



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De burgerlijke vrijheden

Koopmans, T.

Citation

Koopmans, T. (1986). De burgerlijke vrijheden. In *Vergelijkend publiekrecht* (pp. 223-243). Deventer: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/25947>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/25947>

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

HOOFDSTUK XV

De burgerlijke vrijheden

T. Koopmans, 'De burgerlijke vrijheden', in: *Vergelijkend Publiekrecht*, Deventer: Kluwer 1986, pp. 223-243.

67. Bescherming van de vrijheden

De organisatie van de bescherming der burgerlijke vrijheden geschiedt langs de lijnen die wij reeds eerder hebben getrokken: de belangrijkste vrijheden zijn als grondrechten 'entrenched' in de Amerikaanse en Duitse grondwetten, de rechter waakt tegen schending, ook wanneer deze bij de wet mocht geschieden; in Groot-Brittannië beheerst de sovereignty of Parliament nog steeds het terrein; de ontwikkelingen in Frankrijk bewegen zich de laatste jaren in de richting van het Amerikaans-Duitse model.⁶⁰² Hetzelfde is het geval thans wel met Canada, al heeft men er aanvankelijk een poging gedaan het uitgangspunt van de sovereignty of Parliament met de gedachte van een bill of rights te verzoenen.

In 1960 werd nl. de 'Canadian Bill of Rights' aangenomen, en wel bij gewone federale wet (Canadese grondwet was in die tijd nog de British North America Act).⁶⁰³ Het was derhalve niet helemaal duidelijk of de rechter federale wetgeving wel buiten toepassing mocht laten wegens strijd met een bepaling van de Bill of Rights. Het wat ambivalente karakter van dit document werd nog versterkt doordat de tekst ervan uitging dat de federale wetgever niet impliciet, maar alleen maar uitdrukkelijk de Bill of Rights kon intrekken of wijzigen, of daarvan kon afwijken. Bepaald werd dat elke wet aldus moet worden 'construed and applied' dat hij geen inbreuk maakt op de 'fundamental rights and freedoms' die de Bill of Rights waarborgt, 'unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the Canadian Bill of Rights'. Van deze zgn. *nonobstante*-clause is gebruik gemaakt toen in de jaren zeventig nieuwe abortuswetgeving tot stand werd gebracht.

Vóór de invoering van de Bill of Rights had het Canadese Supreme Court nogal eens provinciale wetten onverbindend verklaard wegens inbreuk op de burgerlijke vrijheden. Dat gebeurde dan meestal in deze vorm dat zulke wetten *ultra vires* werden geacht, omdat zij buiten de provinciale bevoegdheidstoedeling van de BNA Act vielen. In het geval van een verspreidingsverbod (behoudens vergunning), dat het in de stad Québec de Jehova's getuigen in feite onmogelijk maakte hun pamfletten aan de man te brengen, oordeelde

602. Zie no. 24.

603. Zie no. 14.

het hof bijv. dat de vrijheid van godsdienst in het geding was, zodat het verbod niet gebracht kon worden onder 'local matters in the province', of 'property and civil rights in the province', waarvoor de provinciale wetgever bevoegd zou zijn geweest.⁶⁰⁴ Enkele jaren later werd, op soortgelijke gronden, de Act Respecting Communistic Propaganda van de provincie Québec onverbindend verklaard.⁶⁰⁵ Eén van de rechters, Justice Rand, baseerde zijn oordeel in dat geval mede op de preambule van de BNA Act, die verklaart voor de federatie een constitutie in het leven te roepen 'similar in principle to that of the United Kingdom'; die termen verwijzen zijns inziens naar een parlementaire democratie 'with all its social implications' en garanderen daarom de vrijheid van meningsuiting 'in every part of the Dominion'. Hij leidt daaruit af dat het de provinciale wetgever niet vrij staat inbreuk op die vrijheid te maken, maar laat in het midden of zulk een belemmering ook voor een federal statute zou gelden.

Het is tegen deze achtergrond dat het hoogerechtshof na 1960 te beoordelen had of federale wetgeving aan de bepalingen van de nieuwe Bill of Rights kon worden getoetst. In 1969 viel een uitspraak die op een positief antwoord leek te wijzen. Een Indiaan was met tien dollar beboet omdat hij dronken in een hotel in Yellowknife in de North-West Territories was aangetroffen; volgens de Indian Act van 1952 was het Indianen verboden dronken te zijn buiten een reservaat. Het hof meende dat deze bepaling in strijd was met de gelijkheid voor de wet, gewaarborgd door de Bill of Rights, en daarom 'inoperative.'⁶⁰⁶ Kwam dit neer op onverbindendverklaring wegens inbreuk op de Bill of Rights? Helemaal duidelijk is dat niet. Sommige exegeten menen dat het hof slechts de '*lex posterior*'-regel toepaste en de Indian Act impliciet ingetrokken of gewijzigd achtte voor zover hij niet met de (latere) Bill of Rights te rijmen viel. In de argumentatie van de meerderheid van het hof kan men voor beide lezingen wel steun vinden. Voor de these van de onverbindendverklaring pleit dat verschillende rechters zich mede baseren op de *nonobstante*-clause hetgeen in de andere these overbodig zou zijn. Ertegen pleit wellicht dat het hof, in de vele overwegingen die het aan de zaak wijdt, nergens impliceert dat het bezig is een uitspraak van principiële aard te doen, hoewel het toch de eerste keer zou zijn dat het judicial review of legislation toepaste buiten de gebruikelijke gevallen van toetsing aan de bevoegdheidsverdeling krachtens de BNA Act.

Hoe het ook zij, er is geen duidelijk vervolg op deze jurisprudentie geweest. In 1973 werd een andere bepaling van de Indian Act, die Indiaanse vrouwen gehuwd met niet-Indiaanse mannen in een ongunstige positie plaatst wat betreft de rechten ontleend aan het wonen in een reservaat, door het hof overeind gehouden.⁶⁰⁷ Het is echter mogelijk dat deze ontwikkelingen achter-

604. *Saumur v. City of Quebec and Attorney General for Quebec* (1953) 2 SCR 299.

605. *Switzman v. Elbling and Attorney General for Quebec* (1957) SCR 285.

606. *Regina v. Drybones* (1970) SCR 282.

607. *Attorney General of Canada v. Lavell, Isaac et al. v. Bédard* (1973) 38 DLR (3d) 481.

haald zijn door de opneming, in de Constitution Act 1981, van een Canadian Charter of Rights and Freedoms dat de *nonobstante*-clause niet over de volle linie heeft gehandhaafd.

De repatriëring van de Canadese grondwet in 1981, met de daarmee gepaard gaande vaststelling van het nieuwe Charter, verliep niet zonder politieke en juridische moeilijkheden. Belangrijke minderheden meenden dat juist hun rechten gekrenkt zouden kunnen worden als de grondwet kon worden gewijzigd in Canada, zonder tussenkomst van het oude Imperial Parliament te Westminster. Indianengroepen deden een beroep op de Engelse rechter om een verbod te verkrijgen van de voor repatriëring vereiste Britse wetgeving⁶⁰⁸; de provincie Québec probeerde met gedingen voor de Canadese rechter de ongeldigheid van de nieuwe constitutionele voorzieningen uit te lokken, daartoe o.a. de 'dualité canadienne' aanvoerend die de Franstalige minderheid in Canada een vetorecht zou verschaffen.⁶⁰⁹ Al deze pogingen liepen echter op niets uit.

68. The King's peace

'Beperkingsmogelijkheden vormen een wezenlijk bestanddeel van de vrijheidsrechten. Het functioneren van deze rechten vindt veelal plaats binnen een kader dat mede in de beperkingen juridische gestalte krijgt.' Aldus Burkens.⁶¹⁰ Voor rechtsvergelijkende doeleinden zou men deze gedachte misschien nog wel wat kunnen toespitsen, door te stellen dat de betekenis van de vrijheidsrechten pas blijkt uit de grenzen die aan de uitoefening van die rechten zijn gesteld. Die grenzen bestaan overal: de uitoefening van vrijheidsrechten wordt niet alleen beperkt door de rechten van anderen, maar ook door de eisen die het samenleven in een georganiseerde gemeenschap met zich brengt. Deze laatste eisen worden in verschillende staten zeer verschillend opgevat; zij kunnen betrekkelijk specifiek zijn, zoals beperking van de vrije meningsuiting door het verbod om communistische – of juist anti-communistische – propaganda te maken; zij kunnen ook vaag en algemeen zijn, bijv. wanneer er een verbod bestaat om 'geruchten te verspreiden' – zoals in verschillende Afrikaanse en Oosteuropese landen voorkomt.⁶¹¹ Het is evenwel niet alleen maar een kwestie van politiek systeem: tussen de liberale democratieën onderling bestaan ook belangrijke verschillen; begrenzingsen die in het ene rechtstelsel schijnen te worden onderbelicht, krijgen in het andere het volle pond of meer – en omgekeerd.

