

I. DE MACHT VAN DE FEITEN

*Dekanaal openingscollege op 18 september
1973 uitgesproken bij de aanvang van het
collegejaar 1973/74 van de juridische
faculteit der Rijksuniversiteit te Leiden.*

Dames en heren,

Bij de aanvang van het collegejaar heet ik U van harte welkom, en dat welkom strekt zich in het bijzonder uit tot de eerstejaars onder U. Studeren te Leiden is volgens sommigen een groot voorrecht. Zelf kan ik dat niet helemaal beoordelen, omdat ik in Amsterdam heb gestudeerd. U hoeft daar niet bang bij te kijken; op mijn vakgebied, het staatsrecht, ben ik geen aanhanger van een 'Amsterdamse school' – voor zover zo iets al bestaat. Wel bewaar ik goede herinneringen aan mijn studie van het staatsrecht te Amsterdam: mijn leermeester, George van den Bergh, was een bijzonder man, niet alleen door zijn ruime belangstelling voor de meest uiteenliggende problemen, maar ook door zijn gaven als docent. Hij was met name in staat om zeer ingewikkelde juridische vragen met eenvoudige voorbeelden en anecdotes te illustreren.

Zo had hij veel succes met het verhaal van de Berlijnse hoogleraar die in 1920 nog steeds het staatsrecht van het Duitse Keizerrijk doceerde. Want, zo zei deze man, de grondwet van het Keizerrijk bepaalt precies op welke wijze een wijziging in die grondwet kan worden aangebracht, en revolutie is daarbij niet als een van de wijzigingsmethoden genoemd. Dat klopt ook: art. 78 van de Reichsverfassung van 1871 stelt uitdrukkelijk dat 'Veränderungen der Verfassung erfolgen im Wege der Gesetzgebung'.

U lacht nu meewarig om deze professor, maar wij weten dan ook hoe het is afgelopen: de Kaiser ging naar Doorn en kwam niet terug. Maar veronderstel nu dat een Nederlandse hoogleraar in 1941 een betoog van ongeveer de volgende inhoud had gehouden: 'Wij hadden een Koninkrijk, met een parlementaire democratie die in stagnatie was geraakt; thans hebben wij met dat regime gebroken, evenals met het verouderde individualisme waar het op steunde en met de ontaarding van het kapitalistische systeem waar het toe leidde; door de feitelijke ontwikkeling hebben wij nu een bewind waarin het gezag is verdeeld tussen Nederlandse ambtenaren en de Duitse Rijkscommissaris voor het bezette gebied, in afwachting van de plaats die Nederland in het nieuwe Europa zal vinden'.

Als U nu weer lacht, lacht U om precies het omgekeerde als zopas. De Nederlandse hoogleraar houdt juist wél rekening met de feiten, terwijl zijn Duitse collega deze verwaarloosde. U zult misschien zeggen dat de twee gevallen niet vergelijkbaar zijn, omdat in het Nederlandse geval de wettige Regering te Londen zetelde, waar Koningin en Ministers hun toevlucht hadden gezocht. Dat is wel juist, maar ook de presidenten en de ministers van Estland en Letland zetelden toen in Lon-

T. Koopmans, 'De macht van de feiten: twee juridische colleges' in: De macht van de feiten, Deventer: Kluwer 1974, pp. 3-9. [Juridisch Stippelwerk]

den; zij zijn alleen door het verloop van de oorlog niet in staat gesteld om als Regering naar hun land terug te keren.

Het probleem van de Berlijnse hoogleraar is derhalve niet zo simpel als het op het eerste gezicht lijkt.

Stel dat volgende week onze Minister-President, met steun van zijn collega-ministers, beveelt de Koningin te gijzelen, dat hij de Staten-Generaal ontbindt, politieke partijen verbiedt en de heer Wiegel naar Ameland verbant; en stel dat leger en politie hem gehoorzamen. Dan houdt alles op, zult U zeggen: dan verkeren wij in een volkomen rechteloze toestand. Zó gauw kunt U echter juridische problemen niet van de tafel poetsen. Want veronderstel verder dat de Koningin een binnengesmokkelde radiozender weet te bemachtigen en langs die weg leger en politie oproept om haar te gehoorzamen en niet haar Minister-President: hoe is dan de juridische situatie, en aan wie moeten burgers en militairen dan gehoorzamen? Of – omgekeerde veronderstelling – de Minister-President weet zijn positie te behouden en te stabiliseren: wat is dan voortaan een geldig voorschrift, nu Koning en Parlement als wetgevend orgaan zijn uitgevallen? Rechters, administratie en burgers moeten toch ook in die situatie weten waaraan zij zich te houden hebben.

