



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Rechten en vrijheden (theorie)

Koopmans, T.

Citation

Koopmans, T. (1986). Rechten en vrijheden (theorie). In *Vergelijkend publiekrecht* (pp. 211-222). Deventer: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/25966>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/25966>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

HOOFDSTUK XIV

Rechten en vrijheden (theorie)

T. Koopmans, 'Rechten en vrijheden (theorie)' in: *Vergelijkend Publiekrecht*, Deventer: Kluwer 1986, pp. 211-222.

63. De autonomie van het individu

Tot nu toe hebben wij het publiekrecht benaderd door ons te richten op de organisatie van de overheid; de aandacht ging uit naar bevoegdheden en naar middelen om tegen de hantering daarvan iets te ondernemen. Wij kiezen thans een andere gezichtshoek, nl. die van de individuele burger, of, zoals het vroeger heette, de onderdaan; de aandacht zal dan gericht zijn op de rechten en vrijheden van het individu. Gedeeltelijk zullen wij daarbij op dezelfde problemen stuiten als hiervoor al ter sprake zijn gekomen; maar ook daarbij komt het accent dan anders te vallen.

Strikt gesproken zijn rechten en vrijheden verschillende rechtsbegrippen. Ik kan bijv. op grond van een koopcontract recht hebben op de levering van een huis, en als dat huis het mijne is geworden heb ik de vrijheid er zelf in te gaan wonen, voorzover de rechten van anderen, bijv. huurders, daaraan niet in de weg staan. Het hebben van een recht houdt in dat men een aanspraak jegens anderen – of jegens een bepaalde andere – geldend kan maken; vrijheid impliceert het ontbreken van belemmeringen, in de vorm van verplichtingen of dwang. In het privaatrecht worden de beide termen ook meestal in deze betekenissen gebezigd, maar in het publiekrecht is de terminologie enigszins op drift geraakt. Daarvoor zijn twee oorzaken aan te wijzen: een die maakte dat vrijheid als recht werd gezien, en een die rechten in termen van vrijheden liet verschijnen. Wij zullen bij elk van die ontwikkelingen kort stilstaan.

De eerstgenoemde ontwikkeling (vrijheid als recht) voltrok zich vooral op staatsrechtelijk terrein. Een aantal belangrijke politieke vrijheden begon in de loop van de 18e eeuw als rechten en wel als grondrechten of mensenrechten, droits de *l'homme*, *human rights*, te worden beschouwd. Dat spraakgebruik vond niet aanstonds overal ingang. Nog in de late 19e eeuw schreef Dicey dat de 'freedom to peaceful assembly' op de keper beschouwd niet meer was dan de vrijheid van mijnheer A om op zaterdagavond om acht uur onbelemmerd op Trafalgar Square te gaan staan, en de vrijheid van B, C en anderen om precies hetzelfde te doen⁵⁶⁷ – m.a.w. hij zag het recht van vergadering consequent als 'vrijheid' en niet als 'recht': zolang men de publieke rust niet verstoort is men vrij te gaan en te staan waar men wil, en met 'rechten' heeft dat weinig van doen. In het Britse staatsrecht was voor die benaderingswijze ook

⁵⁶⁷ Dicey op. cit. (nt. 21) hfdst. VII.

wel reden, omdat de wetgever altijd de mogelijkheid behield om die vrijheden aan belemmeringen te onderwerpen, en in theorie zelfs om deze geheel op te heffen.⁵⁶⁸ De Amerikaanse grondwet daarentegen verschanste een aantal vrijheden ook tegen eventuele inbreuk door de wetgever, en het stelsel van constitutionele toetsing bracht met zich mee dat de aldus jegens de wetgever gevestigde aanspraak ook in rechte geldend kon worden gemaakt. Het verst uitgewerkt is die gedachte thans in het Duitse recht, waar de Verfassungsbeschwerde de weg naar de constitutionele rechter opent bij elke pretense inbreuk op de grondwettelijk gewaarborgde grondrechten.⁵⁶⁹