Het afgrenzingsprobleem spreekt misschien het duidelijkst in de gevallen waarin het uitdragen van bepaalde meningen of wensen in collectief verband

608. R. v. Foreign Secretary, ex parte Indian Association of Alberta (1982) 2 WLR 641.

609. Zie o.a. Attorney General of Quebec and Attorney General of Canada, 140 DLR (3d) 385.

610. M.C. Burkens, Beperking van grondrechten (Deventer 1971) p. 1.

611. Bijv. Ghana. Zie Prohibition of Rumours Decree, 1977 (SMCD 92).

(optochten, demonstraties) of jegens een collectiviteit (vergaderingen, massameetings) het risico oproept van relletjes, vechtpartijen, vernielingen of andere verstoringen van openbare orde en rust. Als het demonstratief naar buiten brengen van opinies vijandige reacties oproept, die mogelijk of waarschijnlijk tot gewelddadige botsingen zullen leiden, dient de plaatselijke overheid dan het demonstratief optreden te verbieden of het juist te beschermen tegen inmenging door de tegenstanders? De vraag is in Engeland een tijdje actueel geweest toen het National Front – een organisatie die de gekleurde immigranten uit Engeland wil wegsturen – demonstratieve marsen door gekleurde wijken organiseerde, liefst met een eigen knokploeg erbij om te laten zien dat men tegengeweld verwachtte. In 1882 kreeg het High Court al over deze vraag te beslissen. Het Leger des Heils placht wekelijks met vlaggen, spandoeken en muziek door de armste wijken van een stad in Somerset te trekken, met het doel – zoals een van de rechters het formuleerde – ‘to awaken some sense of religion in the lower classes’. Er was echter een andere organisatie, die zich ‘the skeleton army’ noemde, en die elke week weer probeerde het Leger des doorgang te beletten, met vechtpartijen en wanordelijkheden als gevolg. Nadat er bij de politie was geklaagd werd besloten de optochten te verbieden; het Leger rukte evenwel toch uit en een van de organisatoren werd wegens weerspannigheid vervolgd. Het High Court meende evenwel dat hij vrijuit diende te gaan⁶¹²; het gedrag van het Leger des Heils was geenszins ‘against the peace’, en ‘the disturbance that did take place was caused entirely by the unlawful and unjustifiable interference of the skeleton army’. Een jaar later besliste het Ierse Court of Appeal – toen nog een Brits gerecht⁶¹³ – echter in omgekeerde zin: toen de Ierse Land League een open-lucht-bijeenkomst had georganiseerd waar de destijds vermaarde Parnell zou spreken, en de ‘orangemen’ uit de streek vervolgens waren opgeroepen om allen naar het vergaderterrein toe te gaan ‘to give Parnell and his associates a warm reception’, verboden de plaatselijke autoriteiten de bijeenkomst; en in dit geval werd door de rechter het verbod gesauveerd, en de overtreder bestraft.⁶¹⁴ Het Londense High Court volgde dezelfde lijn toen het politie-optreden beschermde tegen een ‘protestantse kruisvaarder’ die bewust poogde Katholieken te provoceren, en tegen een verslagen communistische Lagerhuiscandidate waarvan gevreesd werd dat zij haar werkloze hoorders tot gewelddadigheden zou opzetten.⁶¹⁵ Het Leger-des-Heils-precedent werd in beide gevallen niet toepasselijk geacht: de feiten lager anders omdat daar vastgesteld was dat de wanordelijkheden in geen enkel opzicht aan de eerste demonstrant te wijten waren; indien – zo schijnt de gedachtengang – de mogelijke wanordelijkheden niet alleen maar aan de tegendemonstrant of aan de reacties van het gehoor zijn te wijten, maar ‘the natural consequence’ zijn van het handelen van de eerste de-

612. Beatty v. Gilbanks, nt. 580.

613. De Ierse onafhankelijkheid stamt uit 1922.

614. O’Kelly v. Harvey (1883) 15 Cox 435.

615. Resp. Wise v. Dunning (1902) 1 KB 167; Duncan v. Jones (1936) 1 KB 218.

monstrant in de gegeven omstandigheden, is politie-optreden gerechtvaardigd. De Engelse schrijvers verschillen van mening over de vraag of het Leger-des-Heils-precedent daardoor geheel is ontkracht.⁶¹⁶

Het is moeilijk uit te maken of mogelijke wanordelijkheden het gevolg zullen zijn van woorden van de uitdager dan wel van handelingen van de uitgedaagde; en een maatstaf van dit soort laat in elk geval veel ruimte voor feitelijke appreciatie, met een goede kans dat de sympathie die men voor de uitdagende stellingen heeft een woordje mee gaat spreken. Die kans is geringer in de benadering die de Franse Conseil d'Etat heeft gekozen. Uit het beginsel dat de plaatselijke of regionale autoriteiten hun zorg voor handhaving van de openbare orde moeten verenigen met de eerbiediging van de vrijheid van vereniging en vergadering, leidt het college af dat de burgemeester of prefect slechts tot een verbod mag overgaan als het hem onmogelijk zou zijn om met politiebescherming of met andere middelen die hem ten dienste staan het gevaar voor de openbare orde af te wenden; en de rechter is niet altijd gauw geneigd die onmogelijkheid aan te nemen.⁶¹⁷ Ook hier dus een afweging, maar een die niet, of althans in veel geringere mate, het optreden van de demonstrant betreft.

De Amerikaanse rechtspraak staat dichter bij de Engelse dan bij de Franse benadering. Als feitelijk vaststaat dat de demonstranten zich vreedzaam hebben gedragen, kan in het feit dat er een 'hostile audience' is, of dat anderen in de demonstratie aanleiding zien tot gewelddadigheden over te gaan, geen reden worden gevonden om de demonstratie te verbieden.⁶¹⁸ Indien daarentegen de demonstrant, bijv. door provocatief optreden, zelf tot het mogelijk ontstaan van wanordelijkheden bijdraagt, is een verbod op zijn plaats.⁶¹⁹ De laatste beslissing kostte het US Supreme Court echter enige moeite; in de meerderheidsopinie heet het o.a.:

'We are well aware that the ordinary murmurings and objections of a hostile audience cannot be allowed to silence a speaker, and are also mindful of the possible danger of giving overzealous police officials complete discretion to break up otherwise lawful public meetings ... But we are not faced here with such a situation ... The findings of the state court as to the existing situation and the imminence of greater disorder coupled with petitioner's deliberate defiance of the police officers convince us that we should not reverse this conviction in the name of free speech.'

Maar erg duidelijk is het criterium niet. In een ander geval, enkele jaren eer-

616. Zie o.a. De Smith, *Constitutional and administrative law* (nt. 23) hfdst. 24. Voorts David Williams, *Protest and public order* (1970) CLJ 96.

617. Benjamin, nt. 399; CE 23-1-1953, Naud, Rec. 32.

618. *Edwards v. South Carolina*, 372 US 229 (1963); *Gregory v. Chicago*, 394 US 111 (1969).

619. *Feiner v. New York*, 340 US 315 (1951).

der, meende het hof bijv. dat ongrondwettig was de veroordeling van iemand wegens een toespraak welke 'stirs the public to anger, invites dispute, brings about a condition of unrest, or creates a disturbance' (de spreker had zijn vijandige gehoor o.a. toegeroepen dat het bestond uit 'snakes' and 'slimy scum'). Bij de bescherming van de meningsuiting in de grondwet, aldus het hof, gaat het er juist om 'to invite dispute':

'It may indeed best serve its high purpose when it induces a condition of unrest, creates dissatisfaction with conditions as they are, or even stirs people to anger. Speech is often provocative and challenging. It may strike at prejudices and preconceptions' enz.⁶²⁰

Dat klinkt indrukwekkend, vooral omdat het afwegingsprobleem uit de motivering is weggewalst. In andere zaken komt dat echter terug. In het geval van 'heckling' (het interrumpen en anderszins – roepen, handgeklap – plagen van sprekers op openbare bijeenkomsten) is er niet alleen een vergrote kans op 'breach of the peace', maar staat bovendien de 'stirring speech' van de een soms tegenover die van de ander. In de jurisprudentie is in dit opzicht weinig vaste lijn te vinden. Daarbij is wel interessant op te merken dat in Engeland het 'heckling' zozeer tot de politieke folklore behoort dat vrijwel niemand er aan een verbod zou denken.

