

HOOFDSTUK IV

Constitutionele toetsing

T. Koopmans, 'Constitutionele toetsing', in: *Vergelijkend Publiekrecht*, Deventer: Kluwer 1986, pp. 42-67.

18. Bevoegdheid

De VS en de Bondsrepubliek Duitsland vormen, in de door ons onderzochte kring van landen, de duidelijkste voorbeelden van staten met een in beginsel algemene mogelijkheid tot constitutionele toetsing. Beide hebben de complicatie van een federale staatsvorm, en wij zullen ons hier concentreren op toetsing aan de federale grondwet; dat is niet alleen de belangrijkste vorm van toetsing in de praktijk (beide federale grondwetten houden bijv. een grondrechtencatalogus in), maar vormt ook een voldoende illustratie van de problemen die door judicial review of legislation in het leven worden geroepen.

De federale dimensie komt ook in de rechterlijke organisatie tot uitdrukking, maar in Duitsland heel anders dan in de VS. In Amerika heeft elke deelstaat zijn eigen stelsel van 'state courts', met een 'state supreme court' aan de top; daarnaast zijn 'federal courts' ingericht. Het US Supreme Court staat aan de top van de federale kolom, maar het dient in een aantal opzichten ook als laatste appelrechter van uitspraken van state supreme courts. Er zijn zodoende 51 stelsels van rechterlijke organisatie. In de BRD zijn ook verschillende stelsels, maar zij dienen elk voor verschillende soorten procedures; aan de top van elk van die kolommen staat een van de 'obere Bundesgerichte', terwijl de lagere gerechten door de Länder zijn ingericht. Zo is er een Bundesgerichtshof als hoogste rechter voor burgerlijke en stafzaken, een Bundesverwaltungsgericht als hoogste administratieve rechter, en voorts een Bundesfinanzgericht, een Bundesarbeitsgericht en een Bundessozialgericht.⁹⁴ Naast deze kolommen bestaat bovendien een Bundesverfassungsgericht voor constitutionele kwesties die de federale grondwet, het Grundgesetz, raken, en Verfassungsgerichte van de Länder voor zaken die met de Landesverfassungen van doen hebben; tussen deze Verfassungsgerichte bestaat derhalve geen hiërarchische verhouding, zoals die elders wel tussen de Landesgerichte en het competente ('sachlich zuständige') Bundesgericht bestaat.

In het Duitse systeem is zodoende gekozen voor min of meer gespecialiseerde rechters, en de schepping van het Bundesverfassungsgericht, waarop wij verder de aandacht zullen richten, was daarvan een uitvloeisel. Die specialisatie brengt ook met zich mee dat het BVerfG – de in de Duitse literatuur gehanteerde afkorting – een monopoliepositie heeft: andere gerechten kunnen

94. Zie Art. 96 Grundgesetz.

zich niet uitspreken over de onverenigbaarheid van wetgeving met het Grundgesetz, zij verwijzen een oordeel daarover naar het BVerfG. De constitutionele rechter komt slechts in actie wanneer een van de speciale constitutionele beroepen is ingesteld⁹⁵ die Grondwet en wet voorzien.⁹⁵

In dit opzicht gaat het Amerikaanse systeem van de omgekeerde gedachten-gang uit: elke rechter beschikt over de power of judicial review, ongeacht zijn plaats in de rechterlijke hiërarchie en ongeacht of hij als state court dan wel federal court optreedt; maar hij oefent die bevoegdheid uit in het raam van zijn gewone functie en laat zich slechts over de grondwettigheid van wetgeving uit als dat van belang is voor de berechting van een hem (op grond van zijn normale rechtsmacht) voorgelegd geschil. Er zijn echter twee factoren werkzaam die maken dat het US Supreme Court, vooral de laatste decennia, meer en meer de rol van een constitutioneel hof is gaan vervullen. In de eerste plaats staat van state supreme courts altijd een beroep open op het federale hoogge-rechtshof indien de geldigheid van een wet in het geding is wegens beweerde strijdigheid met de federale grondwet. En in de tweede plaats kan het US Su-preme Court voor een belangrijk deel zelf bepalen in welke zaken het een beslissing zal nemen, en heeft het van die mogelijkheid gebruik gemaakt door vooral over constitutionele problemen uitspraak te doen.

Dit laatste vereist enige toelichting. Op twee manieren kunnen zaken bij het hof aanhangig worden: door 'appeal as of right', te vergelijken met ons hoger beroep, en door *certiorari*. Het 'appeal' is slechts in een zeer beperkt aantal gevallen mogelijk; veruit de meeste zaken komen bij het hof via *certiorari*. Dit was oorspronkelijk een common-law-actie uit het Engelse recht (de VS heb-ben, behalve wat Louisiana betreft, de common law gereciperd), bestemd om beslissingen van lagere rechters of van administratieve organen ongedaan te maken die 'in excess or abuse of jurisdiction' waren gegeven; zij betrof der-halve primair de bevoegdheid tot het geven van de bestreden beslissing. In die vorm komt de actie in het Amerikaanse recht wel eens voor, al is zij er veel zeldzamer dan in Engeland. Sinds federale wetgeving van 1891 is *certiorari* evenwel in gebruik als een zelfstandige beroepsmogelijkheid op het US Supre-mee Court, waarvan het bijzondere is dat het niet 'as of right' de zaak bij het hof brengt, maar het hof een discretionaire bevoegdheid geeft om zich al dan niet de zaak aan te trekken. De Court's Rules – die de procedure voor het hof beheersen – drukken het zo uit:

'A review on writ of certiorari is not a matter of right, but of sound judicial discretion, and will be granted only where there are special and important reasons therefor.'

Bij *certiorari* moet dus eerst beslist worden of die redenen aanwezig zijn; en voor deze beslissing 'to take the case' zijn de stemmen van vier van de negen

95. Zie over de rechterlijke organisatie in de Bondsrepubliek voorts Prakke en Kortmann op cit. (nt. 48) p. 159-162.

rechters vereist. De beslissing werd aanvankelijk niet gemotiveerd, maar de laatste tijd zijn meer en meer dissenting opinions bij negatieve beslissingen geformuleerd. Pas na deze eerste beslissing komen de 'merits of the case' aan de orde, en het hof behandelt deze op vrijwel dezelfde wijze als wanneer het als gewone appelrechter optreedt.⁹⁶

Deze soepele opzet geeft het hof de gelegenheid die terreinen uit te kiezen waarop het meent dat de lagere rechtspraak de meeste leiding nodig heeft (ook Amerikaanse gerechten zijn aan precedents gebonden, al werkt de regel er minder strak dan in Engeland)⁹⁷; en er is 'overwhelming evidence' dat het hof hiervoor het constitutionele terrein heeft uitgezocht. Moderne Amerikaanse literatuur gaat er zonder meer van uit, vaak impliciet, dat het US Supreme Court er is voor de constitutionele rechtspraak.⁹⁸ In feite is daarom de Amerikaanse situatie in dit opzicht de Duitse dicht genaderd. Wij zullen ons dan ook, wat de VS betreft, alleen met de jurisprudentie van het federale hooggerechtshof bezighouden. Door de wijze waarop het hof verschillende grondwetsartikelen heeft uitgelegd, heeft het trouwens ook een grote invloed uitgeoefend op andere rechtsgebieden, niet alleen in de sfeer van het publiekrecht maar bijv. ook in die van het strafproces, het straf- en penitentiair recht, het overeenkomstenrecht etc.

Het bezwaar van de soepele opzet is dat het hof ook, door ongemotiveerd *certiorari* te weigeren, netelige kwesties uit de weg kan gaan. In dit opzicht deed zich in de jaren zestig, in de nadagen van President Lyndon Johnson, een probleem voor, toen verscheidene dienstplichtige militairen poogden hun overplaatsing naar Vietnam te verhinderen door een verklaring-voor-recht te vragen dat de Vietnam-oorlog onwettig werd gevoerd, wegens strijd met de Amerikaanse grondwet. Er was geen oorlog verklaard door het Congres⁹⁹; weliswaar hadden de beide huizen van het Congres, in de zgn. Tonkingolf-resolutie, de President toestemming gegeven tot bepaalde militaire operaties in Vietnam; de vraag was echter niet alleen of de in feite gevoerde oorlog wel binnen de termen van die resolutie viel, maar ook of het Congres zijn bevoegdheid om over oorlog te beslissen wel geldig aan de President kon delegeren. Het hof weigerde evenwel de zaken aan zich te trekken; in één geval publiceerden twee rechters een gewapende dissent.¹⁰⁰

96. Zie over deze gehele materie Gerald Gunther, *Cases and materials on constitutional law* (9e dr. Mineola N.Y. 1975) p. 63-75, met verdere verwijzingen; Peter Linzer, *The meaning of certiorari denials*, 79 Col. L. Rev. 1227 (1979).

97. Het US Supreme Court heeft zich nooit aan eigen precedents gebonden geacht.

98. Zie bijv. Archibald Cox, *The role of the Supreme Court in American government* (Oxford 1976) hfdst. I; Louis Lusky, *By what right?* (Charlottesville Va. 1975) hfdst. I.

99. Zie art. 1 section 8 (11) US Constitution.

100. *Mora v. McNamara*, 389 US 934 (1967). Zie ook, op een ander vlak, *Ratchford v. Gay Lib*, 434 US 1080 (1978).

19. Object in de VS

Wij wenden ons thans eerst tot het Amerikaanse recht, dat in zijn grondtrekken de tegenvoeter is van het oorspronkelijke Britse systeem van volledige soevereignty of Parliament.