Een enkele historische kanttekening is hierbij op haar plaats. De behoefte om vrijheden als rechten in te kleden deed zich het meest gevoelen in gebieden die ook het meest onder onderdrukking van de vrijheden – door absolute vorsten of anderszins – te lijden hadden gehad. Achter het begrip grondrechten zelf stond een vrijheidsgerichte gedachtenwereld, die zich heftiger manifesteerde naar gelang de praktische beleving van vrijheden meer in het gedrang werd of was gebracht; dat verklaart de Britse lauwheid in het aanvaarden van de nieuwe terminologie. Toch was er meer aan de hand: de grondrechtenideologie maakte deel uit van een veel bredere individualistisch gerichte denkwijze, waarvan de invloed in geheel West- en Midden-Europa naar voren kwam. Het individu werd als het ware langzaam losgewikkeld uit de verbanden die in eerdere beschouwingswijzen zijn denken en doen bepaalden of moesten bepalen; de autonomie van het individu werd het nieuwe uitgangspunt. Deze verschuiving, die zich over enkele eeuwen uitstrekt, is niet alleen in recht en politiek, maar ook in wijsbegeerte, moraal en kunst terug te vinden. In het recht beginnen de consequenties ervan zich pas in de 18e eeuw uit te kristalliseren: in de contractsvrijheid, in het individuele eigendomsrecht zoals de Code civil het zou formuleren, in de afschaffing van persoonlijke dienstbaarheden en in de individuele vrijheidsrechten of grondrechten.⁵⁷⁰

In dit licht gezien is er een zeker verband met de tweede ontwikkeling, die rechten in vrijheden transformeerde. Het uitgangspunt van de autonomie van het individu maakte ook dat de legitimatie van politiek gezag werd gezocht in wilsovereenstemming tussen individuen, niet meer in het 'droit divin' van dynastieën of in andere autocratische theorieën. En deze ontwikkeling van denken vormde een van de achtergronden van de beweging in de richting van democratische regeringsvormen die vooral tussen 1750 en 1850 het politieke toneel in Europa en Noord-Amerika beheerste. Het ging daarbij om de zeggenschap van de bevolking, die niet meer zou bestaan uit onderdanen van een soeverein gezag, maar uit vrije burgers die zelf zouden beslissen over de zaken die hun gemeenschappelijk waren, hetzij rechtstreeks hetzij via hun vertegenwoordigers. Chronologisch liep deze strijd om de zeggenschap ongeveer gelijk

568. Zie no. 15.

569. Zie no. 23.

570. Zie A.A.G. Peters, De emancipatie van de mens, in: Biesheuvel-Flinterman, De rechten van de mens (Amsterdam 1983) hfdst. I.

op met die om de individuele vrijheidsrechten, vooral op het Europese continent (men denke aan de revolutionaire bewegingen van 1848); bovendien werd om beide verlangens in naam van de vrijheid gevochten. Juridisch gezien ging het bij de strijd om de zeggenschap echter niet om vrijheden, maar om rechten: bijv. stemrecht, verkiesbaarheid, recht tot kandidaatstelling voor vertegenwoordigende colleges, rechten en bevoegdheden van die colleges. Als men op de positie van de individuele burger let, zou men van zeggenschapsrechten kunnen spreken. In de politiek-theoretische literatuur was men evenwel geneigd om, vanwege de band met de vrijheidsideologie, ook hier van 'vrijheden' te spreken. De gedachte was dan dat de individuele vrijheidsrechten slechts 'negatieve' vrijheden waren, omdat zij de overheid zouden verplichten om niet tussenbeide te komen, om een bepaalde individuele vrijheidssfeer te eerbiedigen; bij de zeggenschapsrechten ging het daarentegen om 'positieve' vrijheden, omdat slechts de democratische zeggenschap een positieve vrijheidsbeleving mogelijk zou maken.⁵⁷¹ Wij kunnen hier in het midden laten of dat zo is (het is trouwens moeilijk te verifiëren); feit is dat de beschouwing van zeggenschapsrechten als vrijheden vaak wordt gehanteerd en de terminologie nog onvaster heeft gemaakt.

De moderne anthropologie heeft nogal wat twijfel gezaaid aan de houdbaarheid van het uitgangspunt van het autonome individu, vooral door de relatie aan te tonen tussen collectieve gegevenheden, zoals taal en cultuur, enerzijds, de wijze waarop het individu de werkelijkheid waarneemt en ervaart anderzijds.⁵⁷² Bovendien is in de politiek de laatste eeuw, onder invloed van socialistische en daarmee verwante stromingen, de klemtoon weer verschoven van de positie van het individu, met zijn rechten en vrijheden, naar de situatie van groepen en collectiviteiten en naar de taak van de gemeenschap in dat opzicht (misschien slaat de slinger sinds \pm 1975 wel weer terug). Dit alles neemt niet weg dat de constructie van het autonome individu een grote invloed heeft gehad op het politieke en juridische denken in onze hoek van de wereld en nog steeds een draaglijke rationalisering oplevert van verschillende beginselen die het publiekrecht van de liberale democratieën schragen, vooral in de sfeer van de individuele vrijheden en van de zeggenschapsrechten.⁵⁷³

64. Individuele vrijheden

De individuele ('negatieve') vrijheden zijn, ook in het publiekrecht, niet uitgeput met de grondrechten, hoe ruim men deze ook definieert. De burger is bijv. vrij zich op de openbare weg te bewegen en van die weg het gebruik te maken dat met de bestemming als weg in overeenstemming is.⁵⁷⁴ In het algemeen is