De Amerikaanse rechtspraak werkt hier soms met een criterium dat is ontwikkeld bij de beoordeling van de grondwettigheid van verbodsbepalingen over subversief gedrag en subversieve uitlatingen, nl. de zgn. 'clear and present danger test'. Hij is voor het eerst te vinden in een arrest van het hooggerechtshof uit 1919, waar het ging om de vervolging van personen die in 1917 per circulaire tot dienstweigering hadden opgeroepen.⁶²¹ Justice Holmes, sprekend namens het hof, merkte o.a. op:

'We admit that in many places and in ordinary times the defendants, in saying all that was said in the circular, would have been within their constitutional rights. But the character of every act depends upon the circumstances in which it is done. The most stringent protection of free speech would not protect a man falsely shouting "fire" in a theatre, and causing a panic. It does not even protect a man from an injunction against uttering words that may have all the effect of force. The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree. When a nation is at war, many things that might be said in time of peace are such a hindrance to its effort that their utterance will not be endured so long as

620. *Terminiello v. Chicago*, 337 US 1 (1949).

621. *Schenck v. US* 249 US 47 (1919).

men fight, and no court could regard them as protected by any constitutional right.'

De achterliggende gedachte werd later in een opinie van Holmes en Brandeis aldus geformuleerd, dat de grondwet uitgaat van vrije discussie; dat het antwoord op 'slechte' of gevaarlijke uitingen dan ook niet in repressie gelegen moet zijn maar in het weerwoord, het tegenargument; en dat de overheid slechts mag ingrijpen wanneer die uitingen als het ware geen tijd laten voor een weerwoord, omdat zij in de gegeven situatie onmiddellijk en vrijwel noodzakelijk geweld, of ander strafbaar gedrag, in het leven zullen roepen.⁶²² Aldus gezien is er een nauwe samenhang tussen het criterium van 'clear and present danger' en het grondwettelijk stelsel, zoals met name tot uiting komend in het Ist Amendment.⁶²³ De moeilijkheid is dat het criterium de rechter met een lastige afweging opzadelt, die lang na de gebeurtenissen moet plaatsvinden; bovendien laat het nogal wat speelruimte. Toen het in de jaren vijftig door het hof werd toegepast op wettelijke verboden van subversieve of communistische organisaties, deed de rechter niet veel meer dan het belang van de nationale veiligheid afwegen tegen dat van de vrije meningsuiting – zonder na te gaan of de meningsuiting inderdaad een onmiddellijke bedreiging van die veiligheid opriep.⁶²⁴ Maar Justice Hugo Black, die in deze zaken vaak 'dissenting' was, merkte bij een van die gelegenheden al op dat 'there is hope ... that in calmer times, when present pressures, passions and fears subside, this or some later court will restore the First Amendment liberties to the high preferred place where they belong in a free society?'⁶²⁵ En toen de grootste communistenangst voorbij was, heeft het hof zich inderdaad weer liberaler opgesteld; een duidelijke lijn is in de jurisprudentie echter moeilijk te vinden.

Het voorgaande neemt niet weg dat het Amerikaanse hof alle beperkingen op de vrijheid van meningsuiting met een zeer kritisch oog beziet. Er zijn bijv. nogal wat wettelijke voorschriften gesneuveld omdat zij naar 's rechters oordeel 'overbroad' waren. Een bepaling die leden van communistische organisaties verbood om werkzaam te zijn 'in any defense facility' werd bijv. onverbindend verklaard omdat daarin geen rekening werd gehouden met werkzaamheden in 'a non-sensitive position in a defense facility'.⁶²⁶ Ook in andere communistenzaken – o.a. betreffende onthouding van paspoorten aan twee partijleiders – werd de maatstaf van 'overbroadness' aangelegd.⁶²⁷ In sommige arresten komt daarbij de gedachte naar voren dat het Ist Amendment een bijzondere plaats, een 'preferred position', inneemt. Soms schijnt daarmee te

622. *Whitney v. California*, 274 US 357 (1927).

623. Dat neemt niet weg dat een soortgelijke benadering is te vinden in het Europese gemeenschapsrecht, bij beoordeling van gedrag dat tot uitwijzing van vreemdelingen kan leiden; zie zaak 36/75, *Rutili*, Jur. 1975 p. 1219.

624. Bijv. *Dennis v. US*, 341 US 494 (1951).

625. T.a.p.

626. *US v. Robel*, 389 US 258 (1967).

627. Bijv. *Aptheker v. Secretary of State*, 378 US 500 (1964).

worden bedoeld dat beperkingen van de vrije meningsuiting aan een presump-tie van ongrondwettigheid lijden; soms ook is de term er veeleer op gericht duidelijk te maken dat bij de afweging tussen de vrijheid van meningsuiting en andere rechtsgoederen, zoals de handhaving van openbare orde en rust, de eerste een hoge plaats in de waardenschaal inneemt. De eerste houding was vooral die van Justice Black, die in een paar opinies rondweg verklaarde dat de vrijheden van het Ist Amendment absolute vrijheden waren, en dat alles wat aan afweging nodig was al door de grondwetgever was verricht; maar door zich achter de Holmes-Brandeis opinie over de mogelijkheid van een weerwoord te stellen, maakte hij duidelijk wel bepaalde beperkingen te willen erkennen, bijv. via een zeer strikt geïnterpreteerde 'clear and present danger test'.⁶²⁸ De meerderheid heeft deze stellingname echter nimmer omhelsd, en Justice Frankfurter heeft eens de moeite genomen hem uitvoerig te kritiseren.⁶²⁹ Toch duikt de gedachte van de 'preferred position' af en toe weer op; soms wordt daarbij een verband gelegd met de visie van Justice Stone – die wij hiervoor al hebben ontmoet⁶³⁰ – dat de rechter tot taak heeft vooral daar waakzaam te zijn waar de gewone politieke processen dreigen te worden vervalst. In de jaren zestig zijn er nogal wat zaken geweest waarin het hof breed geconstrueerde staatswetten tot strafbaarstelling van 'breach of the peace' vanuit deze gedachtengang in strijd verklaarde met 'First Amendment liberties'.⁶³¹

Het Amerikaanse systeem, zoals het thans functioneert, heeft zo tot gevolg dat de beoordeling of een verbod van subversief gedrag, of van het oproepen daartoe, wel te rijmen is met de politieke vrijheid, in laatste instantie aan de rechter toekomt. Men kan zich afvragen of dat resultaat wel zo gewenst is, maar ook die vraag kan moeilijk los van de concrete situatie in een bepaald land worden bekeken. In de Britse opzet heeft de wetgever vrij spel; maar in feite zijn in Groot-Brittannië noch aan communistische organisaties in de jaren vijftig, noch aan nationaal-socialistische organisaties in de jaren dertig, veel verbodsbepalingen in de weg gelegd. In de Bondsrepubliek heeft de grondwet een verbod van subversieve organisaties mogelijk gemaakt, maar de beslissing in handen gelegd van het Bundesverfassungsgericht; en wij hebben reeds gezien dat van die mogelijkheid in de jaren vijftig ook gebruik is gemaakt, o.a. om de toenmalige communistische partij te verbieden.⁶³²

Die Duitse constructie roept nog een afzonderlijke juridische vraag in het leven: als de grondwet een speciale procedure kent om bepaalde politieke organisaties te verbieden, staat het dan de wetgever of de executieve nog vrij om organisaties waarvoor die procedure niet is gevolgd, toch op grond van hun subversief of staatsgevaarlijk karakter hindernissen in de weg te leggen? De

628. Justice Black, dissenting, in *Konigsberg v. State Bar of California*, 366 US 36 (1961).

629. Justice Frankfurter, concurring, in *Kovacs v. Cooper*, 336 US 77 (1949).

630. Zie no. 27.

631. Een uitvoerige rechtvaardiging van de 'clear and present danger test' is te vinden bij J.A. Peters, *Het primaat van de vrijheid van meningsuiting* (Leiden 1981), vnl. hfdst. 4.