De eerste vraag is welke soorten wetten voor toetsing aan de federale grondwet in aanmerking komen. Er is nooit aan getwijfeld dat state statutes tot die categorie behoorden; en voor zover er twijfel was ten aanzien van federale wetten, werd die reeds in 1803 opgeheven door *Marbury v. Madison*.¹⁰¹ Misschien ging het hof een stap verder in 1967, door te beslissen dat een voorgestelde wijziging van de grondwet van Californië in strijd was met de federale grondwet en daarom ongeldig.¹⁰²

Met betrekking tot state statutes deed zich hierbij een complicatie voor. De grondrechten, vervat in de Bill of Rights, zijn geformuleerd als beperkingen op de activiteiten van het Congres, d.w.z. van het federale Congres: 'Congress shall make no law respecting an establishment of religion or prohibiting the free exercise thereof', begint het Ie amendement. Historisch gezien is dit begrijpelijk, omdat de grondwetten van de toenmalige deelstaten (de oorspronkelijke twaalf) al grondrechten hadden opgenomen voordat er een federale grondwet was. Het juridische probleem was evenwel of de constructie van de federale Bill of Rights nu ook betekende dat de daarin gegeven garanties niet tegen de staten konden worden ingeroepen, hetgeen zou impliceren dat state statutes niet aan de eerste tien amendementen van de federale grondwet konden worden getoetst. De oplossing voor dit probleem werd in de loop van de tijd gevonden in het XIVE amendement; deze bepaling – vrucht van de Amerikaanse burgeroorlog – hield o.a. in dat geen enkele staat 'shall ... deprive any person of life, liberty or property without due process of law'. Die zgn. due process clause werd geacht een aantal garanties te bevatten die overeenkwamen met wat ingevolge de eerste tien amendementen reeds voor de federale overheid gold. Aanvankelijk geschiedde dat nogal aarzelend: 'jot for jot and case for case', zoals een Amerikaanse rechter het uitdrukte.¹⁰³ De due process clause zou met zich meebrengen dat de staten gehouden waren criteria van 'fundamental fairness' in acht te nemen, en een richtlijn voor die criteria zou in de Bill of Rights zijn te vinden. Gaandeweg ging het hof er steeds meer toe over om de garanties van de Bill of Rights 'incorporated' te achten in de due process clause, zodat ook de staatswetgeving, zij het langs indirecte weg, volledig kon worden getoetst aan de amendementen I-X, en daarmee tevens aan het jurisprudentierecht dat het hof daarover intussen had ontwikkeld. Een voorbeeld levert *Mapp v. Ohio* uit 1961.¹⁰⁴ De casus had betrekking op het IVE amendement, dat garanties inhoudt tegen 'unreasonable searches and sei-

101. Zie nt. 34.

102. *Reitman v. Mulkey*, 387 US 369 (1967).

103. Justice Harlan, in *Williams v. Florida*, 399 US 78 (1970).

104. *Mapp v. Ohio*, 367 US 643 (1961).

zures'; het hof had daaruit in zijn eerdere rechtspraak afgeleid dat bewijsmateriaal, in strijd met deze garantie verkregen, in rechte niet kon worden gebezigd, de zgn. exclusionary rule. In *Mapp* was overtreding telastegelegd van een wet van de staat Ohio die het bezit verbood van 'lewd and lascivious books, pictures and photographs'; tijdens het geding kwam vast te staan dat dit wulps materiaal door de politie inbeslaggenomen was tijdens een huiszoeking waarvoor niet het vereiste bevelschrift was afgegeven; het Hooggerechtshof van Ohio hield echter de veroordeling in stand omdat volgens het recht van Ohio ook onwettig verkregen bewijsmateriaal door de rechter mocht worden gebezigd en tot de bewezenverklaring van het telastegelegde feit kon meewerken. Het US Supreme Court vernietigde dit arrest; en de meerderheid van het hof (er waren drie dissenters) had weinig moeite haar argumentatie te formuleren:

'Since the Fourth Amendment's right to privacy has been declared enforceable against the states through the Due Process Clause of the Fourteenth, it is enforceable against them by the same sanction of exclusion as is used against the federal government.'

Het hof heeft zich nog niet uitgesproken voor 'full incorporation' van de Bill-of-Rights-garanties in het XIVe amendement, al is dat al geruime tijd geleden door een van de rechters bepleit.¹⁰⁵ Maar de praktische resultaten van 's hofs jurisprudentie blijven daar slechts een duimbreed vandaan.

20. Toetsingsmaatstaven

De tweede vraag is op welke gronden men de gelding van staats- of federale wetgeving kan aantasten. Het antwoord is dat in beginsel elke vorm van strijd met de Amerikaanse grondwet kan worden aangevoerd; en uit het geval van de Vietnam-oorlog kan misschien blijken dat ook grondwetsbepalingen waarvan men dat op het eerste oog niet zou denken, een rol kunnen spelen in het proces van 'constitutional adjudication'. Dit neemt intussen niet weg dat wel een zekere rubricering kan worden gegeven van de meest voorkomende gevallen. Hoewel ik erken dat dit soort indelingen altijd iets willekeurig heeft, lijkt het mij voor ons doel het duidelijkst te rubriceren aan de hand van de belangrijkste beperkingen die de federale grondwet aan de federale wetgever heeft gesteld, nl. die welke onderscheidenlijk te maken hebben met de bevoegdheidsverdeling tussen federatie en deelstaten, met de machtenscheiding tussen wetgever, executieve en rechterlijke macht, en met de grondrechten van de individuele burgers. Die onderwerpen komen hierna nog uitvoeriger ter sprake; in dit stadium gaat het er slechts om welke rol zij hebben gespeeld in 's hofs opvatting van judicial review of legislation.

105. Justice Black, dissenting, in *Adamson v. California*, 332 US 46 (1947). Zie voorts over dit onderwerp Laurence H. Tribe, *American constitutional law* (Mineola N.Y. 1978) p. 567-572.

De federale bevoegdheidsverdeling heeft tot een grote stroom jurisprudentie aanleiding gegeven, die pas de laatste jaren iets schijnt op te drogen. De Amerikaanse grondwet geeft een opsomming van de gebieden die tot de bevoegdheid van het federale Congres horen; niet-opgesomde onderwerpen worden geacht tot de zeggenschap van de deelstatelijke wetgevers te behoren.¹⁰⁶ De opsomming is bijna 200 jaar oud; alleen is aan bepaalde amendementen op de grondwet een zgn. enforcement clause toegevoegd, nl. dat 'Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation', bijv. ten aanzien van de afschaffing van de slavernij, bij de bepalingen over raciale gelijkheid en over vrouwenkiesrecht, en ook bij het XIVE amendement.¹⁰⁷ Bij deze stand van zaken steekt een bekend probleem van bevoegdheidsverdeling het hoofd op: betekent dit dat wetgeving op gebieden waar men in de tijd van de 'founding fathers' nog niet aan wetgeving dacht, zoals arbeidsbescherming of mededinging, automatisch aan de state legislatures toekomt? In de VS heeft het er even naar uitgezien. Aanvankelijk, in het begin van de 19e eeuw, was het hof de federale wetgever gunstig gezind; zo besliste het in 1819 dat de bevoegdheid om een federale bank in het leven te roepen, hoewel niet in de opsomming genoemd, zozeer verweven was met een aantal wél opgesomde bevoegdheden dat zij daarin begrepen moest worden geacht (het was een 'implied power'); en het hof leidde er tevens uit af dat het een staat dan niet vrij stond om op de activiteiten van zo'n federale bank belasting te heffen.¹⁰⁸ Tegen het midden van de eeuw werd het hof evenwel vriendelijker voor de states; het speelde o.a. een zekere rol in het voorspel van de Amerikaanse burgeroorlog met zijn weinig bewonderde beslissing dat het de federatie niet vrijstond het territorium waarop slavernij geoorloofd was te verkleinen.¹⁰⁹ Voortgaand in dezelfde lijn maakte het rondom de eeuwwisseling het de federale wetgever uiterst moeilijk tot sociale en economische wetgeving te komen. Dit was een van de factoren die tot een crisisachtige situatie leidden in de jaren dertig van deze eeuw; president Franklin D. Roosevelt was gekozen op een 'ticket' dat een 'New Deal' beloofde om de economische depressie te bestrijden en de massale werkloosheid terug te dringen; ter uitvoering daarvan kwam een vergaande bemoeienis met het economisch leven tot stand, via 'codes of fair competition for the trade or industry' op basis van een federale wet, die o.a. verdedigd werd met verwijzing naar de bevoegdheid van het Congres 'to regulate commerce... among the several states'.¹¹⁰ Door een enge uitlegging van deze 'interstate commerce clause' slaagde het hof er evenwel in het hele zaakje onverbindend te verklaren.¹¹¹ Deze beslissing luidde evenwel tevens de bel voor de laatste ronde: na de totstandkoming van nieuwe wetgeving, een aantal poli-

106. Art. 1 section 8 en Amendm. X US Constitution.

107. Zie Am. XIII(2), XIV(5), XV(2) en XIX(2) US Constitution.

108. *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat 316 (1819).

109. *Dred Scott v. Stanford*, 19 How. 393 (1857); de beslissing was overigens gebaseerd op het Ve Amendement.

110. Art. 1 section 8(3) US Constitution.

111. *Schechter Poultry Corp. v. US*, 295 US 495 (1935).

tieke 'moves' van de president, en enkele minder duidelijke beslissingen van het hof, ging het hof in 1937 om. Het betrof toen een stuk sociale wetgeving¹¹², waarvan de toepassing op een groot geïntegreerd staalbedrijf in overeenstemming werd geacht met de interstate commerce clause. De invloed van de ter plekke tot stand gebrachte produktie op het interstatelijke handelsverkeer stond daarbij voorop: de meerderheid van het hof (het was een 5-4 beslissing) rekende voor dat 99% van de grondstoffen uit andere staten kwam en dat 80% van de produkten naar andere staten werd verkocht. Deze benadering leidde soms tot vreemde calculaties, zoals die hoeveel procent van de geproduceerde sigaretten binnen en hoeveel buiten de staat van produktie werden opgerookt. Enkele jaren later verzachtte het hof de toets door niet te kijken naar de individuele onderneming maar naar de bedrijfstak waarop de regeling werd toegepast als geheel.¹¹³ Door ook de criteria hiervoor ruim uit te leggen heeft het hof het langzamerhand de federale wetgever gemakkelijk gemaakt om wetgevend optreden te rechtvaardigen op grond van de interstate commerce clause. De Civil Rights Act van 1964 bijv., die een groot programma tot tegengaan van rassensegregatie en -discriminatie inhield, zou gebaseerd hebben kunnen zijn op de 'enforcement clause' van het XIVe amendement (de 'power to enforce... bij appropriate legislation'); in plaats daarvan is naar de interstate commerce clause gegrepen. In het geval van Ollie's barbecue¹¹⁴, waar niet helemaal vast kwam te staan dat de grondstoffen voor de hapjes uit andere staten kwamen, volstond het hof ermee duidelijk te maken dat — hoe 'local' een wegrestaurant ook mag zijn — de totale omzet van de gezamenlijke wegrestaurants invloed zou hebben op het interstatelijke handelsverkeer. Als men de consequenties daarvan probeert door te denken, moet men wel haast concluderen dat aldus aan de federale wetgever een enorm ruime vrijbrief is verschaft. Er zijn dan ook wel schrijvers geweest die beweerd hebben dat het hof de doodsklok over het Amerikaanse federalisme heeft geluid.¹¹⁵ Misschien te vroeg: in recente rechtspraak schijnt het hof de deelstaten opnieuw te ontdekken; er sneuvelt zelfs wel eens federale wetgeving over sociaal-economische onderwerpen omdat inbreuk gemaakt wordt op bevoegdheden van de staten.¹¹⁶ Hoe dit ook moge zijn, vaststaat in elk geval dat het hof een belangrijke en actieve rol heeft gespeeld in het trekken (en verleggen) van de grenzen waarbinnen het Congres gerechtigd is zich met typisch moderne wetgeving in te laten. Het gebrek aan flexibiliteit van de Amerikaanse grondwet is mede door de flexibiliteit van 's hofs jurisprudentie verholpen.¹¹⁷

