vooraf verzekerd te zijn wanneer ingeval van nood onverwijld onteigening geboden is.

In de gevallen bij of krachtens de wet bepaald bestaat recht op schadeloosstelling of tegemoetkoming in de schade, indien in het algemeen belang eigendom door het bevoegd gezag wordt vernietigd of onbruikbaar gemaakt of de uitoefening van het eigendomsrecht wordt beperkt.

Artikel VII

In artikel 202, derde lid, van de Grondwet wordt '7, 9, 172 en 173' vervangen door 9b, 9c, 9d en 9f.

Artikel VIII

Aan de Grondwet worden de volgende additionele artikelen toegevoegd:

Artikel XII. De wet, bedoeld in het derde lid van artikel 9, wordt binnen vijf jaren voorgedragen. Tot haar inwerkingtreding blijft de volgende bepaling van kracht:

Alle openbare godsdienstoefening binnen gebouwen en besloten plaatsen wordt toegelaten, behoudens de nodige maatregelen ter verzekering der openbare orde en rust.

Onder dezelfde bepaling blijft de openbare godsdienstoefening buiten de gebouwen en besloten plaatsen geoorloofd, waar zij thans naar de wetten en reglementen is toegelaten.

Artikel XIII. De volgende bepalingen treden eerst na vijf jaren in werking. Bij of krachtens de wet kan ten aanzien van elk van deze bepalingen een eerder tijdstip van inwerkingtreding worden vastgesteld.

a. Artikel 9b.

b. Artikel *9c* voor zoveel betreft het recht tot betoging.

c. Artikel *9f,* tweede lid, behoudens voor wat betreft het briefgeheim, ten aanzien van aan de post of een andere openbare instelling van vervoer toevertrouwde brieven.

Tot de inwerkingtreding van artikel *9b* blijft de volgende bepaling van kracht:

Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.

Artikel XIV. Artikel 9e is niet van toepassing ten aanzien van feiten, strafbaar gesteld krachtens het Besluit Buitengewoon Strafrecht.

Artikel XV. Artikel 9g is niet van toepassing op aardhaling, waartoe het recht in 1886 bestond.

Artikel IX

De artikelen 165, 166, 171, 172, 173, 181, 182, 183, 184, 186, 187, 208, tweede lid, en additioneel artikel II van de Grondwet vervallen.

Lasten en bevelen, dat deze in het *Staatsblad* zal worden geplaatst, en dat alle ministeriële departementen, autoriteiten, colleges en ambtenaren, wie zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

Gegeven

De Minister-President,
Minister van Algemene Zaken,

De Minister van Binnenlandse Zaken,

De Minister van Justitie,