571. Zie bijv. A. Passerin d'Entrèves, *The notion of the State* (Oxford 1967) dl. III hfdst. VI-VII.

572. Zie vooral Lévi-Strauss, *La pensée sauvage* (Parijs 1962) hfdst. II en IV; Tiger and Fox t.a.p. (nt. 5).

573. Bijv. Ernest Barker, *Reflections on government* (Oxford 1942) hfdst. I-II.

574. Verg. CE 25-2-1928, Société l'Eveil de Contres, Rec. 272.

hij, in de kring van landen waarover wij spreken, vrij datgene te doen wat hem niet uitdrukkelijk is verboden of wat inbreuk maakt op de rechten en vrijheden van anderen. Binnen die grenzen kan hij als het ware zijn eigen lot bepalen en zijn eigen keuzen maken, of dat nu neerkomt op het ijveren voor een klas-senloze samenleving of op het kweken van dahlia's. In zo verre is er een duidelijke band met het uitgangspunt van de individuele autonomie.

Voorals in het Engelse denken is deze gedachtengang hecht verankerd. Misschien gaat men er nog een stapje verder: men meent vaak dat de persoonlijke vrijheidssfeer begint waar anderen geen schade kunnen ondervinden; ook de wetgever zou die sfeer moeten eerbiedigen en er van moeten afzien de burger tegen zichzelf in bescherming te nemen of hem, uit een verkeerd begrepen zedelijkheidsopvatting, gedragsregels voor te schrijven die niet te maken hebben met de betrekkingen met medeburgers.⁵⁷⁵ De invoering van de bromfietshelm en van het verplicht dragen van veiligheidsgordels in auto's klopt bijv. niet met deze benaderingswijze, maar over beide is dan ook op de Britse eilanden veel te doen. Over het geheel genomen bestaan er minder gedragsvoorschriften en verboden dan in de landen van het Europese continent; zolang men 'the peace' niet verstoort mag er heel wat. De minutieuze plaatselijke voorschriften die men in Nederland kent (en vooral in Zwitserland), zijn in Engeland grotendeels onbekend; maar er bestond traditioneel een sociaal patroon dat maakte dat bepaalde dingen, zoals schreeuwen, dringen en vechten, er over het algemeen genomen minder gauw voorkwamen dan elders. Voor de individuele vrijheidsbeleving is dan van belang in hoeverre dit patroon als opgelegd wordt ervaren dan wel als een soort stilzwijgende afspraak tussen individuen; en daarover zou een pas binnengekomen Aziatische immigrant wel eens anders kunnen denken dan de boekhandelaar van Hay-on-Wye. Voor het standpunt van dat laatste pleit dat ook omvang en intensiteit van de sociale controle in Engeland, althans naar Nederlandse maatstaven, betrekkelijk gering zijn; voor het standpunt van de laatste pleit dat ook omvang en intensiteit van de sociale controle in Engeland, althans naar Nederlandse maatstaven, betrekkelijk gering zijn; voor dat van de eerste valt aan te voeren dat verschillende vormen van 'hooliganism', in voetbalstadions en elders, hebben laten zien dat aanvaarding en naleving van het sociale patroon wel eens enigszins klassebe-paald zou kunnen wezen.

In elk geval: er is in Engelse ogen een nauw verband tussen de verschillende vrijheden, ongeacht of deze als grondrechten zijn gekwalificeerd; en die gezamenlijke vrijheden vormen analytisch gezien een restpost – alles wat overblijft na aftrek van de verplichtingen opgelegd door wetgeving en common law – ook al zijn zij moreel en politiek gezien juist de standaard waaraan die verplichtingen worden afgemeten.

In de VS is deze benadering uitdrukkelijk verworpen. De federale grondwet omvatte oorspronkelijk geen 'bill of rights'; de gedachte was dat de rechten

575. Zie vooral John Stuart Mill, *On liberty* hfdst. IV (ik bezigde Everyman ed. 1910, p. 131 e.v.); ook Hart, *Law, liberty and morality* (Oxford 1968, herdr. 1975).

van de burgers tegenover hun eigen staat reeds gewaarborgd waren door de staatsconstituties, en dat zij wat de federale overheid betrof konden worden afgelezen uit de beperking van de bevoegdheden welke aan die overheid waren toegekend. Jefferson protesteerde daar onmiddellijk tegen; in een eerste commentaar op het ontwerp schreef hij o.a.:

'I will now add what I don't like. First, the omission of a bill of rights, providing clearly, and without the aid of sophisms, for freedom of religion, freedom of the press, protection against standing armies, restriction against monopolies, the eternal and unremitting force of the *habeas corpus* laws, and trials by jury in all matters of fact triable by the laws of the land, and not by the law of nations. To say, as Mr. Wilson does, that a bill of rights was not necessary, because all is reserved in the case of the general government which is not given, while in the particular ones, all is given which is not reserved, might do for the audience to whom it was addressed; but it is surely a *gratis dictum*, opposed by strong inferences from the body of the instrument, as well as from the omission of the clause of our present Confederation, which had declared that in express terms... Let me add, that a bill of rights is what the people are entitled to against every government on earth, general or particular; and what no just government should refuse, or rest on inferences.'⁵⁷⁶

Jefferson kreeg zijn zin: weliswaar werd de grondwet zonder bill of rights afgekondigd, maar twee jaar later kwam de bill of rights tot stand in de vorm van de eerste tien amendementen op de grondwet. Merkwaardig is, dat het tiende amendement toch nog iets van de oude gedachtengang laat zien, door te stellen dat de bevoegdheden die niet door de grondwet aan de federale overheid zijn toegekend 'are reserved to the States respectively, or to the people'. De rechtspraak kent aan het tiende amendement echter geen grote betekenis toe; toen het hoogerechtshof een ruime armslag aan de federale wetgever begon toe te kennen in de jaren na 1937, zei Chief Justice Stone eens namens een eenstemmig hof: 'Our conclusion is unaffected by the Tenth Amendment... The amendment states but a truism that all is retained which has not been surrendered.'⁵⁷⁷

Uit Jefferson's commentaar bleek reeds dat het bij de voorstanders van een bill of rights om meer ging dan om een poging tot voorkoming van machtsmisbruik door machthebbers, zoals de kolonisten van de kant van de Britse koningen hadden ondervonden. De herleving van het natuurrecht in de 17e en 18e eeuw had juist de nadruk gelegd op de 'onvervreembare', 'natuurlijke' rechten die het individu zouden toekomen.⁵⁷⁸ De beroemdste weergave van

576. Brief aan James Madison, 20-12-1787. Uit: Frederick C. Prescott (ed.), Alexander Hamilton and Thomas Jefferson (New York-Cincinnati-Chicago 1934) p. 278-279. James Wilson was een van de afgevaardigden van Pennsylvania ter constitutionele conventie.

577. US v. Darby, 312 US 100 (1941).

578. Zie hierover A. Passerin d'Entrèves, Natural law (2e dr., Londen 1970) hfdst. IV.

dat filosofische gezichtspunt is waarschijnlijk te vinden in de openingspassage van de Amerikaanse onafhankelijkheidsverklaring, grotendeels door Jefferson geredigeerd:

'We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights, that among these are life, liberty and the pursuit of happiness.'

Jefferson en zijn aanhangers konden de federale bill of rights zien als een logisch vervolg op deze gedachtengang.

De combinatie van een in de grondwet verankerde bill of rights met zijn natuurlijke achterland enerzijds, het stelsel van constitutionele toetsing anderzijds, heeft, zoals wij reeds konden vaststellen, de Amerikaanse rechter in staat gesteld een belangrijke rol te spelen bij de uitlegging van de individuele vrijheidsrechten.⁵⁷⁹ Het Britse stelsel is, ook in dit opzicht, minder geïnstitutionaliseerd dan het Amerikaanse. De Amerikaanse demonstrant zal, in geval van vervolging wegens zijn rol bij een opstootje, onmiddellijk een beroep doen op het eerste amendement (freedom of speech etc.); de Britse demonstrant zal beweren dat het niet zijn gedrag is geweest dat een 'breach of the peace' heeft veroorzaakt. Ook in Engeland is de rol van de rechter in de omlijning van de grondrechten echter van belang: de vraag wie van de deelnemers aan een opstootje de 'breach of the peace' veroorzaakte, zal mede ervan afhangen door welk gedrag het eerst inbreuk op de vrijheden van anderen is gemaakt, en dat veronderstelt dat die vrijheden nader worden omschreven.⁵⁸⁰ De Engelse rechtspraak mist evenwel de doorzichtigheid, en de principiële wijze van argumenteren, van de Amerikaanse.