De machtscheiding kan op verschillende manieren aan de orde komen. In

112. National Labor Relations Board v. Jones and Laughlin Steel Corp., 301 US 1 (1937).

113. Wickard v. Filburn, 317 US 111 (1942).

114. Katzenbach v. McClung, 379 US 294 (1964).

115. Bijv. Philip Kurland, *Politics, the Constitution and the Warren Court* (Chicago-Londen 1970) hfdst. III-IV.

116. National League of Cities v. Usery, 426 US 833 (1976). Zie voorts Tribe op. cit. (nt. 105) p. 308-318.

117. Zie over dit verband L. Prakke, *Toetsing in het publiekrecht* (Assen 1972) n. 62-72

de eerste plaats brengt zij mede dat het de president niet vrijstaat op het terrein te komen dat door de grondwet voor het Congres is gereserveerd. Aangezien deze kant van de zaak nauw samenhangt met de presidentiële regeringsvorm (in zijn tegenstelling tot de parlementaire), zullen wij de behandeling daarvan opzouten. Er is niet veel rechtspraak, al zijn er wel enkele geruchtmakende zaken geweest, o.a. toen president Truman in verband met een nationale staking de gehele staalindustrie onder regeringsbeheer stelde en het hof dat ongrondwettig achtte.¹¹⁸ In de tweede plaats verbiedt de machtenscheiding aan Congres en President om zich rechterlijke bevoegdheid aan te matigen. De federale grondwet werkt dit o.a. uit door voor te schrijven dat het recht op *habeas corpus* niet kan worden geschorst, behalve in tijden van nationale noodtoestand, en dat geen 'bill of attainder' mogelijk is.¹¹⁹ In de Engelse geschiedenis was een 'bill of attainder' een Act of Parliament waarbij iemand van hoogverraad werd beschuldigd en waarbij in diezelfde wet een straf over hem werd uitgesproken; liefst de doodstraf, met verbeurdverklaring van zijn eigendommen.¹²⁰ In Amerika besliste het hof al vrij spoedig dat het verbod van 'bill of attainder' in de weg stond aan elke wetgevende handeling waarbij straf was opgelegd zonder voorafgaande procedure voor de rechter. Op basis daarvan heeft de jurisprudentie zich verder ontwikkeld; het hof is daarin vrij ver gegaan. Zo sneuvelde een wetsbepaling die betaling van een tegemoetkoming verbood aan bepaalde met name genoemde ambtenaren wier gedrag was onderzocht door een Congres-commissie; in een latere zaak heette het dat elke 'trial by legislature' een verboden 'bill of attainder' is.¹²¹ Als derde element van de machtenscheiding zou men verwachten een verbod voor de rechter om zich te begeven op terreinen die aan wetgever of executieve zijn voorbehouden; in de grondwet is daarvoor echter geen basis te vinden, misschien omdat men de rechter, in de woorden van Hamilton, 'the least dangerous' vond. In feite schuilt hierin een van de belangrijkste problemen van het huidige Amerikaanse staatsrecht, dat wij in dit hoofdstuk voortdurend tegen het lijf zullen lopen.

Tenslotte de grondrechten. Er is een uitvoerige jurisprudentie over de vrijheid van meningsuiting, op grond van het Ie amendement (via het XIVE ook toepasselijk op de states), maar het belang daarvan wordt langzamerhand overschaduwd door de ruime interpretatie die het hof in een lange serie arresten gegeven heeft aan de 'equal protection of the laws', eveneens in het XIVE amendement gewaarborgd. Daarnaast bestaat rechtspraak over verschillende andere in de grondwet genoemde grondrechtelijke waarborgen. Een geheel nieuwe dimensie is in de jurisprudentie gekomen toen het hof ertoe overging verschillende niet (althans niet met zoveel woorden) in de federale grond-

118. *Youngstown Sheet and Tube Co. v. Sawyer* (steel seizure case), 343 US 579 (1952). Zie hierna no. 50.

119. Art. 1 section 9(2) en (3) US Constitution.

120. Er is zelfs een wet uit de tijd van Hendrik VIII waarbij 'ordained' werd dat de kok van de bisschop van Rochester 'shall be ... boiled to death' (22 Henry VIII ch.9).

121. *Resp. US v. Lovett*, 328 US 303 (1946); *US v. Brown*, 381 US 437 (1965).

wet genoemde grondrechten te beschermen. Deze nieuwe tendentie begon rijkelijk onschuldig: er werd geklaagd over een wet van de staat Oregon waarbij aan ouders de plicht werd opgelegd hun kinderen naar de openbare school te zenden. Dat kon niet, meende het hof in 1925, omdat het tekort zou doen aan 'the liberty of parents and guardians to direct the upbringing and education of their children'¹²²; en het scheen dat het hof dit nieuwe grondrecht wilde doen steunen op de 'liberty' die door de due process clause van het XIVE amendement wordt beschermd. Het arrest trok destijds niet sterk de aandacht, maar het vormde het begin van een van die constitutionele dijkbreuken die het Amerikaanse staatsrecht zo interessant maken. De omvang daarvan werd echter pas gaandeweg duidelijk. In 1942 verklaarde het hof de Habitual Criminal Sterilization Act van de staat Oklahoma onverbindend¹²³; het deed dit op grond van de equal protection clause, maar het bezigde daarbij uitdrukkingen die wederom in de richting van nieuwe grondrechten als due process liberties schenen te wijzen:

'We are dealing here with legislation which involves one of the basic civil rights of man. Marriage and procreation are fundamental to the very existence and survival of the race... There is no redemption for the individual whom the law touches. Any experiment which the state conducts is to his irreparable injury. He is forever deprived of a basic liberty.'

De nieuwe leer van de 'basic liberties' kwam principieel aan de orde in 1965, toen een wet van de staat Connecticut onverbindend werd verklaard die het gebruik van anti-conceptionele middelen verbood.¹²⁴ Voor de meerderheid van het hof stond vast dat dit in strijd was met het – niet in de grondwet genoemde – 'right of marital privacy'; maar die meerderheid was verdeeld over de vraag wat de constitutionele basis was van dit recht. Een deel van de rechters beriep zich op de due process clause van het XIVE amendement, een ander deel achtte het juistere zijn uitgangspunt te kiezen in het IXe amendement, dat bepaalt dat de opsomming van een aantal rechten in de grondwet 'shall not be construed to deny or disparage others retained by the people'. De laatste uitweg was nog niet zo gek, omdat men juist van het recht op privacy kan stellen dat het in de 18e eeuw om een vanzelfsprekendheid ging die niet in termen van rechten vervat hoefde te worden, en dat het de gewijzigde maatschappelijke situatie is die daarin verandering heeft gebracht. Hoe dan ook, het hof ging op het spoor van het XIVE amendement verder¹²⁵, zoals vooral duidelijk bleek toen het in 1973 belangrijke delen van de abortuswetgeving van de staten Texas en Georgia ongrondwettig verklaarde.¹²⁶ Het las in de due process

122. *Pierce v. Society of Sisters*, 268 US 510 (1925).

123. *Skinner v. Oklahoma*, 316 US 535 (1942).

124. *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965).

125. Zie *Boddie v. Connecticut*, 401 US 371 (1971).

126. *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973); *Doe v. Bolton*, 410 US 179 (1973).

clause, en in zijn eigen rechtspraak daarop, een recht op privacy, 'broad enough to encompass a woman's decision whether or not to terminate her pregnancy'. Daar werd overigens niet uit afgeleid dat elke bemoeienis van de staatswetgeving met abortus uitgesloten zou zijn; het arrest legde een aantal richtlijnen vast, waarvan de belangrijkste was dat de beslissing over abortus in de eerste drie maanden van de zwangerschap geheel aan de vrouw en haar medische raadsman moest worden overgelaten.

De abortus-arresten zijn aanvankelijk door vrienden van de 'civil rights' met vreugde begroet. Als men de resultaten ervan echter beziet uit een ander perspectief dan dat van de grondrechtenbescherming, roepen zij enkele betrekkelijk fundamentele problemen op. Komen de feitelijke gevolgen van uitspraken als deze niet neer op een uniformering van de wetgeving, en daarmee op een centralisatie die strijdig is met de grondgedachte van het federale bestel? En gaat het hierbij wel om beslissingen die door rechters kunnen worden genomen, of zou het oordeel over de vraag of bijv. de grens van de vrije periode niet na 2½ of 3½ maand zou moeten liggen, niet veeleer moeten worden overgelaten aan de wetgevende instanties, met alle specialistische kennis die in het wetgevingsproces kan worden gemobiliseerd? En nog principiëler: heeft het hof zich niet, door zelf te bepalen welke grondrechten via de due process clause beschermd moeten worden, in de plaats van de grondwetgever gesteld?¹²⁷ Het hof schijnt later trouwens een ietsje te hebben teruggekrabbel, o.a. door te beslissen dat het recht van de vrouw zelf over beëindiging van haar zwangerschap te beslissen geen aanspraak meebrengt op vergoeding van medische kosten door de overheid of door sociale-verzekeringssystemen.¹²⁸

21. The political thicket

De kernvraag in het Amerikaanse systeem van judicial review lijkt daarmee wel gesteld: wat is de taak van de rechter, in verhouding tot die van de andere overheidsorganen? Anders gezegd: waar houdt een probleem op een rechterlijk probleem te zijn en wordt het een politiek probleem, op te lossen door op grond van hun politieke overtuiging (of overtuigingskracht) gekozen ambtsdragers? Zo geformuleerd is de vraagstelling betrekkelijk onhanteerbaar (de Amerikaanse rechter zou haar 'overbroad' noemen); maar er vallen verschillende elementen aan te onderscheiden die een rol gespeeld hebben in de discussie in de VS.