De kans op dit soort ontwikkelingen is in Nederland niet erg groot: onze huidige Minister-President heeft de naam slordig gekleed te zijn, maar weinigen zullen hem verdenken van de neiging een staatsgreep te wagen in de geest als ik U spelenderwijs voor ogen poogde te toveren. Elders gebeurt zoiets wel eens. Het geschiedde o.a. in Ghana in 1966, bij de val van Kwame Nkrumah.

Nkrumah was de oprichter van de toentertijd belangrijkste politieke partij in Ghana, de partij die in feite het land naar de onafhankelijkheid voerde. Hij was de eerste Minister-President van Ghana, eerst onder koloniaal bewind, later onder de pas verworven onafhankelijkheid. Zijn partij verkreeg grote meerderheden bij verkiezingen; na invoering van een nieuwe grondwet werd Nkrumah President van de Republiek Ghana, nog later President voor het leven. Gaandeweg werden andere politieke partijen verboden en vond een ontwikkeling plaats in autoritaire richting.

Toen Nkrumah in 1966 op statiebezoek was in Peking, grepen leger en politie de macht. Het was een bloedeloze staatsgreep: vrijwel niemand stak een vinger voor Nkrumah uit. Sommigen hebben daaruit afgeleid dat het militair bewind door de bevolking aanvaard werd. Men kan zich afvragen of dat zou kunnen blijken uit het ontbreken van verzet. Aan de vooravond van de coup huldigden tallozen de leer dat Nkrumah sterk gesteund werd door de Ghanese bevolking, ook al op grond van het feit dat van daadwerkelijk verzet tegen zijn bewind geen sprake was. In elk geval: het militaire bewind organiseerde in 1966 een constitutioneel systeem, waarbij de hoogste macht toekwam aan een 'raad', de National Liberation Council, bestaande uit de officieren die de coup hadden voorbereid of uitgevoerd. De N.L.C. wendde zich tot de bevolking met een 'Proclamatie', waarin zijn instelling bekend werd gemaakt en waarin tevens te kennen werd gegeven dat de Council voortaan bij decreet zou regeren; de Proclamatie hield verder bepalingen in over de geldigheid en de bekendmaking van deze decreten.

U heeft misschien intussen begrepen dat het onderwerp van dit college is: de macht van de feiten. Dat onderwerp komt U reeds in het begin van Uw rechtenstudie tegen, maar dan in onschuldiger termen: U steelt een boek en verkoopt dat op een jaarmarkt, wordt de koper – die van niets weet – dan eigenaar of niet? Het probleem van het boek wordt echter opgelost binnen een stelsel van geldige voorschriften, terwijl bij een staatsgreep de geldigheid van de voorschriften zélf in het geding is. Of, anders gezegd: het staatsbestel zelf, d.w.z. de geldigheid van de gehele rechtsorde waaronder men leeft lijkt op het spel te staan.

Nu zult U denken dat, gegeven het belang van het probleem, de rechtswetenschap daarover wel een theorie moet hebben ontwikkeld. In dit opzicht moet ik U teleurstellen: er zijn *vele* theorieën over, en m.i. zijn ze geen van alle erg bevredigend. Het is dan ook een moeilijke materie, die samenhangt met de netelige vraag wat 'recht' eigenlijk is. Het voert te ver daarop thans in te gaan.

Eén theorie wil ik er echter uit lichten, omdat deze aan de ene kant zeer invloedrijk is, en aan de andere kant toch buitengewoon eenvoudig. Het is de zgn. zuivere rechtstheorie of 'reine Rechtslehre', waaraan vooral de naam van de Oostenrijkse jurist Hans Kelsen is verbonden. Ik zal pogen deze theorie, voor zover voor ons onderwerp van belang, zeer beknopt en schematisch weer te geven.