Het belang van de tegenstelling die wij hier hebben geconstrueerd moet evenwel niet worden overschat. Ook naar Amerikaans recht bestaan legio vrijheden die op de 'restpost'-gedachte berusten, bijv. de vrijheid om zelf het moment te kiezen waarop men gaat slapen.⁵⁸¹ Dat zijn echter niet de vrijheden waarover spoedig problemen rijzen. De vrijheden die in een grondwettelijke bescherming delen behoren over het algemeen tot een van de volgende categorieën:

- zij hebben een principieel karakter, vormen als het ware de ideologische uitgangspunt van het constitutionele bestel: aldus de 'Würde des Menschen' en de 'freie Entfaltung der Persönlichkeit' in het Duitse Grundgesetz⁵⁸²;
- zij behoren tot de bestaansvoorwaarden van een democratisch regeersysteem: aldus de vrijheden van het eerste amendement in de VS;
- zij hebben te maken met de wijze waarop het overheidsapparaat functioneert, bijv. trial by jury⁵⁸³;

579. Zie no. 19-20 en 22.

580. Zie bijv. *Beatty v. Gilbanks* (1882) 9 QBD 308.

581. Zie ook Amendm. IX US Constitution.

582. Art. 1 Abs. 1 en Art. 2 Abs. 1 GG.

583. Amendm. VI US Constitution.

zij hebben aanvankelijk behoord tot de vrijheden die vanzelfsprekend werden geacht, maar zij worden bedreigd door bepaalde nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen; men denke aan het begrip 'privacy' of persoonlijke levenssfeer, dat in oudere constitutionele documenten ontbreekt maar in de nieuwere uitdrukkelijk wordt genoemd.⁵⁸⁴

Dat komt er op neer dat de vrijheden die politiek interessant zijn, of die tot juridische problemen aanleiding kunnen geven, al gauw in de grondwettelijke bescherming zullen delen. En het is deze omstandigheid die de rechtspraak van het US Supreme Court en van het Bundesverfassungsgericht van zoveel betekenis maakt voor de omlijning van het vrijhedenpakket.

Over de implicaties van de constitutionele toetsing hebben wij in het Eerste Deel al gesproken. Wij zullen de materie daarom in dit Deel met een ander oog bekijken, en vooral stilstaan bij de gezichtspunten die onder verschillende stelsels in de beschouwing worden betrokken bij de nadere definiëring en omlijning van de vrijheidsrechten. Enkele institutionele vragen kunnen wij daarbij niet uit de weg gaan, in het bijzonder omdat er interessante tussenvormen zijn te vinden tussen het Amerikaans-Duitse en het Engelse model.

65. Zeggenschapsrechten

In zijn veelbezongen studie over de democratie in Amerika legde Tocqueville verband tussen de democratische regeringsvorm, de volkssoevereiniteit, het gelijkheidsbeginsel en de individuele vrijheden. Maar hij meende dat een democratie, om te kunnen werken, een ander element niet kon ontberen: de 'esprit public'. En hij stelde vast dat deze in de VS in ruimere mate voorhanden was dan in Frankrijk;

'...d'où vient que chacun s'intéresse aux affaires de sa commune, de son canton, et de l'Etat tout entier comme aux siennes mêmes? C'est que chacun, dans sa sphère, prend une part active au gouvernement de la société.'⁵⁸⁵

Naast de invloed van het algemeen kiesrecht (toen nog een belangrijke nieuwigheid) noemde hij een andere omstandigheid:

'Les législateurs de l'Amérique... ont pensé que, de plus, il convenait de donner une vie politique à chaque portion du territoire, afin de multiplier à l'infini, pour les citoyens, les occasions d'agir ensemble, et de leur faire sentir tous les jours qu'ils dépendent les uns des autres.'⁵⁸⁶

584. Zie voor de VS *Griswold v. Connecticut* (nt. 124). Verg. daarbij art. 8 ECRM.

585. Tocqueville, *De la démocratie en Amérique* tome Ier ch. XIV (13e dr. Parijs 1850, p. 285).

Er is een heruitgave van Garnier-Flammarion (Parijs 1981).

586. Eod. tome II ch. IV (II p. 116).

Hij wijst daarbij in de eerste plaats op het zelfbestuur van lokale eenheden:

‘Les libertés locales ... ramènent ... sans cesse les hommes les uns vers les autres, en dépit des instincts qui les séparent, et les forcent de s’entr’aider.’

‘C’est ... dans la commune que réside la force des peuples libres. Ces institutions communales sont à la liberté ce que les écoles primaires sont à la science; elles la mettent à la portée du peuple; elles lui en font goûter l’usage paisible et l’habituent à s’en servir. Sans institutions communales une nation peut se donner un gouvernement libre, mais elle n’a pas l’esprit de liberté.’⁵⁸⁷

Daarnaast wijst hij op het gebruik dat de Amerikanen maken van particuliere organisatievormen, van de ‘association civile’; en hij concludeert:

‘Les associations civiles facilitent ... les associations politiques; mais, d’une autre part, l’association politique développe et perfectionne singulièrement l’association civile ... (Ils) finissent par voir, dans l’association, le moyen universel, et pour ainsi dire unique, dont les hommes peuvent se servir pour atteindre les diverses fins qu’ils se proposent. L’art de l’association devient alors ... la science mère; tous l’étudient et l’appliquent.’⁵⁸⁸

De grondgedachte die achter deze beschouwingen steekt heeft anderhalve eeuw later nog weinig van zijn actualiteit verloren: bij de zeggenschap van de burgerij gaat het niet alleen om het recht afgevaardigden in nationale parlementen te kiezen maar ook om de rechten die bewerkstelligen ‘que chacun, dans sa sphère, prend une part active au gouvernement de la société’. Wij zullen daarom pogen ons onderwerp ook uit deze gezichtshoek te benaderen.