632. KPD-Urteil, nt. 178.

vraag is actueel geworden toen verschillende Länder, en later (na de totstandkoming van het 'Radikalenerlass') Bond en Länder gezamenlijk, besloten de toegang tot de openbare dienst te ontzeggen aan personen die behoorden of behoord hadden tot bepaalde subversief geachte groeperingen of partijen. Het Bundesverfassungsgericht heeft deze praktijk niet ongrondwettig geacht⁶³³, maar in een 'abweichende Meinung' van rechter Rupp wordt juist de band met het verbod van politieke partijen uit art. 21 Grundgesetz gelegd:

'Die in Art. 21 GG garantierte Parteienfreiheit erschöpft sich nicht in der Freiheit, eine Partei zu gründen. Die Partei muss auch frei sein, Mitglieder zu haben und neue Mitglieder zu werben. Wenn daher ihre Mitglieder nur wegen ihrer Mitgliedschaft durch staatliche Massnahmen Nachteile erleiden oder wenn durch ein faktisches Verbot einem grösseren Kreis – wie den Beamten oder den Bewerbern um Beamtenstellen – der Parteibeitritt unmöglich gemacht wird, so bedeutet dies – zumal in einem Staat, in dem die Zahl der Beamten beträchtlich ist – in Wahrheit eine Aushöhlung des Parteienprivilegs; denn eine Partei "existiert" nur durch ihre Mitglieder ... Art. 21 GG hat die Zuständigkeit, durch eine Entscheidung mit konstitutiver Wirkung die Verfassungswidrigkeit einer politischen Partei auszusprechen, *ausschliesslich* dem BVerfG übertragen. Damit ist es nicht vereinbar, dass jeder Dienstherr – möglicherweise, wie die Praxis zeigt, auch noch von Land zu Land verschieden – nach seinem Ermessen bis zur Grenze der Willkür in jedem einzelnen Fall inzidenter darüber entscheidet, ob eine politische Partei nach ihren Zielen darauf ausgeht, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen.'

Hij stond echter alleen, en de feitelijke situatie in de Bondsrepubliek is geworden zoals hij in de laatstgeciteerde overweging schetste: het oordeel over de subversiviteit van organisaties komt niet alleen meer aan het Bundesverfassungsgericht toe, maar ook aan de 'Dienstherren', het tot aanstelling bevoegde gezag in de Bond en de Länder.

Van de bijzondere procedure van art. 21 GG is na de jaren vijftig geen gebruik meer gemaakt. De geoorloofdheid van extremistische organisaties lijkt daarmee ook in de Bondsrepubliek een politieke vraag te zijn geworden, waarvan de beantwoording wisselt naar gelang van het politieke tij. Is een politieke groepering geen 'verboden' partij, dan deelt zij, wat haar eigen activiteiten betreft, in de grondwettelijke waarborgen, ongeacht wat verder ook haar karakter moge zijn.⁶³⁴

633. Radikale in öffentlichen Dienst, nt. 203.

634. BVerfGE 61 no. 1, NPD von Europa (1982).

69. De rechten van anderen

Een tweede categorie beperkingen heeft te maken met gevallen waarin uitoefening van de burgerlijke vrijheden inbreuk maakt, of dreigt te maken, op rechten en vrijheden van anderen. Ook dan rijst een afwegingsprobleem, en ook dan komt de vraag aan de orde welke plaats de verschillende vrijheden op de waardenschaal innemen.

Het Bundesverfassungsgericht ging in 1973 vrij uitvoerig op deze kwesties in, naar aanleiding van een Verfassungsbeschwerde van journalisten die – tot in hoogste instantie – tot schadevergoeding waren veroordeeld op grond van een perspublicatie. Er werd in die tijd in de Duitse boulevard-pers nogal wat aandacht besteed aan de vroegere echtgenote van de toenmalige Perzische sjah, en één krant was daarbij zover gegaan een 'Exklusiv-Interview' met de prinses te publiceren, waarin zij een aantal persoonlijke en soms intieme dingen aan de lezerskring bekend maakte – maar het hele verhaal was een verduitsel, bijeengekookt door een overijverige journalist. Het Bundesgerichtshof, hoogste rechter in burgerlijke zaken, had schending aanwezig geacht van het 'Persönlichkeitsrecht' van de prinses, en daarom een onrechtmatige daad; voor de constitutionele rechter was o.a. de vraag aan de orde of daartegenover een beroep op de vrije meningsuiting en op de persvrijheid geldend kon worden gemaakt.⁶³⁵ Het Bundesverfassungsgericht stelde voorop dat ook het persoonlijkheidsrecht grondwettelijk beschermd is, via de artikelen 1 en 2 Grundgesetz ('Würde des Menschen' en 'freie Entfaltung der Persönlichkeit'); daarom moet een afweging plaatsvinden, en het persoonlijkheidsrecht kan daarbij een 'Vorrang beanspruchen': 'von der Pressefreiheit kann je nach der Gestaltung des konkreten Falls eine restriktive Wirkung auf die aus dem Persönlichkeitsrecht abgeleiteten Ansprüche ausgehen'. In het berechte geval meende het hof dat daarvoor geen aanleiding bestond, maar de motivering laat zien hoezeer op het concrete geval is gelet:

'In der Tat können sich ... die Beschwerdeführer für ihr Vorgehen nicht auf die Pressefreiheit berufen. Zwar geht es zu weit, der Unterhaltungs- und Sensationspresse den Schutz dieses Grundrechts überhaupt zu versagen, wie dies das Landgericht unter Berufung auf einzelne Stimmen im Schrifttum tut. Der Begriff "Presse" ist weit und formal auszulegen; er kann nicht von einer – an welchen Maszstäben auch immer ausgerichteten – Bewertung des einzelnen Druckerzeugnisses abhängig gemacht werden. Die Pressefreiheit ist nicht auf die "seriöse" Presse beschränkt ... Daraus folgt jedoch nicht, dass der Schutz des Grundrechts jedem Presseorgan in jedem rechtlichen Zusammenhang und für jeden Inhalt seiner Äusserungen in gleicher Weise zuteil werden müsste. Bei der Abwägung zwischen der Pressefreiheit und anderen verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern kann berücksichtigt werden, ob die

635. BVerfGE 34 no. 25, Soraya, 1973.

Presse im konkreten Fall eine Angelegenheit von öffentlichem Interesse ernsthaft und sachbezogen erörtert, damit den Informationsanspruch des Publikums erfüllt und zur Bildung der öffentlichen Meinung beiträgt, oder ob sie lediglich das Bedürfnis einer mehr oder minder breiten Leserschicht nach oberflächlicher Unterhaltung befriedigt.'

Dit soort afweging van rechtsgoederen, die bijna op een belangenafweging gaat lijken, is niet zo gemakkelijk terug te vinden in de rechtspraak van het Amerikaanse Supreme Court. Het college is gauw geneigd het belang van de vrije meningsuiting hoger aan te slaan, ook wanneer de inbreuk op bijv. iemands eer en goede naam manifest is. In deze jurisprudentie spookt de gedachte van de 'preferred position' van het Ie Amendement dikwijls rond.⁶³⁶ Een geval dat destijds nogal wat deining wekte, betrof een beledigingsactie van een politiecommissaris uit Montgomery, Alabama, tegen een krant, wegens het opnemen van een advertentie van een organisatie voor burgerrechten waarin onjuiste en diffamerende berichten over de politie van Montgomery waren opgenomen (het geval speelde zich af in de tijd dat het in the South hard tegen hard ging). Het hof meende dat de persvrijheid zich tegen een veroordeling verzette⁶³⁷: het beschouwde de zaak

'against the background of a profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust and wide-open, and that it may well include vehement, caustic and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials'.

Nu de advertentie betrekking had op het officieel gedrag van de drager van een openbaar ambt, meende het hof dat de onjuistheid van de gedane beweringen en het diffamerende karakter ervan niet zonder meer beslissend waren:

'The constitutional guarantees require, we think, a federal rule that prohibits a public official from recovering damages for a defamatory falsehood relating to his official conduct, unless he proves that the statement was made with "actual malice" – that is, with knowledge that it was false or with reckless disregard of whether it was false or not.'

De achterliggende gedachte is kennelijk dat personen die zich door de aard van hun functie in de openbaarheid bewegen, en wier gedrag in een democratisch bestel voorwerp van discussie moet kunnen zijn, meer stootjes moeten kunnen velen dan anderen.⁶³⁸ Een ogenblik leek het erop of het hof, op dit spoor doorgaande, aan alle 'discussion and communication involving matters of public concern' dezelfde soort immuniteit tegen beledigingsacties zou toe-

636. Zie no. 68.

637. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 US 254 (1964).