In de zuivere rechtstheorie is de jurist degene die zich met juridische vragen pleegt bezig te houden. Het kenmerk van juridische vragen is dat zij binnen een bepaald rechtssysteem tot een oplossing kunnen worden gebracht. De hoofdvraag is dan wat een 'rechtssysteem' is. Welnu, daaronder verstaat men een onderling samenhangend geheel van voorschriften en bepalingen, beslissingen, overeenkomsten, enz. Binnen dat geheel van voorschriften enz. bestaat een zekere hiërarchie: eerst komt de wet, dan volgen uitvoeringsvoorschriften en -bepalingen in verschillende gradaties (voor Nederland zou men kunnen denken aan Koninklijke Besluiten, ministeriële beslissingen, aanslagen van de Inspecteur der Belastingen). Er is dus een vaste verhouding tussen bv. de wet enerzijds, provinciale en gemeentelijke voorschriften anderzijds. Die verhouding is dan aldus geregeld dat de geldigheid van de lagere voorschriften altijd is terug te voeren tot de geldigheid van de hogere voorschriften. De enige vraag die overblijft is die, waarop de geldigheid van de hoogste voorschriften dan steunt. De zuivere rechtstheorie stelt nu dat aan elk rechtssysteem een 'Grundnorm' ten grondslag ligt die dit ultieme geldigheidsprobleem beheerst: op die Grundnorm is als het ware alles terug te voeren. De Grundnorm is voor de rechtswetenschap en voor de juristen een *gegeven*; op basis daarvan kunnen zij aan de slag gaan. Het rechtssysteem krijgt zodoende de vorm van een omgekeerde pyramide: aan de voet de Grundnorm, daarop steunend de wetten, daar weer op steunend de verschillende soorten lagere regelingen en uitvoeringsvoorschriften enz. De vraag van de gelding van de Grundnorm is in deze opvatting geen juridisch probleem: het is een politiek probleem, of een ethisch probleem, maar de jurist als zodanig behoeft zich er het hoofd niet over te breken. Voor de rechtswetenschap wordt de Grundnorm dan iets als het axioma in de wiskunde.

Ons probleem is aldus opgelost – nl. doordat het wordt geëlimineerd, of althans ter oplossing aan anderen wordt overgelaten. Hierin schuilt goeddeels de bekoring

van de zuivere rechtstheorie: men krijgt een mooi sluitend bouwwerk. Als men de Grundnorm eenmaal aanneemt, kan men netjes uitrekenen hoe alles juridisch in elkaar zit.

Maar – *chassez le naturel, il revient au galop*. Ook al noemt men het probleem niet-juridisch, de jurist krijgt er wel mee te maken, niet alleen als geïnteresseerd staatsburger, maar juist ook in de uitoefening van zijn juristenambt. Zo moest de Ghanese rechter al gauw in 1966 beslissen of de opzet van de National Liberation Council al dan niet als richtinggevend moest worden aanvaard; zulk een beslissing komt in wezen neer op een uitspraak over de geldigheid van de Proclamatie van 1966. Ook in andere opzichten heeft de Ghanese rechter zich wel met dit soort problemen bezig moeten houden. Een van de aardigste gevallen op dit stuk was de procedure *Sallah v. Attorney General of Ghana*, waaraan ik nu enige aandacht zal wijden.

De voorgeschiedenis van deze zaak was de volgende. Na 1966 herstelde de N.L.C. het parlementaire systeem – iets wat betrekkelijk zeldzaam is na een militaire staatsgreep. Er kwam een nieuwe grondwet, in 1969; er werden parlementsverkiezingen gehouden; op basis daarvan werd een nieuwe regering gevormd met Dr. Busia (oud-medewerker aan deze Universiteit) als Prime Minister. Op hetzelfde moment trad de N.L.C. af – de officieren vertrokken weer naar hun onderdelen. Een van de laatste decreten van de N.L.C. hield in dat ambtenaren, aangesteld ‘onder het gezag van’ de N.L.C. binnen een bepaalde termijn konden worden ontslagen. De bedoeling daarvan was waarschijnlijk om de nieuwe Regering niet al te veel te binden aan de erfenis van haar voorganger. Busia maakte van deze bepaling een ruim gebruik, naar men fluisterde mede om politieke tegenstanders te treffen, of althans uit het ambtelijk apparaat te verwijderen. Daarbij werden ook ambtenaren ontslagen die niet door de N.L.C. waren aangesteld maar daarvóór, onder Nkrumah. Eén van deze ambtenaren, Sallah, wendde zich tot de rechter om een beslissing te krijgen over de wettigheid van zijn ontslag. Ghana kent niet, zoals Nederland, een speciale ambtenarenrechter, zodat de gewone rechter een uitspraak moest doen. In hoogste instantie was dat het Supreme Court of Ghana, dat in 1970 arrest wees.