Daarbij stuiten wij onmiddellijk op een probleem van methode. Juridisch gezien is het onderwerp zo vertakt dat het zich moeilijk leent tot een systematische behandeling aan de hand van vereenvoudigde modellen, zoals wij in de eerdere delen van dit werk hebben toegepast.⁵⁸⁹ Voor de deelproblemen zou men waarschijnlijk wel op deze wijze kunnen werken. Als men de mate van zelfbestuur bijv. beperkt tot de kleinere territoriale eenheden, zou men een schaal van uiterste decentralisatie naar uiterste centralisatie kunnen construeren, en de beide extreme modellen zouden dan waarschijnlijk vereenzelvigd kunnen worden met de VS en Frankrijk. Maar het toepassingsgebied van die constructie zou zeer beperkt zijn: de gecreëerde tegenstelling zou bijv. niet van toepassing zijn op de mate van functionele decentralisatie – al gooien de VS

587. Eod. tome II ch. IV (II p. 117) en tome Ier ch. V (I p. 71).

588. Eod. tome II ch. VII (II p. 130 en 131-132). Zie ook J. Bryce, *The American Commonwealth*, dl. II (new ed., New York 1921) hfdst. 104-123.

589. Zie daarover no. 3-5 en no. 11.

ook daar, zoals wij al gezien hebben, hoge ogen.⁵⁹⁰ En de tegenstelling houdt zelfs geheel op enige geloofwaardigheid te hebben als men de blik slaat op andere aspecten van de zeggenschap, zoals verenigingsvrijheid, de mogelijkheid van particuliere organisaties om aan rechts- en beleidsvorming bij te dragen (bijv. via collectieve arbeidsovereenkomsten), deelneming in beleidsadvisering e.d.

Met betrekking tot de klassieke zeggenschapsrechten zoals het kiesrecht doet zich dan nog een extra-probleem voor. Het algemeen kiesrecht is algemeen aanvaard, al zijn er enkele verschillen wat de minimum-leeftijd en wat de gronden voor uitsluiting en verlies van kiesrecht betreft. Ook ten aanzien van de verkiesbaarheidseisen zijn de verschillen slechts gradueel. De kiesstelsels zijn verschillend: voor de Duitse Bondsdag wordt de verkiezingsuitslag uiteindelijk bepaald door een lijstenstelsel van evenredige vertegenwoordiging, zij het met een betrekkelijk hoge kiesdrempel; er is dus een duidelijke tegenstelling tot het Britse 'first-past-the-post'-systeem. Wij zullen daarbij in dit verband niet al te lang stilstaan: enerzijds, omdat de keuze van kiesstelsel vooral te maken heeft met de functie die men verwacht dat het vertegenwoordigend lichaam in hoofdzaak zal uitoefenen – een onderwerp dat in het Derde Deel al aan de orde is geweest; anderzijds, omdat het voor een goed begrip van het Duitse publiekrecht waarschijnlijk meer loont om zich te verdiepen in de redenen waarom de constitutionele rechter de kiesdrempel aanvaardde⁵⁹¹ dan om uitvoerig stil te staan bij de techniek van de evenredige vertegenwoordiging.⁵⁹²

Hoe het ook zij, de grote globale tegenstellingen waarmee wij in de voorgaande delen hebben gewerkt, schijnen hier geen goede leidraad op te leveren – of men zou de werkelijkheid meer geweld moeten aandoen dan verantwoord is. Wij zullen daarom op de zeggenschapsrechten een enigszins andere behandelingswijze toepassen, door de verschillende deelonderwerpen vergelijkend te analyseren aan de hand van de vier bestudeerde rechtsstelsels, om dan vervolgens na te gaan welke deeltegenstellingen kunnen worden geconstateerd; wanneer deze niets verhelderen, zullen zij weer ijlings over boord worden gezet.

66. Andere rechten

Andere rechten dan individuele vrijheden en zeggenschapsrechten mogen er toe bijdragen tot beter begrip te komen van een bepaald rechtsstelsel, een bepaalde samenleving of zelfs een bepaald politiek systeem; maar zij zijn niet

⁵⁹⁰. Zie no. 41.