638. Verdediging van dit standpunt bij J.A. Peters, op. cit. (nt. 631) hfdst. 3.

kennen; maar enkele jaren later beperkte het deze bescherming weer tot 'public figures' – een term die wel iets maar niet veel ruimer is dan de uitdrukking 'public officials' uit het arrest inzake de politiechef uit Montgomery (hij heeft bijv. ook betrekking op kandidaten voor verkiezingen).⁶³⁹

Ook indien het niet om een aantasting van eer en goede naam gaat, maar om een inbreuk op de privacy, beschermt het Ie Amendement soms de pers. Toen het blad 'Life' een gijzelingsdrama had gereconstrueerd, op zulk een wijze dat het gegijzelde gezin zich kon beroepen op een wet van de staat New York tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer, liet het hof de persvrijheid prevaleren.⁶⁴⁰ De motivering laat het verschil met de benadering van de Duitse rechter duidelijk zien:

'Exposure of the self to other in varying degrees is an concomitant of life in a civilized community. The risk of this exposure is an essential incident of life in a society which places a primary value on freedom of speech and of the press ... We have no doubt that the subject of the Life article ... is a matter of public interest. The line between the informing and the entertaining is too elusive for the protection of the freedom of the press.'

Voor het Engelse en Schotse recht is, wat de beledigingsactie betreft, de Amerikaanse benadering in een rapport van een staatscommissie onlangs uitdrukkelijk afgewezen.⁶⁴¹ De commissie merkte op dat het Verenigd Koninkrijk geen geschreven constitutie heeft die de vrijheid van meningsuiting op een hoger voetstuk plaatst dan andere rechten: 'we apply the common law', en daarin wordt geen onderscheid gemaakt naar gelang een diffamerend bericht al dan niet 'of public interest' is of een 'public figure' of 'public official' raakt. Geen van de personen die door de commissie zijn gehoord had ook voor overneming van 'the new American principle' gepleit. En tenslotte: 'we oppose it most strongly because we believe that here it would in many cases deny a just remedy to defamed persons'.⁶⁴²

Het is echter niet onmogelijk dat het Amerikaanse criterium door een achterdeur toch zijn intrede doet in het Engelse recht. Indien nl. persberichten niet beledigend zijn, maar wel inbreuk maken op iemands privacy kan geen gerechtelijke actie worden ingesteld; maar er is een Press Council die klachten daarover in behandeling kan nemen. Dit lichaam is niet op de wet gebaseerd, en kan ook geen andere sancties toepassen dan een openbare berisping van de krant en/of de journalist die over de schreef gaat; maar in feite is het gezag van de uitspraken van de Press Council in de krantenwereld groot. Typisch Brits detail: een rechter zit de Council voor. In 1976 klaagde een vrouwelijk

639. Resp. Rosenbloom v. Metromedia Inc., 403 US 29 (1971); Gertz v. Robert Welch Inc., 418 US 323 (1974).

640. Time Inc. v. Hill, 385 US 374 (1967).

641. Report of the Committée on Defamation, 1975 (Cmnd. 5909) no. 603-617.

642. Eod. (no. 617).

parlementslicd dat de Daily Mail haar persoonlijke levenssfeer had geschonden door een serie artikelen waarin was bericht dat zij haar echtelijke woning verlaten had en met een vriendin was gaan samenwonen in de Londense binnenstad; de Mail verweerde zich door te stellen dat de lezers er recht op hadden te weten dat een vrouwelijke afgevaardigde, die zich meer en meer tot de 'women's lib' beweging aan het bekeren was, en die steeds radicaler werd, daar dit soort consequenties uit trok in haar persoonlijk leven. De Press Council gaf de krant op het principiële punt gelijk: overwogen werd dat openbaarmaking van details uit het persoonlijk leven van iemand zonder diens toestemming alleen maar aanvaardbaar was als er een 'legitimate public interest' was, dat het belang van het recht op privacy kon overtreffen.⁶⁴³ Dat gaat een eind weegs in de Amerikaanse richting.

Bij de rechtspraak over 'libel' is daar geen spoor van te vinden. De libel action is dan ook een vrij stevig risico voor de pers, niet alleen omdat de toegewezen schadevergoedingen aan de hoge kant zijn, maar ook omdat de uitslag vaak moeilijk voorspelbaar is. De libel action is nl. een van de zeer weinige civiele acties die door een jury wordt berecht, en het is niet altijd duidelijk wat twaalf gewone burgers – 'twelve shopkeepers', zoals Dicey met enige minachting zei⁶⁴⁴ – nu precies beledigend zullen vinden. De gedaagde gaat vrijuit wanneer hij aannemelijk kan maken dat de diffamerende bewering feitelijk geheel waar is; ook het verweer dat hij alleen maar 'fair comment' heeft gegeven treft doel. Maar de eisen die de rechtspraak stelt om dit verweer te aanvaarden zijn vrij zwaar – en bovendien juridisch-technisch nogal ingewikkeld.⁶⁴⁵

70. De positie van minderheden

In de theorie is de laatste jaren de aandacht enigszins verschoven van vrijheidsrechten als individuele rechten naar het gebruik van die rechten voor de versterking van de positie van bepaalde groepen – vooral de maatschappelijk wat meer misdeelde groepen. In de VS is dit onderwerp vooral op het tapijt gekomen als uitvloeisel van de gelijkheidsjurisprudentie.⁶⁴⁶ Dat had in de eerste plaats een technisch-juridische achtergrond: het hooggerechtshof zag een nauw verband tussen het gelijkheidsbeginsel en de burgerlijke vrijheden, en het hanteerde meer dan eens Bill of Rights-bepalingen, bijv. het Ie Amendement, om problemen tot een oplossing te brengen die uit rassendiscriminatie voortkwamen. Zo werd bijv. in 1963 een wet van de staat Virginia, die beperkingen aanbracht op de activiteiten van organisaties die negers rechtshulp verschaften in desegregatiezaken, onverbindend verklaard wegens strijd met het

643. The Times 8 december 1976. Zie ook The Observer 12 december 1976; Daily Mail 9 december 1976.

644. Dicey op. cit. (nt. 21), 10e dr. p. 246.

645. Deze eisen worden door de rechter ontwikkeld, niet door de jury; de laatste beoordeelt eventueel wel of in concreto aan die eisen is voldaan.

646. Zie no. 22.

le Amendement.⁶⁴⁷ Op het oog had de wet slechts betrekking op verstrakking van regels van beroepsethiek voor advocaten, maar hij was tot stand gekomen in het kader van een wetgevend programma dat tegen desegregatie was gericht. Er zijn wel meer voorbeelden van die benadering in 's hofs rechtspraak te vinden.⁶⁴⁸

Er was een tweede, meer maatschappelijk getinte achtergrond voor de beschouwing van vrijheden als middel om de positie van bevolkingsgroepen te versterken. Pas toen, in de jaren vijftig, de desegregatie op gang kwam, begon het tot brede lagen van de Amerikaanse bevolking door te dringen op hoeveel terreinen des levens discriminatoire praktijken tot uitdrukking kunnen komen. De effectuering van kiesrecht van negers, en de desegregatie in scholen en universiteiten, parken en openbaar vervoer, restaurants, bioscopen en die-rentuinen, bleken het topje te zijn van een ijsberg. Er bleef daarna een heel terrein van discriminatoire praktijken over, dat zich veel moeilijker leende voor bestrijding via juridische methoden als verbodsacties of onverbindend-verklaring van staatswetten wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel. Men kan daarbij denken aan problemen als de behandeling van gediscrimineerde groepen door de politie, hun situatie in de kerken, de houding van vakbonden – met name voor zover zij, via bij c.a.o. bedongen verplicht lidmaatschap, de toegang tot de arbeidsmarkt beheersen⁶⁴⁹ –, reacties van andere buurtbewoners e.d. De sfeer in 'the old South' in dit soort opzichten vindt men kleurrijk beschreven in korte verhalen van Erskine Caldwell.⁶⁵⁰ Er zijn daarnaast meer verscholen vormen van discriminatie: ook de keuze van beleidsprioriteiten voor de volkshuisvesting door plaatselijk of regionaal bestuur kan ermee te maken hebben. Aan sommige problemen, bijv. 'unfair labor practices', kan iets gebeuren via federale wetgeving; maar andere lenen zich daar nu eenmaal niet voor: een discriminerende mentaliteit bij het politiecorps kan men niet weg-reglementeren. Een van de weinige mogelijkheden die daarvoor soms openstaan, is een beroep op de vrijheidsrechten. Dat lukt wel eens, maar het is een lange weg, die meestal bovendien slechts openstaat als een organisatie voor burgerrechten bereid is de proceskosten voor zijn rekening te nemen.⁶⁵¹

De Amerikaanse rechtsgeschiedenis laat ook andere aspecten van de verhouding tussen minderheidsgroepen en vrijheidsrechten zien. De Bill of Rights is van 1791, het XIVe Amendement van 1868, het XVe (non-discriminatoire toepassing van het stemrecht) van 1870, maar voor de negerbevolking begon-

647. *National Association for the Advancement of Colored People v. Button*, 371 US 415 (1963).