Wat heeft Kelsen nu hiermee van doen? Het probleem was dat de wetstekst ontslag mogelijk maakte van ambtenaren aangesteld onder het gezag van de N.L.C., en dat er iemand ontslagen was die vóór het aantreden van de N.L.C. al in dienst was. De vertegenwoordiger van de Regering, de Attorney General, verdedigde nu voor het Hof de volgende stelling: in 1966 werd de gehele rechtsorde als het ware omvergegooid en door een andere vervangen; de N.L.C. stelde in haar Proclamatie dat de tot dan toe geldende wetgeving bleef gehandhaafd zolang geen andersluidende decreten waren uitgevaardigd; die oude wetgeving gold dus voortaan *krachtens* de Proclamatie. Met andere woorden: *alles* verloor in 1966 zijn geldigheid, de N.L.C. was voortaan de bron van alles wat geldig was. Toepassing van deze stelling op Sallah betekent dat er *natuurlijk* sprake was van een aanstelling onder het gezag van de N.L.C., immers er was geen ander gezag: een aanstelling die voordien was geschied verloor alle kracht op het moment van de coup. Er

konden domweg geen andere geldige voorschriften zijn waarop Sallah's aanstelling kon steunen dan die welke door de N.L.C. waren uitgevaardigd en die waarvan de werking door de N.L.C. tijdelijk was verlengd.

U zult, hoop ik, in die stelling van de Attorney General de Grundnormleer herkennen; het Ghanese Supreme Court deed dat in elk geval wel. Het moest derhalve uitmaken of die leer juist was: de wettigheid van het ontslag van Sallah hing af van de vraag of de gebeurtenissen van 1966 de geschetste breuk in de rechtsorde hadden gebracht. Vier Ghanese rechters gaven daarover hun oordeel (op de vijfde, die niet deelnam aan het wijzen van het arrest, kom ik straks nog terug). Zij deden dat overeenkomstig de Britse traditie: er wordt dan niet één collectieve uitspraak geformuleerd door rechtbank of gerechtshof, maar elk van de rechters formuleert zijn eigen mening, en voor de conclusie gelden de meeste stemmen. Men ziet in de Sallah-zaak dus het zeldzame tafereel van vier Afrikaanse rechters die in hun officiële kwaliteit gaan polemiseren met een Europese rechtsfilosoof. Ik geef U vast het resultaat: zij gaven Sallah gelijk, de Attorney General en Kelsen ongelijk.

Justice Archer haalt in zijn opinie een aantal Engelse en Amerikaanse schrijvers aan om te laten zien dat Kelsens opvattingen wel betwist zijn. Hij vraagt zich bovendien af of deze Europese theorie wel op de Afrikaanse werkelijkheid toepasbaar is. Wat de Proclamatie van 1966 betreft zou men er in elk geval niet veel mee opschieten: wat deed de Proclamatie anders dan de N.L.C. instellen, en van wie was de Proclamatie anders afkomstig dan van de N.L.C. zelf? Wat is dan norm voor wat? 'If we were to rely on Kelsen's *Grundnorm*, we shall, like the Greek Sisyphus in Tartarus, be condemned to push a heavy stone up to the summit of a hill just to roll down to the bottom of the hill for us to push it up again'. En tevreden voegt hij toe: 'So much for Kelsen'.

Justice Anin gaat op dit punt niet in. Hij poogt vast te stellen wat doel en strekking waren van het N.L.C.-decreet, vooral aan de hand van uitspraken uit de tijd toen het tot stand kwam. Uit zijn overzicht concludeert hij dat Sallah in dit opzicht gelijk heeft: in de lezing van de Regering zou eigenlijk iedere ambtenaar ontslagen kunnen worden, en het zou dan niet zijn in te zien waarom het decreet de ontslagbevoegdheid beperkt tot ambtenaren aangesteld onder het gezag van de N.L.C.