De eerste vraag is of het Amerikaanse hof zelf zich van bepaalde uitspraken onthoudt op grond van de overweging dat het zich anders op politiek terrein zou begeven. Het antwoord daarop is bevestigend: het hof acht sommige problemen 'political questions' en daarom 'non-justiciable'. Daaronder zijn tra-

127. Zie ook Lusky, *By what right* (nt. 98) p. 15-20 en p. 100-101; Kurland op. cit. (nt. 115) p. 93 en p. 160-161.

128. *Maher v. Roe*, 432 US 464 (1977).

ditioneel begrepen vragen betreffende de rechten en plichten van de VS jegens andere mogendheden en betreffende de grondwettelijke bepaling dat de federatie aan iedere staat in de unie 'a republican form of government' garandeert.¹²⁹ Ook in andere gevallen is de political question wel als obstakel gehanteerd: het hof weigerde bijv. zich in te laten met de vraag of de tijd verstreken na het vaststellen van een amendement op de grondwet van Kansas niet te lang was geweest om nog tot bekrachtiging daarvan over te gaan, en of de democratische partijconventie van 1972 terecht de geloofsbrieven van de delegatie van de staat Illinois had aanvaard; maar het achtte zich wel bevoegd na te gaan of het Huis van Afgevaardigden terecht de geloofsbrieven van iemand die verkozen was, had geweigerd.¹³⁰ De argumentatie was in dit soort gevallen betrekkelijk vaag; in het eerstgenoemde geval heette het bijv. dat voor de oplossing van het probleem zeer verschillende politieke, sociale en economische gegevens nodig waren (het amendement had betrekking op een verbod van kinderarbeid), en dat deze 'can hardly be said to be within the appropriate range of evidence receivable in a court of justice'. In andere gevallen wordt gesteld dat 'lack of judicially discoverable and manageable standards' een vraag tot een political question maakt.¹³¹ Toen in 1946 geklaagd werd dat de indeling in districten voor de congresverkiezingen in de staat Illinois zò willekeurig was dat aan het beginsel van de gelijkheid van de uitgebrachte stemmen, en daarmee aan de gelijkheid voor de wet, tekort was gedaan, weigerde het hof daarop in te gaan.¹³² Justice Frankfurter, sprekend voor de meerderheid, stelde onder meer:

'To sustain this action would cut very deep into the very being of Congress. Courts ought not to enter this political thicket. The remedy for unfairness in districting is to secure State legislatures that will apportion properly, or to invoke the ample powers of Congress. The Constitution has many commands that are not enforceable by courts because they clearly fall outside the conditions and purposes that circumscribe judicial action.'

Clearly. In 1962 ging het hof om, door in *Baker v. Carr* een beslissing te vernietigen die een soortgelijke kwestie van 're-apportionment' non-justiciable had verklaard.¹³³ Justice Frankfurter, in wat men in Amerika noemt een 'powerful dissent', bleef de eerdere rechtspraak echter trouw:

'What, then, is this question of legislative apportionment? Appellants

129. Art. 4 section 4 US Constitution.

130. *Resp. Coleman v. Miller*, 307 US 433 (1939); *O'Brien v. Brown*, 409 US 1 (1972); *Powell v. McCormack*, 395 US 486 (1969).

131. Verg. Gunther op. cit. (nt. 96) p. 1619 e.v.; Tribe op. cit. (nt. 105) p. 71 e.v.

132. *Colegrove v. Green*, 328 US 549 (1946).

133. *Baker v. Carr*, 369 US 186 (1962). Uitvoering: Y.S. Zemach, *Political questions in the courts* (Detroit 1976).

invoke the right to vote and to have their votes counted. But they are permitted to vote and their votes are counted. They go to the polls, they cast their ballots, they send their representatives to the state councils. Their complaint is simply that the representatives are not sufficiently numerous or powerful – in short, that Tennessee has adopted a basis of representation with which they are dissatisfied. Talk of “debasement” or “dilution” is circular talk. One cannot speak of “debasement” or “dilution” of the value of a vote until there is first defined a standard of reference as to what a vote should be worth. What is actually asked of the court in this case is to choose among competing bases of representation – ultimately, really, among competing theories of political philosophy – in order to establish an appropriate frame of government for the State of Tennessee and thereby for all the States of the Union.’

Het mocht niet baten. Het hof definieerde in latere uitspraken ‘what a vote should be worth’, zij het in zeer ruwe vorm, door het beginsel ‘one man – one vote’ (later voor alle zekerheid geformuleerd als ‘one person – one vote’) tot uitgangspunt te kiezen.¹³⁴ Maar de uitwerking daarvan in de verdere jurisprudentie stelde het voor problemen die het toch eigenlijk nauwelijks aan kon; het is in een meerderheidsstelsel in districten niet mogelijk tot een wiskundige gelijkheid van alle uitgebrachte stemmen te komen, en de hoofdvraag is daarom welke mate van ongelijkheid nog aanvaardbaar is. Maar het hof zette de state legislatures wel aan het werk; en dat was misschien ook wel nodig. De zwakte van het argument-Frankfurter, nl. dat hier een taak voor de vertegenwoordigende lichamen ligt, is dat deze instellingen er vaak juist belang bij hebben de *status quo* te handhaven; indien bijv. landelijke gebieden overgerepresenteerd zijn om een conservatieve meerderheid te verzekeren, zal diezelfde meerderheid niet gauw tot herindeling van districten overgaan. Het gevolg daarvan kan zijn dat het politieke proces als het ware wordt vervalst, doordat kunstmatige meerderheden worden geschapen of doordat bepaalde minderheden permanent onvertegenwoordigd of ondervertegenwoordigd blijven. Het hof heeft kennelijk gemeend dat hier alleen via constitutionele toetsing iets aan te doen was, en daarmee het risico aanvaard in de ‘political thicket’ terecht te komen. Dat kwam het dan ook wel, toen het steeds weer moest kiezen welk soort ongelijkheid eerder aanvaardbaar is dan welk ander soort ongelijkheid.

Een tweede vraag is in dit verband, in hoeverre de politieke organen zelf het gevoel gehad hebben dat het hof op hun terrein treedt, en in hoeverre zij gepoogd hebben daar iets aan te doen. Reeds Lincoln voelde zich diep ongelukkig over ’s hofs beslissing inzake de federale bevoegdheden met betrekking tot de geoorloofdheid van de slavernij¹³⁵; maar de gebeurtenissen namen daarna

134. Zie bijv. *Reynolds v. Sims*, 377 US 533 (1964).

135. Verg. nt. 109.

een wending die maakte dat over de slavernij op andere wijze zou worden beslist. Een hardnekkige vete heeft evenwel overheerst tussen het hof en progressief getinte presidenten over de geoorloofdheid van sociale en economische wetgeving. Het hof las, in een lange serie arresten van het eind van de 19e eeuw tot 1937, een waarborg voor de contractsvrijheid in de due process clause, met name in het daarin gehanteerde begrip 'liberty' (XIVe amendement voor zover het om staatswetgeving, Vte amendement voor zover het om federale wetgeving ging); en op deze grond sneuvelde menige wet. Er was in het begin van de eeuw nogal wat verontwaardiging toen het hof een arbeidswet van de staat New York onverbindend verklaarde, waarin aan bakkers werd verboden hun personeel meer dan 10 uur per dag of 60 uur per week te laten werken.¹³⁶ De beslissing was niet unaniem; Justice Holmes raakte in zijn dissenting opinion de kern van de zaak toen hij opmerkte:

'This case is decided upon an economic theory which a large part of the country does not entertain. If it were a question whether I agreed with that theory, I should desire to study it further and long before making up my mind. But I do not conceive that to be my duty, because I strongly believe that my agreement or disagreement has nothing to do with the right of the majority to embody their opinions in law ... I think that the word liberty in the Fourteenth Amendment is perverted when it is held to prevent the natural outcome of a dominant opinion, unless it can be said that a rational and fair man necessarily would admit that the statute proposed would infringe fundamental principles as they have been understood by the traditions of our people and our law. It does not need research to show that no such sweeping condemnation can be passed upon the statute before us.'

Het hof ging langs dezelfde lijnen voort in de daaropvolgende decennia. Er was wel politieke oppositie. President Theodore Roosevelt haalde een paar keer uit naar het hof; in zijn verkiezingscampagne van 1912 ontwikkelde hij zelfs een plan tot 'recall' van rechterlijke beslissingen langs democratische weg (maar hij verloor toen).¹³⁷ Tot een frontale botsing tussen President en hof leek het te komen toen de New-Deal-wetgeving van Franklin D. Roosevelt (Teddy's neef) door de rechtspraak van het hof werd ontmanteld. Dat gebeurde niet alleen op grond van de due process clause, maar ook door een restrictieve uitlegging van de federale bevoegdheden – vooral de interstate commerce clause, zoals wij hiervoor hebben gezien¹³⁸ – en door de mogelijkheid van delegatie van regelgevende bevoegdheid door het Congres aan de president in een aantal opzichten in twijfel te trekken. De verkiezingscampagne van

136. *Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905).

137. Zie William H. Harbaugh, *The life and times of Theodore Roosevelt* (Londen-Oxford-New York, new ed. 1975) hfdst. XXV.

138. Zie no. 20.

1936 had voor een belangrijk deel de doorzetting van de New Deal tot inzet, en Roosevelt werd met een overweldigende meerderheid herkozen; terwijl de campagne woedde, verklaarde het hof nog een wet van de staat New York over minimum-loon voor vrouwelijke werknemers in strijd met de due process clause.¹³⁹ 'Nine old men', zoals de President sarcastisch, en niet zonder een vleugje demagogie, opmerkte, die de verwezenlijking van de volkswil obstrueerden. Dadelijk na het begin van zijn tweede ambtstermijn kwam Roosevelt met een hervormingsplan te voorschijn, dat er op het eerste oog nogal onschuldig uitzag: naast elke rechter van boven 70 jaar zou een adjunct-rechter worden benoemd, om de taak van de oudere rechter te verlichten; de adjunct zou wel stemrecht in het hof hebben (de President benoemt Supreme Court judges, onder goedkeuring van de Senaat).¹⁴⁰ De publieke opinie nam het voor wat het waarschijnlijk was: een 'court packing plan'; er ontstond heftige oppositie, ook in kringen van aanhangers van de New Deal, tegen deze cavaliere wijze van omspringen met een van de gewichtigste organen uit het staatsbestel. De juridische commissie van de Senaat bracht een vernietigend rapport uit¹⁴¹, maar terwijl de Senaat nog beraadslaagde werd Saguntum gered: het hof ging om. Met de kleinst mogelijke meerderheid hield het een minimum-loonwet van de staat Washington overeind en verliet het de leer dat elke inbreuk op de contractsvrijheid *eo ipso* strijd met de due process clause zou opleveren.¹⁴² Toen de Senaat tenslotte het court packing plan verwierp, was het hof ook om op het punt van de interstate commerce clause¹⁴³, en was de president door een paar overlijdensgevallen in staat gesteld jonger bloed aan het hof toe te voegen. Van de laatste mogelijkheid maakte hij overigens gebruik door een paar van de meest uitnemende rechters te benoemen die het hof ooit heeft gekend (o.a. Frankfurter en Hugo Black). Een botsing van dezelfde hevigheid als in de jaren dertig heeft zich daarna niet meer voorgedaan; wel heeft president Nixon in de verkiezingscampagne van 1972 steun voor zijn verkiezing gezocht – en misschien ook wel verkregen – door felle aanvallen op de jurisprudentie van het hof inzake de schooldesegregatie.