648. Zie ook *Furman v. Georgia*, nt. 199.

649. Dit is vrij volledig uitgezocht door Ray Marshall, *The Negro and organized labor* (New York-Londen-Sidney 1965).

650. Bijv. 'The negro in the well' en 'The people v. Abe Lathan, Colored', opgenomen in *The pocketbook of Erskine Caldwell stories* (New York 1947, vele malen herdrukt).

651. Zie bijv. *Thompson v. Louisville*, 362 US 199 (1960). Het ging daarbij om een neger die vroeger gedronken had maar die nog steeds voortdurend door de politie werd opgepakt, vaak op heel of half verzonnen aanklachten.

nen deze bepalingen pas inhoud te krijgen sedert ongeveer 1950. Het is kennelijk niet voldoende dat de juridische instrumenten aanwezig zijn, er moet ook een sociaal klimaat zijn dat de hantering van die rechten mogelijk maakt. Voor de negerbevolking in de VS begon dit klimaat pas te ontstaan tijdens de Roosevelt- en Trumanperiode, d.w.z. ongeveer driekwart eeuw na de afschaffing van de slavernij. Een ander verschijnsel is misschien nog merkwaardiger: pas toen de emancipatielift voor de zwarte bevolking omhoogging, begonnen andere groepen die zich 'disfavoured' achtten, op soortgelijke wijze als de negers een beroep te doen op vrijheidsrechten en gelijkheidsbeginselen: eerst Japanners, Mexicanen, Portoricanen, Joden en Katholieken, later ook homoseksuelen en vrouwen (de laatsten achtten zich in sociaal en cultureel opzicht in een minderheidspositie). Moest men eerst de groep die het het moeilijkst had, de kunst afkijken? Of maakten pas de politieke en juridische methoden van die groep aan anderen duidelijk welk emancipatorisch potentieel in de Amerikaanse grondwet, en in de Amerikaanse ideologie, schuilging?

De laatste omstandigheid, nl. het beroep dat minderheidsgroepen konden doen op het waardenpatroon van de dominante groeperingen, verschaftte de minderheden niet alleen juridische en zedelijke argumenten die tenslotte door de anderen geëerbiedigd moesten worden, zij maakte ook dat de versterking van hun positie leidde tot een emancipatieproces, dat tevens trekken ging aannemen van een (wederzijds) assimilatieproces. In zoverre lag de situatie in de VS eenvoudiger dan in landen waar sterke regionale minderheden bestaan die tevens door een bepaald cultuurpatroon worden samengehouden. Men denke aan de Québécois in Canada, de Schotten in Groot-Brittannië en – in geringere mate, bijv. wegens het ontbreken van religieuze verschillen – de Bretons en de Corsicanen in Frankrijk. In die gevallen beroept men zich meestal niet op het dominerende waardenpatroon, men bestrijdt dit juist. Hetzelfde probleem doet zich voor in landen waar een belangrijke minderheid juist een culturele dominantie uitoefent: de Walen in België – althans tot voor kort –, militante protestanten in Ulster. De vrijheidsrechten behoren dan in veel geringere mate tot het wapenarsenaal van de ontevreden; het emancipatieproces, wanneer daarvan sprake is, vertaalt zich veeleer in verlangens tot secessie, federalisme, of althans territoriale decentralisatie.

Toch komen ontwikkelingen van het Amerikaanse type ook in Europa wel voor. De migratiebeweging uit Afrika, Azië en het Caribische gebied, vooral naar Groot-Brittannië, hebben er hier en daar toe geleid dat immigranten in een sociale situatie terechtkwamen, vergelijkbaar met die van de zwarten in de Noordamerikaanse industriesteden. In Engeland ziet men dan ook thans een aantal ontwikkelingen parallel lopen aan die van de VS in het begin van de jaren zestig: enerzijds afzonderlijke wetgeving over 'race relations' om discriminerende praktijken te weren⁶⁵², anderzijds een voortdurend beroep op vrijheidsrechten door degenen die zich in de positie van een gediscrimineerde minderheid voelen. Om een onschuldig voorbeeld van het laatste te geven: de

652. De Race Relations Act 1965 vormde de aanvang.

Sikhs beroepen zich bij hun verzet tegen het verplicht dragen van de bromfietshelm op de vrijheid van godsdienst, daar religieuze voorschriften hun gebiedten de tulband op het hoofd te houden — althans overdag —, en de Britse wetgever brengt een uitzonderingswetje tot stand. De problemen zijn echter niet, of nog niet, zo scherp als in de VS twintig jaar geleden; en de Engelse rechter springt, zo krijgt men de indruk, zowel met de rassenwetgeving als met het gebruik van vrijheidsrechten om discriminatoire praktijken te bestrijden, erg voorzichtig om.⁶⁵³

De geschetste ontwikkelingen roepen de vraag in het leven of men de vrijheidsrechten dan niet evenzeer aan de positie van groepen, van collectiviteiten, moet relateren als aan die van individuen. In de Europese literatuur vindt men daar niet veel sporen van. Als gesproken wordt van 'collectivering' of 'vermaatschappelijking' van grondrechten, wordt meestal bedoeld dat in het denken van de 20e eeuw, meer dan in dat van de 18e, rekening wordt gehouden met de eisen die het leven in samenlevingsverband ook aan de uitoefening van grondrechten stelt. En als gesproken wordt van de positie van groepen, heeft dat vaak betrekking op hun rol als kaders waarin de individuele persoonlijkheid zich kan ontplooien, niet, omgekeerd, als doel op zich waarvoor individuele vrijheidsrechten gemobiliseerd kunnen worden (men denke bijv. aan de verwijzing naar het gezin in verschillende grondwetsteksten⁶⁵⁴). Toch zijn er wel grondrechtsbeschouwingen te vinden die meer de positie van de groep dan die van het individu tot uitgangspunt kiezen.

Een voorbeeld levert de jurisprudentie van het Bundesverfassungsgericht over de verenigingsvrijheid. Reeds vrij spoedig heeft het college uitgemaakt dat art. 9 lid 3 Grundgesetz niet alleen het recht beschermt van individuen om zich in organisaties te verenigen, maar ook de 'Koalitionsfreiheit als solche'; dat houdt in dat de vereniging zelf onderwerp van het grondrecht is, want zij moet zich als vereniging kunnen ontplooien. Wat die ontplooiing inhoudt, hangt van de aard van de vereniging af; voor een vakbond betekent het bijv. dat hij ook bevoegd moet zijn collectieve arbeidsovereenkomsten af te sluiten — een vakbond die dat vermogen mist kan zich niet als vakbond ontplooien.⁶⁵⁵ Langs deze lijn voortredenerend zou men misschien ook kunnen stellen dat de vakverenigingsvrijheid de bevoegdheid insluit werkstakingen te organiseren, maar op dat punt heeft het hof toch geaarzeld.⁶⁵⁶ De grondwetgever besliste de kwestie tenslotte zelf door bij de herziening van 1968, toen regels over toestanden van nood werden opgenomen, uitdrukkelijk in art. 9 lid 3 te bepalen dat uitzonderingsregels zich niet mogen richten tegen 'Arbeitskämpfe' die door vakbonden in hun strijd voor arbeidsvoorwaarden zijn georganiseerd. Daarmee, zo kan men zeggen, houdt de vakverenigingsvrijheid tevens

653. Zie bijv. *Race Relations Board v. Charter* (1973) 2 WLR 299.

654. Bijv. art. 29 Italiaanse grondwet. Zie voorts Jean Rivero, *Les libertés publiques*, I, *Les droits de l'homme* (Parijs 1973) p. 93-98.

655. BVerfGE 4 no. 9, *Vereinigung der Wirtschaft*, 1954; BVerfGE 20 no. 25, *Maler- und Lackierer-Innung*, 1966.

656. BVerfGE 18 no. 2, *Katholische Hausgehilfinnen*, 1964.

het stakingsrecht in. De verenigingsvrijheid is zodoende erkend als een wapen in handen van de georganiseerde arbeiders als groep.