⁵⁹¹. Sperrklausel-Urteil, nt. 187.

⁵⁹². Zie daarvoor A.M. Donner, *Iets over kiesstelsels* (Amsterdam 1967); G. van den Bergh, *Eenheid in verscheidenheid* (2e dr., Alphen aan den Rijn 1951).

bijzonder geschikt als uitgangspunten voor publiekrechtelijke rechtsvergelijking.

Men kan in de eerste plaats denken aan de sociale grondrechten. De waarden die zij belichamen hebben in de Westeuropese landen invloed gehad op de totstandkoming van sociale wetgeving en sociaal beleid; maar de verschillen in bijv. de organisatie van de sociale verzekering tussen Frankrijk en Groot-Brittannië, of in de werkgelegenheidspolitiek tussen dit laatste land en de Bondsrepubliek, zijn niet terug te voeren op een andere schatting van het belang van deze waarden, of op een andere omschrijving van sociale grondrechten. Deze verschillen hebben te maken met de gevoerde economische politiek⁵⁹³, met de wijze waarop werkgevers en werknemers zijn of waren georganiseerd, en met een aantal historische toevalligheden (de National Health Service kon bijv. vlak na de oorlog als een modern stelsel van sociale verzekering tot stand komen omdat juist aan de gezondheidssector nog weinig was gebeurd, anders dan bijv. in Duitsland). Daar komt nog bij dat de invloed van de sociale grondrechten op de rechtspraak in het algemeen gering is geweest – soms ook in gevallen waar de bescherming van die rechten wel voor de hand had gelegen. De Franse rechter geeft er bijv. vaak de voorkeur aan zich rechtstreeks te baseren op toepasselijke wetsteksten, zonder zich om achterliggende sociale grondrechten te bekreunen, al heeft de preambule van de grondwet van 1946 deze met zoveel woorden gewaarborgd.⁵⁹⁴ Een uitzondering moet alleen worden gemaakt voor de toepassing van het begrip ‘Sozialstaat’ in het Duitse recht, dat gezien kan worden als een soort samenvattend begrip, in die zin dat het verwijst naar een rechtsgemeenschap waar sociale grondrechten worden geëerbiedigd. Het begrip heeft een belangrijke rol gespeeld in de jurisprudentie van het Bundesarbeitsgericht, o.a. over de werkstaking, en het heeft ook de constitutionele rechter meer dan eens geïnspireerd.⁵⁹⁵

In de tweede plaats zou men kunnen denken aan de subjectieve rechten uit het privaatrecht. Zij vallen in beginsel buiten het bestek van dit boek, maar er zijn nogal wat grensgebieden waar privaatrechtelijke en publiekrechtelijke elementen door elkaar lopen. Gedeeltelijk gaat het daarbij om oude problemen, zoals de verhouding tussen het eigendomsrecht en de onteigening te algemenen nutte, of de toelaatbaarheid van kerkelijke bemoeienis met huwelijks- en familierecht. Soms kunnen oude problemen zich in nieuwe vorm voordoen: de scheiding tussen kerk en staat is in West-Europa en Noord-Amerika vrijwel overal bereikt – in Frankrijk wordt zij een vrucht van de Franse revolutie geacht, in de VS is zij officieel geproclameerd in het eerste amendement, en in het Verenigd Koninkrijk is zij langzamerhand totstandgekomen (op enkele

593. Soms zelfs de economische ideeënwereld in het algemeen. Duitse socialisten geloven meer in de ‘soziale Marktwirtschaft’ dan de Franse rechterzijde, die de ‘Etat’ nog altijd hoog in haar vaandel heeft geschreven.

594. Verg. Cass. 20-11-1959, Compagnie industrielle des téléphones c. dame Papaux, Bull. IV no. 1162.

595. Zie no. 23.

ceremoniële aardigheden na, en het recht van de Prime Minister om een aantal Anglicaanse dignitarissen te benoemen). In de jaren vijftig heeft het Amerikaanse Supreme Court evenwel aan het eerste amendement een aantal nieuwe beginselen ontleend betreffende de toelaatbaarheid van godsdienstonderwijs op de openbare scholen.⁵⁹⁶ Het argument ontleend aan de scheiding van kerk en staat doet daarbij wat zonderling aan als men bedenkt dat de zittingen van het hof zelf geopend worden door een deurwaarder die uitroept: 'God save the United States and this honorable court!'