Een derde vraag die men in dit verband kan stellen is in hoeverre een objectieve buitenstaander bij bestudering van de Amerikaanse jurisprudentie de indruk krijgt dat het hof op politiek terrein is getreden. Een antwoord is moeilijk te geven, omdat 'objectieve buitenstaanders' in dit opzicht niet bestaan: elke jurist redeneert vanuit een bepaalde wijze van zien die in belangrijke mate wordt bepaald door de rechtstraditie waarin hij is groot geworden. Men zou zich wel kunnen afvragen hoe een continentaal-Europees jurist, of in elk geval hoe een Nederlands jurist, op dit probleem zou reageren. Dit oordeel wordt

139. *Morehead v. New York ex rel. Tipaldo*, 298 US 587 (1936).

140. Art. 2 section 2 US Constitution.

141. Zie Gunther op. cit. (nt. 96) p. 170. Verg. over de gehele episode James McGregor Burns, *Roosevelt: the lion and the fox* (Londen 1956) hfdst. XV; Kelly and Harbison, op. cit. (nt. 37) hfdst. 27-28).

142. *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 US 379 (1937).

143. Zie nt. 112.

daarom aan de lezer zelf overgelaten; om het hem gemakkelijker te maken tot een oordeel te komen zullen wij nog pogen in het kort de ontwikkelingen te beschrijven op een van de, uit politiek gezichtspunt, meest kwetsbare onderdelen van 's hofs jurisprudentie, nl. die betreffende de equal protection.

22. Het gelijkheidsbeginsel

De Amerikaanse gelijkheidsjurisprudentie dekt een immense variëteit van gevallen, zodat wij er slechts enkele elementen uit kunnen lichten.¹⁴⁴

De grondwettelijke grondslag is te vinden in de (vlak na de Amerikaanse burgeroorlog totstandgekomen) amendementen XIII-XV; de belangrijkste rol heeft daarbij gespeeld de bepaling van het XIVE amendement dat 'no state shall... deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws'.¹⁴⁵ Lange tijd heeft het hof met deze bepalingen weinig uitgericht: het verzette zich niet tegen segregatie in het onderwijs, omdat het meende dat afzonderlijk onderwijs voor zwart en blank niet hoefde te betekenen dat de geboden faciliteiten ongelijk waren (de zgn. separate-but-equal-doctrine)¹⁴⁶; het duldde een aantal praktijken, soms van nogal bedenkelijk allooi, waardoor het aan de negerbevolking in de Zuidelijke staten in feite onmogelijk werd gemaakt het hun grondwettelijk toekomstige stemrecht uit te oefenen. De ex-slaven werden in het Zuiden onderworpen aan een patroon van segregatie en discriminatie, dat eventueel werd gehandhaafd met geweld door particulieren of particuliere organisaties, zoals de Ku Klux Klan – geweld waartegen niet of laks werd opgetreden; intussen leidde de snelle industrialisatie van het Noord-Oosten en het Midden-Westen tot massale migratie van zwarten naar de industriecentra, waar in de binnensteden al gauw een proces van ghettovorming inzette. Men liet het aanvankelijk allemaal over zich heen komen; ook de federale overheid toonde geen belangstelling. Pas in de hervormingsgezinde stemming die het bewind van Franklin Roosevelt mogelijk maakte, en die op haar beurt door dat bewind werd aangewakkerd, ontstond een nieuw 'commitment to egalitarian values', waaruit geleidelijk een nieuwe 'demand for an end to caste' voortkwam.¹⁴⁷ Het hof volgde deze ontwikkelingen aanvankelijk schoorvoetend¹⁴⁸, gaf er vervolgens, van 1954 af, in een aantal historische beslissingen leiding aan, bouwde op basis van die beslissingen een vrij

144. Zie voor een overzicht Louis Lusky and Michael Botein, *The law of equality in the United States*, in: T. Koopmans (ed.), *Constitutional protection of equality* (Leiden 1975) hfdst. II. Zie voorts, voor de achtergronden, J.R. Pole, *The pursuit of equality in American history* (Berkeley Cal. – Londen 1978).

145. Een soortgelijke waarborg tegen federale organen wordt gelezen in de due process clause van het Ve Amendement (een soort omgekeerde 'incorporation').

146. *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896).

147. De Amerikaanse uitdrukkingen zijn ontleend aan Lusky en Botein t.a.p. (nt. 144).

148. Zie bijv. *Smith v. Allwright*, 321 US 649 (1944).

snel escalerend stelsel van gelijkheidsjurisprudentie op, om daarna langzamerhand die escalatie weer wat af te remmen.

Het hof schakelde over in die hogere versnelling toen het in 1954 in *Brown v. Board of Education* en een paar gelijksoortige zaken uitdrukkelijk en onvoorwaardelijk de lang gekoesterde 'separate-but-equal-doctrine' overboord gooide¹⁴⁹: 'separate educational facilities are inherently unequal', heette het nu, en daarmee werd gesegregeerd onderwijs ongrondwettig. In het licht van alles wat daaraan voorafgegaan was, was dat een dramatische beslissing; en de reacties waren daar ook naar. De autoriteiten van de Zuidelijke staten weigerden aanvankelijk zich ernaar te schikken. President Eisenhower had in het najaar van 1957 federale troepen te zenden naar Little Rock, Arkansas, om de eerste twee negerleerlingen toegang te verschaffen tot de Central high school. Het juridische argument, dat de *Brown*-beslissingen alleen maar die staten bonden waartegen zij gewezen waren, werd door het hof verworpen: met een beroep op *Marbury v. Madison* – waarvan de kracht nogal dubieus is – verklaarde het dat 'the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution'.¹⁵⁰ Vluchtwegen, zoals een schema in de staat Virginia waarbij een aantal openbare scholen werd gesloten, met gelijktijdige subsidiëring van blanke kinderen voor bezoek aan particuliere scholen, werden eveneens ongrondwettig verklaard.¹⁵¹ En toen het hof zijn gezag, met behulp van de federale executieve, eenmaal verzekerd had, volgde een stroom van zaken over de juiste wijze van tenuitvoerlegging van het *Brown*-principe.

Voordat wij ons verder in deze schoolzaken steken, zullen wij eerst de escalatie in andere richtingen even proberen te volgen. Wanneer segregatie in het onderwijs 'inherently unequal' is, lijkt er weinig reden meer te zijn om welwillend te staan tegenover discriminatie van negers bij het gebruik van andere 'public facilities', zoals stranden, bussen, parken, tennis- en golfvelden, publieke tribunes van gerechten of vertegenwoordigende lichamen, en gevangnissen. Het hof besliste dienovereenkomstig.¹⁵² Daarnaast kwamen echter ook andere in de wetgeving gemaakte onderscheidingen dan die tussen zwart en blank op de tocht te staan. Een principiële uitspraak kwam in 1969, toen het hof een onderscheid dat voor de toepassing van bijstandsbepalingen werd gemaakt tussen ingezetenen van een staat – d.w.z. zij die daar al ten minste een jaar woonden – en niet-ingezetenen als ongrondwettig verwierp.¹⁵³ In volgende jaren sneuvelden ook bepalingen die voor bepaalde doelen onderscheid maakten tussen man en vrouw en tussen wettige en onwettige kinderen. In 1973 werd beslist dat een voorschrift van de staat New York, dat alleen Amerikaanse onderdanen toeliet tot de balie, en bepalingen die aan gedetineerden het stemrecht onthielden, strijd met de equal protection oplever-

149. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 US 483 (1954).

150. *Cooper v. Aaron*, 358 US 1 (1958).

151. *Griffin v. Prince Edward County School Board*, 377 US 218 (1964).

152. Zie bijv. *Mayor and City Council of Baltimore v. Dawson*, 350 US 877 (1955).

153. *Shapiro v. Thomson*, 349 US 618 (1969). De zaak had overigens betrekking op het District of Columbia, maar dat maakt in dit opzicht geen verschil.

den.¹⁵⁴ Het onderscheid dat gemaakt werd tussen gehuwden en ongehuwden stond in de weg aan de grondwettigheid van een wet van de staat Massachusetts waarbij het voorschrijven van bepaalde anti-conceptionele middelen door artsen werd geregeld¹⁵⁵; het hof ging de mogelijke rechtvaardigingen van het onderscheid voor de desbetreffende wetgeving na maar vond deze alle ontoereikend. Dat was een fikse uitbreiding van de beslissing in *Griswold v. Connecticut* waarin de vrijheid tot het gebruik van contraceptiva juist gekoppeld was aan het (niet in de grondwet genoemde) 'right to marital privacy'¹⁵⁶; thans scheen het hof de huwelijks staat voor deze materie irrelevant te achten. Chief Justice Burger verklaarde in zijn dissent:

'I see nothing in the Fourteenth Amendment or any other part of the Constitution which even vaguely suggests that these medicinal forms of contraceptives must be available in the open market. I do not challenge *Griswold v. Connecticut*, despite its tenuous moorings to the text of the Constitution, but I cannot view it as controlling authority for this case... By relying on *Griswold* in the present case, the Court has passed beyond the penumbras of specific guarantees into the uncircumscribed area of personal predilection.'