Het Duitse voorbeeld staat niet helemaal alleen. In Nederland en België wordt bijv. in de grondwettelijke persvrijheid wel een waarborg gelezen voor de pluriformiteit in de meningsvorming, die op zijn beurt richtlijn zou moeten zijn voor het overheidsbeleid; indien door de commerciële ontwikkelingen binnen de dag- en weekbladpers het 'eigen geluid' van bepaalde groepen in het gedrang zou komen, zou daar een rechtsgrond voor overheidsoptreden in gelegen zijn. De door deze benadering geopende weg is echter bezaaid met voetangels en klemmen. Wanneer is een 'eigen geluid' eigen genoeg, en hoe groot of belangrijk moet een groep zijn om recht te hebben op een te beschermen eigen geluid? Juist de toepassing van het gelijkheidsbeginsel kan hier allerlei moeilijkheden met zich brengen, althans in een betrekkelijk dynamische en weinig rigide samenleving. Voor subsidiëring van een krant kan men niet het marktaandeel als criterium hanteren, want men wil de werking van het marktmechanisme juist corrigeren. Andere criteria, zoals de band met in het parlement vertegenwoordigde politieke partijen, lopen het gevaar dat zij reeds gevestigde opinies bevorderen, ten nadele van nieuwe en opkomende opinies. Het Bundesverfassungsgericht heeft in zijn rechtspraak over subsidiëring van politieke partijen en verdeling van zendtijd het hanteren van de bestaande parlementaire verhoudingen op die grond in strijd geoordeeld met het gelijkheidsbeginsel.⁶⁵⁷ En een extra probleem is dan nog in hoeverre de overheid werkelijk bereid zou zijn zeer afwijkende opinies van impopulaire minderheden met belastinggelden te financieren.

Er zijn niettemin voldoende aanknopingspunten om, in verschillende rechtssystemen en in verschillende situaties, het opkomen van een nieuwe functie van de vrijheidsrechten vast te stellen: zij beschermen meer en meer groepen, en niet louter individuen. Het belang van die ontwikkeling voor de rechtspositie van minderheden moet, althans voorlopig, echter niet worden overschat. Voor groepen die zich niet willen assimileren aan het cultuurpatroon van de nationale samenleving waarin zij zijn opgenomen, zet het niet veel zoden aan de dijk. Men kan bijv. denken aan zigeuners, of aan de Zuid-Molukse gemeenschappen in Nederland: hun 'eigenheid' wordt niet bewaard door hun vrijheid om te publiceren of hun recht om niet willekeurig gearresteerd te worden – het gaat daarbij ook, en misschien vooral, om het onderwijs dat zij kunnen genieten, de behandeling die hun bij de bijstandsverlening en het huisvestingsbeleid ten deel valt e.d. En in dat opzicht bestaat er in onze vrijhedencatalogus niet een recht om anders behandeld te worden dan de meerderheid. Indien zulke groepen niet regionaal aaneengesloten wonen, zoals de Schotten en Bretons dat doen, is er met juridische middelen weinig uit te richten. Misschien gaat het moderne recht wel wat gemakkelijk uit van de gedachte van een homogene samenleving; het vergemakkelijkt in elk geval

657. BVerfGE 20 no. 10, Parteifinanzierung, 1966; BVerfGE 34 no. 14, Sendezeit für Wahlpropaganda, 1972.

de assimilatie. Maar als er conflicten ontstaan, werkt dat soms weer in het voordeel van de minderheidsgroepen: de waarborgen voor de verdachte die het moderne strafproces biedt gelden ook voor uitheemse groepen die tijdelijk in Europa zijn, bijv. als gastarbeiders, en wier eigen recht daar minder zwaar aan tilt.

71. Noodtoestanden

Nood breekt wet, aldus een oude wijsheid. In elk geval: grondwetten die uitdrukkelijk noodtoestanden voorzien, bepalen als regel dat tijdens de duur van zo'n toestand de werking van sommige of alle grondrechten en burgerlijke vrijheden is of kan worden opgeschort.⁶⁵⁸ Ook in moderne 'bills of rights' vindt men meermalen zo'n bepaling opgenomen, bijv. destijds in de Canadese.⁶⁵⁹ Van de laatste voorziening werd door de federale regering gebruik gemaakt toen in 1970 een Britse diplomaat en een minister van de provinciale regering van Québec werden ontvoerd door Québecse separatisten: de regering zag deze ontvoeringen nl. in samenhang met een vlaag van bomaanslagen op banken en openbare gebouwen, en leidde daaruit af dat er gevaar voor een gewelddadige opstand was. De noodtoestand eindigde kort nadat een van de gekidnapten was vermoord en de ander door de ontvoerders was losgelaten tegen vrijgeleide voor hen en hun vrouwen naar Cuba. In de tussentijd was er een zware politiebewaking geweest in steden als Montréal en Québec, en waren vele personen die verdacht werden van samenspanning met de separatisten gearresteerd; een jaar later werd bekendgemaakt dat 104 klachten over onrechtmatige detentie, schade aan eigendommen en ontoelaatbare behandeling van gedetineerden gegrond waren bevonden door een onderzoekscommissie (daar is schadeloosstelling voor betaald). Het land was inderdaad in rep en roer geweest, en de regering kon er zich later op beroepen dat er een einde gekomen scheen te zijn aan terroristische activiteiten. Wat bij velen een bittere smaak achterliet, was de omstandigheid dat de met zoveel heisa ingevoerde Bill of Rights zo spoedig, en met zoveel gemak, tijdelijk terzijde kon worden gesteld, en dat de opinie van de federale regering over de ernst van het te duchten gevaar daarvoor beslissend was. Weliswaar kon het federale parlement de noodtoestand intrekken, maar elke vorm van rechterlijke toetsing was uitgesloten.

In de Vijfde Republiek ligt de klemtoon nog duidelijker op de executieve: bij de hantering van het hiervoor reeds genoemde art. 16 van de grondwet⁶⁶⁰ is het de President die beslist of de voorwaarden voor het uitroepen van de noodtoestand vervuld zijn — zij het na 'consultation' van de Eerste minister, de kamervoorzitters en de Conseil constitutionnel. Het is ook de President die

658. Zie ook art. 15 ECRM.

659. Section 6 Canadian Bill of Rights.

660. Zie no. 58.

dan de 'mesures exigées par ces circonstances' neemt — het parlement komt er niet aan te pas (maar het kan tijdens de duur van de noodtoestand niet worden ontbonden). De Conseil d'Etat heeft uit art. 16 afgeleid dat het oordeel van de President over de vraag of er aanleiding is de noodtoestand af te roepen, niet vatbaar is voor rechterlijke toetsing, met een motivering die aan de leer van de acte du gouvernement deed denken.⁶⁶¹ Met betrekking tot de presidentiële maatregelen, uitgevaardigd tijdens de noodtoestand, bracht het college echter een onderscheid aan: indien het om onderwerpen gaat die tot het domaine législatif behoren, heeft de maatregel ook de rechtskracht van de wet, zodat de administratieve rechter niet tot toetsing geroepen is; vallen die onderwerpen binnen het domaine réglementaire, dan is de wettigheidscontrole in volle omvang van toepassing. Men zou daaruit kunnen afleiden dat het in die gevallen de President niet vrijstaat inbreuken op grondrechten tot stand te brengen, omdat zulks strijd zou opleveren met de principes généraux du droit. De Franse commentaren zijn daarover evenwel niet erg duidelijk.⁶⁶² Als de President uitdrukkelijk de persvrijheid zou afschaffen, zou zijn maatregel de 'garanties fondamentales ... pour l'exercice des libertés publiques' betreffen, die tot het domaine de la loi behoren⁶⁶³; maar meestal komen inbreuken op die vrijheden min of meer zijdelings tot stand, bijv. in regelingen die betrekking hebben op de handhaving van de openbare orde.