Sinds kort zijn zich op het grensgebied van publiek- en privaatrecht evenwel geheel nieuwe problemen gaan voordoen; zij hebben te maken met nieuwe vormen van bestuur die zich in de moderne economische en sociale politiek, de ruimtelijke ordening en het milieubeleid vrijwel overal in onze kring van landen schijnen te gaan voordoen. Vertegenwoordigers van overheidsorganen en van particuliere organisaties gaan om de tafel zitten en komen tot afspraken over een bepaald stuk beleid in de komende jaren en over de wijze waarop ieder van de participanten daaraan zal bijdragen; men spreekt te onzent wel van 'beleidsakkoorden', al is dat misschien een ruimer begrip, dat bijv. ook politieke afspraken (zoals bij de kabinetsformatie) dekt. Het zijn echter de beleidsakkoorden in engere zin, die waaraan particuliere organisaties deelnemen, welke geheel nieuwe problemen in het leven roepen, met name wat hun mogelijke afdwingbaarheid betreft.⁵⁹⁷ Men denke aan afspraken als het 'social contract' dat de Labour-regering in de jaren zeventig met het Trade Union Congress aanging, en dat beperking van de loonstijging koppelde aan andere inflatiebeperkende maatregelen; of aan de Nederlandse milieuconvenanten, die bij vestiging van een groot industrieel bedrijf wel worden gesloten tussen de onderneming en de provinciale en plaatselijke overheden omtrent de aan het bedrijf te stellen eisen. Zowel naar Engels als naar Nederlands recht kunnen aan dit soort akkoorden geen nakomingsacties worden ontleend; de vraag is wel in hoeverre een particuliere deelhebber aan het akkoord, of een individuele burger die door zo'n deelhebber zoals een vakbond is vertegenwoordigd, argumenten aan het akkoord kan ontlelen in geval van beroep op een administratief of rechterlijk orgaan. Vergelijkbare problemen doen zich ook elders aan de marge van het publiekrecht voor: de Franse economische planning is bijv. lange tijd bindend geweest voor de publieke sector, doch 'indicatief' voor de private; maar de praktische uitvoering van de indicatieve planning was het onderwerp van een besluitvormingssysteem waaraan de niet-publiekrechtelijke betrokkenen intensief deelnamen.⁵⁹⁸ Iets verder aan de marge ligt het geval waarin zelfs niets afgesproken wordt, maar waarin overheidsorganen en particuliere organisaties, ondernemingen of individuen lange tijd op een bepaalde wijze jegens elkaar plegen op te treden, en waarin een breuk in die lijn door de wederpartijen op dezelfde wijze als het verbreken van

596. Bijv. *Zorach v. Clauson*, 343 US 306 (1952).

597. Zie W. Konijnenbelt, *Bestuursvereenkomsten in discussie*, *Bouwrecht* 1979 p. 169.

598. Zie François Perroux, *Le Quatrième Plan français (Que sais-je? no. 1021) hfdst. V.*

een afspraak wordt ervaren. Naar Duits recht, en waarschijnlijk ook naar Nederlands, kan het begrip 'rechtszekerheid' hier hulp bieden als de overheid de regelmaat verbreekt; de 'Vertrauensschutz' beschermt dan het vertrouwen dat door feitelijk gedrag is gewekt.⁵⁹⁹ Aan deze semi- en quasi-contractuele betrekkingen kunnen daarom waarschijnlijk wel enkele rechten worden ontleend; maar men kan niet zeggen dat zich over de omvang daarvan al een duidelijke opinie heeft uitgekristalliseerd in doctrine of rechtspraak.

Een andere ontwikkeling van de laatste jaren die zich, evenals de vorige, nog slechts flauw aftekent, is de afzonderlijke positie die de 'ondernemer', de 'opérateur économique', in het spanningsveld tussen overheid en burger is gaan innemen. De ondernemer deelt in de rechten die aan de burger toekomen, ook als hij een rechtspersoon of een andere organisatie is; maar enerzijds zien bepaalde rechten, zoals de beroepsvrijheid uit de Duitse grondwet⁶⁰⁰, er in handen van de ondernemer wat anders uit; anderzijds bestaat het typerende van de ondernemer juist daaruit dat hij risico's neemt, zodat aan hem misschien ook niet evenveel bescherming tegen wisselend overheidsbeleid kan worden geboden als aan bejaarden, dienstplichtigen of leerplichtige meisjes. De juridische ontwikkelingen in de Europese Gemeenschappen leveren in dit opzicht veel interessant materiaal.⁶⁰¹

599. Zie H. van Gunsteren, *The quest for control* (London-New York 1976) hfdst. III.

600. Art. 12 GG.

601. Zie zaak 230/78, *Eridania*, *Jur.* 1979 p. 2749; Gert Nicolaysen, *Wirtschaftsfreiheit*, in: Bieber-Bleckmann, *Das Europa der zweiten Generation*, Band II (Kehl am Rhein 1981) p. 651.