Deze laatste, nogal bijtende, passage brengt ons dan weer terug bij de kernvraag: bestaat er zoiets als een verzameling 'neutrale' beginselen aan de hand waarvan constitutionele problemen kunnen worden beslist?¹⁵⁷ En zo neen, waar ligt dan de grens tussen de judiciële en de politieke sfeer van besluitvorming? Het is niet uitgesloten dat het hof langzamerhand zijn stoutmoedigste periode achter de rug heeft; het wordt met name voorzichtiger zodra economische verschillen aan de orde komen. Weliswaar heeft het in een aantal opzichten de classificatie in rijk en arm inconstitutioneel geacht, en mede daardoor het verschaffen van rechtshulp aan minder draagkrachtigen tot een verplichting voor de staten gemaakt. Maar toen het hooggerechtshof van Maryland een bijstandsprogramma van de staat ongrondwettig achtte omdat het een algemeen plafond inhield van \$ 250. — per gezin per maand, zonder rekening te houden met gezinsgrootte, bijzondere behoeften e.d., ging dat het Supreme Court te ver.¹⁵⁸ En ook enkele andere arresten doen een voorzichtiger koers vermoeden.¹⁵⁹ Opvallend is echter dat van voorzichtigheid geen sprake schijnt te zijn wanneer het hof bepaalde praktijken niet rechtstreeks aan de grondwet heeft te toetsen, maar aan in de wet vastgelegde gelijkheidseisen, zo-

154. *Resp. In re Griffiths*, 413 US 717 (1973); *Goosby v. Osser*, 409 US 512 (1973).

155. *Eisenstadt v. Baird*, 405 US 438 (1972).

156. Verg. nt. 124.

157. Er is een bekend opstel van H. Wechsler, *Toward neutral principles of constitutional law*, 73 *Harv. L. Rev.* 1 (1959).

158. *Dandridge v. Williams*, 397 US 471 (1970).

159. *Bijv. San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 US 1 (1973).

als regels over non-discriminatie van de vrouw bij de aanstelling in openbare dienst.¹⁶⁰

De schoolzaken vormen bij uitstek het terrein waarop de politieke belangstelling – en soms de publieke woede – zich in Amerika richt. De aandacht viel in eerste instantie op het Zuiden, het traditionele territorium van de rassensegregatie. De 'boards' en 'councils' die het in de verschillende 'school districts' in dit opzicht voor het zeggen hadden, gaven tegen het eind van de jaren vijftig hun principiële verzet tegen de Brown-beslissing op; de districten stelden toen regelingen op gebaseerd op 'freedom of choice', d.w.z. de schoolieren (of hun ouders) konden dan zelf kiezen naar welke school te gaan, zonder aan ras of huidskleur ontleende bezwaren te ontmoeten. In feite leidde dit stelsel echter niet tot een belangrijke wijziging van het bestaande patroon: in een geval dat in 1968, veertien jaar na de Brown-beslissing, voor het hof kwam bleek dat geen enkel blank kind naar een vroegere 'zwarte' school was gegaan en dat 85% van de zwarte kinderen nog steeds naar 'all-black schools' ging.¹⁶¹ Het hof meende dat onder die omstandigheden het district nog steeds een 'dual system of schools' had, en dat zulks juist strijdig was met de grondgedachte van Brown. Daarom was in dit geval 'freedom of choice' niet voldoende om de grondwettelijke gelijkheid te verzekeren; het schooldistrict werd opgedragen 'to fashion steps which promise realistically to convert promptly to a system without a "white" school and a "Negro" school, but just schools'. De gevolgen van deze en gelijksoortige uitspraken zijn misschien nog wel belangrijker dan die van Brown zelf, en wel om twee redenen. In de eerste plaats bleek dat het hof niet alleen uit was op – juridische – desegregatie, maar ook op – feitelijke – integratie; en in de tweede plaats stelde het onomwonden dat het voor de bevoegde autoriteiten niet voldoende was om bepaalde obstakels op de weg naar die integratie te slechten, maar dat zij positieve stappen moeten nemen om dat resultaat te bereiken en dat het hof daarop controle zou uitoefenen (dat is wat later genoemd zou worden 'affirmative action'). En daarmee begonnen de problemen pas goed. Een actief beleid van schooldistricten kon misschien iets bereiken in het meer landelijke Zuiden, waar de beide bevolkingsgroepen gescheiden werden door een traditioneel leefpatroon maar niet door afzonderlijke woongebieden; een van de merkwaardigheden van het Zuiden was juist dat er, ondanks alle discriminatoire praktijken en diepgewortelde vooroordelen, betrekkelijk veel gewoon menselijk contact was tussen zwart en blank.¹⁶² In de stedelijke agglomeraties in het Noorden en Westen was daar geen sprake van: de negerbevolking, met uitzondering van enkele sociale stijgers, woonde er geheel apart en werkte er voor een groot deel apart. Welk middel konden schooldistricten in dat geval toepassen om tot geïntegreerd onderwijs te komen? In grote dis-

160. *Dothard v. Rawlinson*, 433 US 321 (1977).

161. *Green v. New Kent County School Board*, 391 US 430 (1968).

162. Verg. W.J. Cash, *The mind of the South* (New York 1941), die een indringend beeld geeft van de ontwikkeling der betrekkingen tussen beide bevolkingsgroepen na de Burgeroorlog.

tricten, die zowel zwarte als blanke wijken omvatten, werd de oplossing gevonden in 'bussing': enkele lagere rechters hadden beslist dat kinderen dan naar verder gelegen scholen moesten worden vervoerd om te bereiken dat de 'racial mix' in elke school die van het gehele district zou benaderen; het hof achtte dat een geoorloofd middel om een eind te maken aan het 'dual system of schools'.¹⁶³ Dat middel baat echter niet wanneer de districten zo gevormd zijn dat de meeste hetzij vrijwel geheel zwart hetzij vrijwel geheel blank zijn; en daar hoeft geen kwade wil achter te steken, nu in tal van agglomeraties de binnenstad zich tot negerghetto heeft ontwikkeld. Het hof overwoog 'inter-district remedies', waardoor kinderen uitgewisseld zouden worden tussen de districten, maar de kleinst mogelijke meerderheid van het hof wilde daar alleen maar aan indien de districtsindeling zelf strijd met de grondwet opleverde, d.w.z. blijk gaf van vooringenomenheid; dat zij feitelijk tot rassenscheiding leidde was niet genoeg.¹⁶⁴ De uitspraak van de lagere rechter, die 53 van de 85 schooldistricten van groter Detroit had aangewezen als een 'desegregation area' en die de voorbereiding gelast had van een 'effective desegregation plan' voor dit hele gebied, werd vernietigd. Justice Marshall, in zijn dissenting opinion, stelde dat het hof een 'giant step backwards' deed. Justice Powell had in een eerder dissent¹⁶⁵ al te kennen gegeven dat hij van het verschil tussen 'de iure' en 'de facto' segregatie af wilde: hij zou geneigd zijn te zeggen dat de schoolautoriteiten 'sufficiently responsible' waren zodra in belangrijke mate gescheiden onderwijs voorkwam. Het hof heeft die stap echter niet gezet.

Het is voor kinderen geen kleinigheid om gedwongen te worden scholen aan het andere eind van de stad te bezoeken wanneer een door hen of hun ouders goed geachte school net om de hoek is. Er was (en is) veel ontevredenheid, die zich ook in allerlei politieke actie heeft vertaald. Verschillende pogingen om tot federale 'anti-bussing legislation' te komen faalden, maar in 1974 kwam tenslotte een wet tot stand.¹⁶⁶ Het effect ervan bleek niet groot, misschien mede omdat uitdrukkelijk is bepaald dat de voorschriften ervan 'are not intended to modify or diminish the authority of the courts of the United States to enforce fully the fifth and fourteenth amendments'. Het einde van het 'bussing system' is nog niet in zicht; en er is nog steeds verzet. Bij een poging tot waardering daarvan moet men rekening houden met de deplorabele toestand van de Amerikaanse binnensteden; de zwarte woonwijken aldaar worden onveilig geacht en zijn het ook vaak. Nu kan men nog zozeer menen dat massale criminaliteit bij onderdrukte en straatarme minderheden verklaarbaar is — dat betekent nog niet dat men met geestdrift zijn kinderen naar scholen in deze buurten zendt; het offer dat men individueel moet brengen voor het nationale probleem van de schoolintegratie is dan erg groot.

163. *Keyes v. School District no. 1 Denver Colo.*, 413 US 189 (1973).

164. *Milliken v. Bradley*, 418 US 717 (1974).

165. In: *Keyes*, nt. 163.

166. Education Amendments Act, 1974.

Een vorm van 'affirmative action' die tot nieuwe problemen heeft geleid is het voorschrijven van quoteringsregels: een universiteit beslist bijv. dat een bepaald percentage van de beschikbare plaatsen voor zwarte studenten zal zijn. De raciale ongelijkheid wordt dan bestreden met maatregelen die zelf 'race-conscious' zijn. Het hof reageerde aanvankelijk nogal weifelend¹⁶⁷, maar het schijnt zijn weerstand later te hebben opgegeven: in een geval waarin het om openbare aanbestedingen ging aanvaardde het dat 10% van de opdrachten moest gaan naar ondernemers die tot minderheidsgroepen behoorden, in de wet nader omschreven als 'Negroes, Spanish-speaking, Orientals, Indians, Eskimos and Alents'.¹⁶⁸ Zulk soort regels kan weer nieuwe sociale spanningen oproepen.

Zijn er alternatieven? Er zijn wel federale appelrechters geweest die stadsbesturen gelast hebben herbouwplannen voor bepaalde buurten op te stellen en te verwezenlijken; daarvoor pleit dat aldus de achterliggende oorzaak van de feitelijke segregatie wordt aangepakt. Het procédé roept evenwel nogal wat vragen op. Kan men van grote steden met structurele financieringstekorten verlangen dat zij hun prioriteiten op het terrein van de ruimtelijke ordening door de rechter laten bepalen? En hoe kan een stadsbestuur zijn verantwoordelijkheid voor de openbare orde waarmaken wanneer er onlusten tussen bevolkingsgroepen ontstaan in een op rechterlijk bevel geïntegreerde buurt? Daarbij komt dat in een land als de VS, waar vrijheid van vestiging bestaat, niemand de garantie kan geven dat een voor geïntegreerde bewoning herbouwde buurt ook inderdaad een multiraciaal karakter zal vertonen, of zal blijven vertonen. De ervaringen zijn in dat opzicht nogal ontmoedigend. Een al wat langer geleden gerealiseerd herbouwplan voor Coney Island, Brooklyn, New York, dat uitdrukkelijk op rassenintegratie was gericht, leidde er slechts toe dat een aantal gepensioneerde blanke zeelieden zich aanvankelijk te midden van kinderrijke negergezinnen kwam vestigen, zodat de scholen al spoedig weer 'all-black' waren. Kan men dan het stadsbestuur, dat op zijn manier zijn best heeft gedaan, tot nieuwe miljoenenuitgaven nopen? Toch is herstructurering van het woonpatroon waarschijnlijk de enige mogelijkheid om tot een echte en blijvende onderwijsintegratie te komen; de staatsrechtelijke vraag is hoever de rechter kan gaan in het stimuleren of opleggen van maatregelen als onderdeel van dit proces.