De simpele bepaling van de Franse grondwet steekt schril af tegen de gecompliceerde regelingen die het Duitse Grundgesetz omvat: in 28 grondwetsartikelen zijn zij te vinden. Zij zijn het gevolg van de zgn. Notstandsverfassung, die bij de grondwetswijziging van 1968 tot stand kwam.⁶⁶⁴ Ook hierover is veel te doen geweest (evenals over art. 16 in Frankrijk). De slechte ervaringen met de noodregelingen in de nadagen van de Republiek van Weimar maakten vele Duitsers kopschuw; en buiten Duitsland zijn altijd velen te vinden die elke ontwikkeling daar als een aanslag op de democratie of een herrijzenis van het nationaal-socialisme plegen te duiden. De voorstanders konden op twee belangrijke argumenten wijzen. In de eerste plaats hadden, bij de totstandkoming van de Bondsrepubliek, de drie bezettende machten zich het recht voorbehouden om in geval van ernstige verstoring van de openbare veiligheid in te grijpen, zolang de Duitse organen zelf nog niet 'entsprechende Vollmachten durch die deutsche Gesetzgebung erhalten haben'⁶⁶⁵; de Notstandsverfassung zou derhalve dit stuk geallieerde bevoogding beëindigen. In de tweede plaats was de Notstandsverfassung er juist op gericht de positie van de executieve zo min als maar met de bijzondere toestand te rijmen was te versterken, en een zo ruim mogelijke plaats in te ruimen aan parlementaire inspraak en rechterlijke controle. In vergelijkend perspectief gezien snijdt dit ar-

661. CE 2-3-1962, Rubin de Servens, Rec. 143. Zie over de 'acte du gouvernement' no. 35.

662. Bijv. Rivero op. cit. (nt. 654) p. 255-256.

663. Art. 34 Constitution 1958.

664. 17. Gesetz zur Aenderung des Grundgesetzes, 24 juni 1968, BGBI. I p. 709.

665. Art. 5 Duitslandverdrag BGBI. 1955 II p. 301.

gument zeker hout. De onbevooroordeelde lezer van de Duitse bepalingen krijgt eerder de indruk van een bijna griezelig perfectionisme dan van een soort machtsgreep door de executieve. De verschillende soorten noodtoestanden zijn nauwkeurig omschreven, en bij elk daarvan is bepaald van welke grondwettelijke bepalingen kan worden afgeweken. Dikwijls betreffen die afwijkingen overgang van bevoegdheden van de Länder naar de bond; soms ook beperking van bepaalde rechtsmiddelen of opschorting van bepaalde grondrechten. Het laatste is bijv. het geval bij oorlog of onmiddellijke dreiging daarvan ('Verteidigungsfall'). De regeling daarvan is zeer uitvoerig: deze noodtoestand moet door het parlement worden vastgesteld (in de Bondsdag met gekwalificeerde meerderheid) en door de bondspresident worden afgekondigd; als de volksvertegenwoordiging niet in staat is bijeen te komen gaan haar bevoegdheden over op een 'Gemeinsamer Ausschuss' van beide huizen; als ook deze Ausschuss niet bijeen kan komen beslist de bondspresident. Kan de Ausschuss tijdens de noodtoestand bijeenkomen, dan oefent hij de parlementaire bevoegdheden uit; hij kan wetten goedkeuren, maar ook bijv. een wantrouwensvotum aannemen en een nieuwe bondskanselier kiezen. Als de plenaire volksvertegenwoordiging bijeen kan komen kan zij wetten van de Ausschuss intrekken, en ook een einde maken aan de Verteidigungsfall zelf. De grondrechten waarop tijdens deze noodtoestand inbreuk kan worden gemaakt zijn uitdrukkelijk opgesomd, en de bevoegdheden van het Bundesverfassungsgericht blijven in stand.⁶⁶⁶ Omdat het geval zich nog niet heeft voorgedaan, is weinig te zeggen over de toetsingsmarge die het constitutionele hof zich dan zou veroorloven. Het probleem met noodtoestanden is meestal dat de situatie anders is dan men zich bij het bedenken van regelingen had voorgesteld.⁶⁶⁷

Het extreme tegendeel van deze Duitse 'Gründlichkeit' vinden wij in Engeland en de VS. Voor Engeland spreekt dat eigenlijk vanzelf: de wetgever is altijd bevoegd grondrechten in te perken⁶⁶⁸ en hij kan daarvan bijv. gebruik maken indien er een noodtoestand is. Toen de 'voorlopige vleugel' van het Ierse Republikeinse Leger zijn bomaanslagen niet alleen maar in Ulster, maar ook in Engeland zelf ging beproeven, kwam bijv. een anti-terrorismewet tot stand die de bevoegdheden van de politie vergrootte en onder bepaalde omstandigheden inbreuk op burgerlijke vrijheden mogelijk maakte, met name wat de persoonlijke vrijheid betreft.⁶⁶⁹ Doordat de wet met grote koelheid en met een minimum aan opwinding werd gehanteerd, en ook een beperkte geldingsduur had, is er onder de Britse bevolking weinig te merken geweest van oppositie. In dit opzicht zijn kennelijk politieke tradities van meer betekenis dan wettelijke regelingen: de aanslagen van de zgn. Rote Armee Fraktion in Duitsland leidden enkele jaren later tot een enorme opschudding, tot verbit-

666. Zie met name Art. 115 GG.

667. Zie voorts Maunz-Zippelius op. cit. (nt. 31) par.44.

668. Zie no. 15.

669. Protection of Terrorism (Emergency Provisions) Act, 1974.

terde verwijten over en weer en tot gelegenhedswetgeving die de rechten van verdachten in het strafproces beknotte. De Engelse en Duitse situatie zijn niet helemaal vergelijkbaar: de Britten worstelen al enkele eeuwen met een Ierse kwestie die steeds weer tot gewelddadigheid schijnt te moeten leiden, terwijl de Duitse stadsguerilla een nieuw verschijnsel vormde. Toch is het opvallend dat de Britten, met hun geringe juridische waarborgen, de nood in mindere mate als aanleiding hebben gezien om ook in feite een bijzonder regime in het leven te roepen.

Wat eenvoud van constructie betreft is de Amerikaanse oplossing vergelijkbaar met de Britse; maar hier is het in beginsel de rechter die beoordeelt welke inbreuk op de vrijheden door noodsituaties wordt gerechtvaardigd. Wij kwamen daarvan reeds voorbeelden tegen: soms is de rechter geneigd zich bij zijn oordeel over de vraag welke bijzondere maatregelen met het oog op een noodtoestand gerechtvaardigd zijn, te laten leiden door de opinies van bestuur en wetgever, ook indien die maatregelen belangrijke gevolgen hebben voor de uitoefening van vrijheidsrechten⁶⁷⁰; in andere gevallen, vooral bij schending van het Ie Amendement, behoudt hij zichzelf dat oordeel in volle omvang voor. Ook in die gevallen is hij echter geneigd aan de bijzondere toestand het volle pond te geven: men denke bijv. aan het verschil dat werd gemaakt tussen het verspreiden van anti-militaristisch materiaal in tijd van oorlog en in tijd van vrede.⁶⁷¹

De armslag die in tijden van nood aan de militaire, politieke en justitiële autoriteiten wordt gegund bij het beperken van de vrijheden, wordt al met al niet zozeer bepaald door de vorm waarin de bescherming van de grondrechten is gegoten. Die armslag schijnt veeleer samen te hangen met een paar centrale elementen van de staatsrechtelijke opbouw, zoals de verhouding wetgever-rechter, met de politieke en juridische tradities en met de toevallig optredende politieke situatie. Een individueel grondrecht kan niet richtinggevend zijn wanneer leven en veiligheid van een aantal mensen op het spel staan, meende het Bundesverfassungsgericht in 1977: als het gaat om 'terroristische Erpressungen' zijn slechts die maatregelen gerechtvaardigd, aldus het hof, die aangepast zijn aan de 'Vielfalt singulärer Lagen'.⁶⁷² De regering werd dan ook niet verplicht geacht gedetineerden vrij te laten om het leven van een ontvoerde werkgeversvoorzitter veilig te stellen. Straatgeweld vormt altijd een moeilijk in rechtsvoorschriften reglementeerbaar probleem; maar politiek gezien zou het in het ene land wel eens veel meer 'destabiliserend' kunnen werken dan in het andere. De wijze waarop de VS hun woelige 'sixties' hebben verwerkt (met de desegregatie, de civil rights movement, negeropstanden in Los Angeles, Boston en andere grote steden, studentenrevolte, verzet tegen de Vietnamoorlog, hippy-cultus etc.), lijkt moeilijk voor herhaling vatbaar in landen die op een minder taaie vrijheidstraditie kunnen bogen.

670. *Korematsu v. US*, nt. 197.

671. *Dennis v. US* nt. 624; zie ook no. 68.

672. BVerfGE 46 no. 12, Schleyer, 1977.