23. De Duitse variant

Wij wenden ons thans tot het Duitse stelsel van Verfassungsgerichtsbarkeit, in een poging om de belangrijkste verschillen met het Amerikaanse recht vast te stellen.

Het eerste verschil betreft de organisatie van de rechtsbedeling in dit op-

167. *University of California v. Bakke*, 438 US 265 (1978).

168. *Fullilove v. Klutznick*, 48 USLW 4979 (1980).

zicht. Het Bundesverfassungsgericht is bij uitsluiting bevoegd uitspraken te doen over de onverenigbaarheid van wetgeving, van de Bund of van de Länder, met de federale grondwet, het Grundgesetz. Het heeft in dit opzicht geen algemene bevoegdheid: het komt slechts in actie wanneer het geadieerd wordt via een van de beroepsgangen die daartoe in het Grundgesetz of het Bundesverfassungsgerichtsgesetz zijn voorzien. Het Grundgesetz zelf regelt de 'Normenkontrolle', die in twee vormen voorkomt: er is 'abstrakte Normenkontrolle' indien de bondsregering, een landsregering of een derde deel van de leden van de Bundsdag (de rechtstreeks verkozen kamer van de federale volksvertegenwoordiging) zich tot het hof wendt om een beslissing te verkrijgen over de verenigbaarheid van bonds- of landsrecht met het Grundgesetz; en er is 'konkrete Normenkontrolle' in de gevallen waarin een rechter een uitspraak verlangt over de Verfassungswidrigkeit – wegens strijd met het Grundgesetz – van wetsbepalingen die hij in een bij hem aanhangig geding moet toepassen.¹⁶⁹ Niet door de grondwet maar door de wet werd de 'Verfassungsbeschwerde' ingevoerd: een algemeen beroep op het BVerfG dat iedereen toekomt die beweert dat de overheid zijn grondrechten of 'grundrechtsähnliche' rechten heeft geschonden; in 1969 is de Verfassungsbeschwerde ook in het Grundgesetz zelf verankerd.¹⁷⁰ De Verfassungsbeschwerde kan slechts worden ingesteld als andere procedures om tot handhaving van het grondrecht te komen geen resultaat hebben gehad; dit betekent dat de Verfassungsbeschwerde in feite vaak het karakter heeft van een soort super-appel, waarbij de vraag aan de orde komt of de eerder geadieerde rechters het grondrecht wel juist hebben getaxeerd. Het feit dat de Verfassungsbeschwerde een algemeen karakter heeft betekent niet dat zij altijd kan worden gebezigd: toen een paar administratieve rechters zich met een Verfassungsbeschwerde richtten tegen de uitspraak van een Verwaltungsgerichtshof dat hun beslissing had vernietigd, verklaarde het BVerfG hen niet ontvankelijk zonder na te gaan of één van hun grondrechten geschonden was; het ging hier, aldus het hof, om 'Meinungsverschiedenheiten zwischen Staatsorgane', en daarvoor was de Verfassungsbeschwerde niet bedoeld.¹⁷¹ Zo meende het hof ook dat de Verfassungsbeschwerde niet kon worden gehanteerd om beslissingen inzake de defensiepolitiek aan te vechten; in dat geval is er, aldus het hof, geen rechtstreekse band met de rechtssfeer van de klagers.¹⁷²

Een tweede verschil met de Amerikaanse situatie is dat het Grundgesetz een typisch moderne grondwet is: het dateert van 1949, is zeer uitvoerig en gedetailleerd en houdt een lange catalogus van grondrechten in, in een formulering die de stand van het midden-20e-eeuwse denken op dat stuk goed weergeeft. De bescherming van de privacy, die de Amerikaanse rechter zoveel moeite gaf¹⁷³, kon

169. Resp. Art. 93 Abs. 2 Nr. 2 GG; Art. 100 Abs. 1 GG.

170. Zie § 90 BVerfGG; Art. 93 Abs. 1 Nr. 4A GG.

171. BVerfGE 15 no. 27, Aussenhandelsstelle, 1963.

172. BVerfGE 66 no. 3, Mittelstreckenraketen, 1983.

173. Zie no. 20.

door het Duitse hof bijv. gebaseerd worden op het recht op vrije ontplooiing van de eigen persoonlijkheid, neergelegd in art. 2 van het Grundgesetz. Een bandopname, die tijdens een gesprek tussen twee zakenrelaties in het geniep was gemaakt, mocht daarom in een civiel geding niet als bewijs worden gebezigd: dat zou 'Verletzung des Persönlichkeitsrechts' zijn.¹⁷⁴ Het zou echter onjuist zijn uit het moderne en gedetailleerde karakter van de Duitse grondwet af te leiden dat zij weinig empooi zou bieden voor rechterlijke vindingrijkheid: de grondwet houdt een aantal termen in die zich voor velerlei interpretatie lenen (bijv. 'Würde des Menschen', 'demokratischer und sozialer Bundesstaat'), terwijl de constitutionele rechter bovendien door een systematische uitlegging van de grondwet beginselen heeft gevonden en verder ontwikkeld die in de tekst niet te vinden zijn.

Een derde verschil betreft de benadering van de toetsingsproblematiek door de rechter: het Bundesverfassungsgericht is op een aantal terreinen (niet op alle) wat terughoudender dan het US Supreme Court. Een van de middelen die daartoe worden gebezigd is de 'verfassungskonforme Auslegung': bij mogelijke strijd tussen de grondwet en een wetbepaling streeft het Duitse hof er bewust naar de laatste zò te interpreteren dat geen strijd aanwezig is. In de oudere Amerikaanse rechtspraak zijn ook wel voorbeelden van deze gedachtengang te vinden¹⁷⁵, maar in de jaren vijftig verdween hij langzamerhand uit het jurisprudentiële gezichtsveld. In de Bondsrepubliek wordt de techniek veel gehanteerd om onverbindendverklaring te voorkomen. Voor weigering van de eedsaflegging moest bijv. een 'gesetzlicher Grund' aanwezig zijn, en de toepasselijke wetgeving noemde daarbij niet bezwaren ontleend aan ongodsdienstigheid (een probleem, in Nederland welbekend); het BVerfG leidde evenwel uit het grondrecht van de geloofsvrijheid af dat ongodsdienstigheid een 'gesetzlicher Grund' moest zijn, ongeacht wat de eedswetgeving daar overigens zelf over inhield, zodat geen strijd met de grondwet aanwezig was.¹⁷⁶

Voor een vergelijking met de Amerikaanse rechtspraak zijn vooral twee vragen van belang, die niet identiek zijn, maar die in de Duitse rechtspraak zo verweven zijn dat zij moeilijk apart behandeld kunnen worden: de vraag naar het politieke gehalte van de uitspraken van het BVerfG en die naar de dynamiek die het hof betoont bij de uitlegging van grondwettelijke begrippen.

Dat het hof in sommige opzichten duidelijker een politieke rol heeft te spelen dan het Amerikaanse zusterorgaan, volgt uit de tekst van de grondwet zelf. De rechtsmacht van het hof is nl. met Normenkontrolle en Verfassungsbeschwerde niet uitgeput; de grondwet bepaalt ook dat meningsverschillen over de uitlegging van grondwettelijke bepalingen tussen bepaalde belangrijke staatsorganen aan het hof ter beslissing kunnen worden voorgelegd (de zgn. Organstreitigkeiten), en dat het verbod van politieke partijen wegens Verfas-

174. BVerfGE 34 no. 21, Tonbandaufnahme, 1973.

175. Met name Justice Brandeis, concurring, in *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 US 288 (1936).

176. BVerfGE 33 no. 3, Eidesleistung, 1972.

sungswidrigkeit door het hof moet worden uitgesproken.¹⁷⁷ Van de laatste mogelijkheid is destijds gebruik gemaakt om de (uiterst-rechtse) Sozialistische Reichspartei en de Kommunistische Partei Deutschland te verbieden.¹⁷⁸ Het Grundgesetz stelt slechts:

‘Parteien, die nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgehen, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, sind verfassungswidrig.’

Het hof had nogal wat woorden nodig (307 blz. in de Entscheidungen des BVerfG)¹⁷⁹ om te motiveren waarom de KPD in deze termen viel. Politiek gezien was het KPD-Urteil waarschijnlijk niet zo belangrijk (er ontstonden onder allerlei namen communistische mantelorganisaties, en toen het aan het koude-oorlogsfront wat rustiger werd volgde de oprichting van de Deutsche Kommunistische Partei die niet werd verboden); juridisch was het dat wel. Het hof deed nl. zijn best de ‘obersten Prinzipien der freiheitlichen demokratischen Grundordnung’ uit een aantal grondwettelijke regels en begrippen af te leiden, en uit begrippen die het weliswaar niet in de tekst van de grondwet vond maar die het daarin geïmpliceerd achtte. Daarmee ging het op zoek naar wat het zou noemen een ‘objektive Wertordnung’ die in het Grundgesetz neergelegd zou zijn. Deze Wertordnung is een soort amalgaam van verschillende constitutionele tradities die het hof zich geroepen acht te behoeden: grondrechtenbescherming, Gleichheit vor dem Gesetz, Rechtsstaat, Sozialstaat, federalisme, representatief stelsel, machtscheiding. Dit is een van de belangrijkste grondtonen in de jurisprudentie van het hof.

In de gedachtengang van het hof is de grondwettelijke Wertordnung in sommige opzichten preciezer omlijnd dan in andere; en op enkele gebieden biedt zij geen oplossing daar de grondwetgever uitdrukkelijk of stilzwijgend bepaalde opties heeft opgehouden. Zo besliste het hof al vrij spoedig dat het Grundgesetz geen keuze inhoudt voor een bepaald economisch stelsel: het is ‘wirtschaftspolitisch neutral’, zodat in dit opzicht de wetgever een grote keuzevrijheid geniet (slechts beperkt door grondrechten, Gleichheitsgrundsatz e.d.).¹⁸⁰ Gaat het echter om arbeidsrecht, om onderwijs of om welzijnsvoorzieningen, dan leidt het hof uit het begrip ‘Sozialstaat’ een aantal verzorgingsstaat-achtige richtlijnen af die door de wetgever moeten worden geëerbiedigd; enkele Länder, die in verband met de grote toeloop van studenten een *numerus clausus* aan medische faculteiten hadden ingevoerd, ondervonden dat het

177. Resp. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG; Art. 21 Abs. 2 GG.

178. Resp. BVerfGE 2 no. 1, SRP-Urteil, 1952; BVerfGE 5 no. 14, KPD-Urteil, 1956.

179. Zonder minderheidsopinions, die toen nog niet waren toegelaten (sinds 1971 wel, alleen bij het BVerfG).

180. BVerfGE 4 no. 2, Investitionshilfegesetz, 1954. Zie ook BVerfGE 12 no. 34, Volkswagenwerkprivatisierung, 1961.

hof hun slechts binnen enge grenzen vergunde te opereren.¹⁸¹ En bij de hantering van het begrip 'Rechtsstaat' wordt het hof nog veeleisender: het leidt er het beginsel van de Rechtssicherheit uit af, dat op zijn beurt 'Vertrauensschutz' met zich brengt. De burger moet niet alleen weten waar hij aan toe is, hij moet ook kunnen afgaan op verwachtingen die door overheidsoptreden bij hem zijn gewekt. Wetgeving met terugwerkende kracht is daarom onconstitutioneel, wanneer zij belastend voor de burger is.¹⁸² En de burger moet in staat zijn duidelijk in te zien welke normen voor hem gelden: toen een federale vestigingswet voor apotheken de bestaande rechtstoestand bevroor, terwijl het probleem juist was dat moeilijk was na te gaan hoe die toestand eruit zag, werd de wet *in toto* onconstitutioneel geacht (er waren bijv. regelingen van het vroegere vorstendom Lippe, die gedeeltelijk wel en gedeeltelijk niet gehandhaafd waren tijdens de aansluiting bij Pruisen, dat later zelf weer verdeeld werd tussen verschillende Länder met elk hun eigen wetgeving; de bevroeringswet was ook alleen maar als voorlopige noodwet bedoeld).¹⁸³ Er is derhalve een soort glijdende schaal van economische via sociale naar traditioneel juridische begrippen; misschien zou men ook kunnen zeggen dat naar gelang een beginsel meer 'juridificeerbaar' is, het toezicht van het constitutionele hof strenger wordt.

Dit brengt onder meer met zich mee dat het hof op verschillende terreinen poogt een evenwicht te vinden tussen keuzevrijheid van de wetgever en rechterlijk toezicht. Dit zoeken naar evenwicht is bijzonder goed waarneembaar in de rechtspraak op de Gleichheitsgrundsatz, het algemene beginsel van 'Gleichheit vor dem Gesetz' uit art. 3 lid 1 GG (er zijn ook 'specifieke' gelijkheidsbepalingen, bijv. tussen man en vrouw, wettige en onwettige kinderen, e.d.). In een van de eerste uitspraken daarover, uit 1951, heet het reeds dat de Gleichheitsgrundsatz slechts verbiedt

'dass Gleiches ungleich, nicht dagegen dass wesentlich Ungleiches entsprechend der bestehenden Ungleichheit ungleich behandelt wird. Der Gleichheitssatz ist verletzt, wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung nicht finden lässt, kurzum, wenn die Bestimmung als willkürlich bezeichnet werden muss.'¹⁸⁴

Dat laat de wetgever nogal wat ruimte: er is, aldus het hof, een 'Gestaltungsraum' voor de wetgever, een soort vrije marge waarbinnen het aan de wetgever staat om vorm te geven aan de Gleichheitsgrundsatz. Zolang de wetgever

181. BVerfGE 33 no. 22, Numerus clausus Medizinstudium, 1972. Kritische bespreking van de rechterlijke bemoeiingen met de universiteiten bij Ekkehart Stein, Staatsrecht (8e dr., Tübingen 1980) p. 202-207. Zie over het begrip Sozialstaat voorts BVerfGE 40 no. 15, Waisenrente für gebrechliche Kinder, 1975.

182. BVerfGE 13 no. 19, Grunderwerbsteuergesetz Hamburg, 1962.

183. BVerfGE 5 no. 7, Apothekenstoppgesetz, 1956.

184. BVerfGE 1 no. 10, Südweststaat, 1951.

niet in strijd komt met de specifieke gelijkheidsbepalingen (man-vrouw e.d.), staat het hem vrij classificaties aan te brengen; de constitutionele rechter respecteert die classificaties als zij maar 'sachlich begründet', 'nicht willkürlich' zijn, d.w.z. als de aard van het gemaakte onderscheid maar een rationele band vertoont met de aard van het geregelde onderwerp. In de nadere definiëring en toepassing van dit begrip 'Willkür' gaat het hof soms echter weer betrekkelijk ver. Toen een wet van het Land Baden-Württemberg de gemeenten machtigde een brandweerheffing op te leggen aan alle mannelijke inwoners tussen 18 en 60 jaar, achtte het hof strijd met de Gleichheitsgrundsatz aanwezig¹⁸⁵: indien de heffing bedoeld was als vervanging van een persoonlijke brandweerdienst, was het willekeurig om haar op alle mannen van een bepaalde leeftijdsgroep toe te passen, zonder een uitzondering voor minder validen te maken; was de heffing een baatbelasting, dan zou het willekeurig zijn om vrouwelijke huiseigenaren en rechtspersonen buiten schot te laten; en zo werden ook andere mogelijke redenen voor de belasting van deze ene groep nagegaan en alle verworpen.¹⁸⁶ Toch schijnt het Duitse hof bij de toetsing van wetgeving aan het gelijkheidsbeginsel minder ver te gaan dan het Amerikaanse: het hield bijv. een kiesdrempel van 5% in stand, en meende dat het de wetgever vrijstond ten aanzien van politieke partijen – voor onderwerpen als subsidiëring en zendtijdverdeling – verschil te maken tussen wel en niet in de Bondsdag vertegenwoordigde partijen.¹⁸⁷ Daar staat tegenover dat het hof vrijwel geen enkele speelruimte laat aan de wetgever wanneer de specifieke grondwettelijke gelijkheidsbepalingen in het geding zijn. Zo achtte het regels van internationaal privaatrecht die vastknopen aan de nationaliteit van de man – bijv. voor bepaling van de wet toepasselijk op het huwelijksvermogensrecht – in strijd met de gelijkheid van man en vrouw en daarom onverbindend.¹⁸⁸

De gedachte van het Gestaltungsraum duikt ook elders in de rechtspraak op. Toen onder bondskanselier Brandt de verdragen met de Oostbloklanden tot stand kwamen (de 'Ostverträge' en het basisverdrag met de Oostduitse zusterstatie DDR), bleek het hof niet te vinden voor toetsing: een Verfassungsbeschwerde tegen goedkeuring van de Ostverträge werd niet-ontvankelijk verklaard, terwijl een klacht van de Beierse staatsregering (zoals de landsregering daar heet) tegen het verdrag met de DDR werd verworpen.¹⁸⁹ In een 'Leitsatz' bij het laatste arrest (het 'kopje' bij het arrest dat het hof zelf redigeert) heet het: 'Der Grundsatz des judicial self-restraint sieht darauf ab, den von der Verfassung für die andere Verfassungsorgane garantierten Raum freier

185. BVerfGE 9 no. 31, Feuerwehrbeitrag, 1959.

186. De techniek doet denken aan die gehanteerd in Eisenstadt v. Baird, nt. 155.

187. Resp. BVerfGE 6 no. 10, Sperrklausel, 1957; BVerfGE 3 no. 4, Gesamtdeutsche Volkspartei, 1953.

188. BVerfGE 63 no. 12, Irakischer Ehemann, 1983.

189. Resp. BVerfGE 36 no. 1, Grundlagenvertrag, 1973; BVerfGE 40 no. 16, Ostverträge, 1975.

politischer Gestaltung offenzuhalten.' Justice Frankfurter zou het niet korter (zij het wel fraaier) hebben kunnen zeggen.¹⁹⁰

Om dit korte relaas over de toetsing in de Bondsrepubliek in het juiste licht te zien, dient men enkele andere overwegingen in zijn beschouwingen te betrekken. In de eerste plaats deze, dat de rechtspraak van het BVerfG vooral van belang is geweest voor de interpretatie van de grondrechten – bij dat chapter komen wij er op terug. In de tweede plaats vertoont de activiteit van het hof, hoewel pas onder het Grundgesetz aangevangen, allerlei verbanden met eerdere rechtsontwikkelingen in Duitsland, zowel onder het Keizerrijk als onder de Republiek van Weimar. De gedachte van het Gestaltungsraum toont bijv. een treffende parallel met de gedachte van het 'freies Ermessen der Verwaltung', die in het 19e-eeuwse Duitse administratiefrecht reeds opduikt (en waarop wij eveneens terugkomen). Zo is ook de sterke nadruk op de Rechtsstaatlichkeit slechts te begrijpen tegen de achtergrond van het recente Duitse verleden: het Nazi-bewind heeft zich aanvankelijk geïnstalleerd met eerbiediging van de meeste constitutionele spelregels – het maakte daar alleen gebruik van om dingen te doen die met de strekking van die regels volmaakt in strijd waren. Er is in dat verband wel gesproken van 'Perversion von Rechtsordnungen'.¹⁹¹ Dat de nadruk in de constitutionele rechtspraak minder dan in de VS valt op interventie gericht op het zuiver laten verlopen van het 'political process', en meer op het stellen van een aantal globale rechtmatigheidseisen waaraan het resultaat van dat proces moet voldoen, is in zoverre niet geheel onbegrijpelijk. Dat het Duitse hof hiermee buiten de 'political thicket' is gebleven kan men daarom nog niet zeggen: het KPD-Urteil wijst in andere richting (ondanks alle strevingen naar 'juridificering'), en ook de nogal betwiste uitspraak waarbij federale wetgeving tot liberalisering van abortus inconstitutioneel werd verklaard bracht het hof in het hart van de politieke strijd.¹⁹²

190. Zie ook Hans-Peter Schneider, Sibyllinisch oder Salomonisch? Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Parlamentsauflösung, NJW 1983 p. 1529.

191. Zie Fritz von Hippel, Die Perversion von Rechtsordnungen (Tübingen 1955).

192. BVerfGE 39 no. 1, Schwangerschaftsabbruch, 1975; de minderheid van twee omvatte de enige vrouwelijke rechter.