Justice Sowah is vrij kort. Hij 'derives not much assistance from foreign theories', en merkt voorts op dat wetenschappelijke theorieën niet een soort 'immutable laws or divine decrees' zijn. Daar is uiteraard geen speld tussen te steken, maar het betekent nog niet dat die theorieën onjuist zijn.

De opinie van Justice Apaloo is het belangwekkendst. Hij begint te stellen, als zijn collega Anin, dat het regeringsstandpunt erop neerkomt dat het N.L.C.-decreet de mogelijkheid zou scheppen om *alle* ambtenaren te ontslaan. Zulk een ontslagbevoegdheid, zo vervolgt hij, zou strijdig zijn met de normale juridische waarborgen voor de continuïteit van de publieke dienst. Dat betekent niet dat de wetgever niet toch die bevoegdheid zou kunnen verlenen, maar als hij het bedoeld had zou hij het wel erg duidelijk hebben moeten zeggen – en dat is niet gebeurd. Daarna verwerpt hij uitdrukkelijk de leer dat de Proclamatie van 1966 een breuk in de rechtsorde zou hebben gebracht. De Proclamatie, zegt hij, 'announced to the people of Ghana that the army and police assumed the government of Ghana with the

support of the people'. Ik verzoek U te letten op de subtiele humor die hier in het tweemaalig gebruik van het woordje 'people' schuilgaat. 'It then established', zo gaat hij voort, 'a Council to run the government and gave itself power to legislate by decree. The fact that all decrees were said to be made pursuant to it, shows no more than that it is the self-assumed source of legislative power'. En verder: 'My view is, that the only office established by the Proclamation is the office of the National Liberation Council'. Het komt er dan op neer dat Justice Apaloo uitgaat van de continuïteit van de ontwikkeling van de rechtsorde; hij poogt de breuk die daarin door politieke handelingen of geweld ontstaat, zo smal mogelijk te houden. Een standpunt dat, lijkt me, ook menig Europees jurist juist zal voorkomen.

De Sallah-zaak is intussen niet alleen interessant wegens zijn Kelseniaanse aspect. Ik zei U reeds dat aan het wijzen van het arrest niet werd deelgenomen door de vijfde rechter – wiens naam ik U kiesheidshalve verzwijgen zal. Uit de stukken blijkt nl. dat hij bang was voor reacties van de kant van de Regering. Er was een zekere moed voor nodig om in 1970 carrément tegen de Regering-Busia in te gaan. Na het bekend worden van de uitspraak hield de Prime Minister dan ook een soort donderrede voor de radio, waarin hij de rechterlijke macht ervan betichtte de verwezenlijking van de volkswil te saboteren. Ook tijdens het geding waren er trouwens wel pogingen van de Regering geweest om de uitslag te beïnvloeden.

Eén kleine scène daaruit wil ik U niet onthouden. Na de pleidooien, toen het Hof dus al over de uitspraak aan het beraadslagen was – en misschien was daarvan iets naar buiten doorgedrongen – verzocht de Attorney General het Hof om twee rechters, nl. Apaloo en Sowah, door andere te vervangen. Zij zouden nl. partijdig zijn, en daarom als het ware gediskwalificeerd moeten worden van verdere deelneming aan de behandeling. In het Nederlandse procesrecht noemen we dat 'wraking'; in het Engelse recht bestaat een soortgelijke rechtsfiguur, die met zich meebrengt dat rechters op verzoek van een van de partijen van behandeling van de zaak worden uitgesloten indien er 'likelihood of bias' bij hen aanwezig is. De Attorney General beweerde nu dat de twee te wraken rechters boezemvrienden waren van Sallah. De laatste ontkende dit, zodat de wederpartij, de Regering, haar bewering met bewijs moest zien te ondersteunen. Naast enige stukken (waar weinig uit bleek) zouden getuigenverklaringen de bewijsvoering moeten vormen. Een kamer van het Hof waarin de twee litigieuze rechters geen zitting hadden kreeg dit zgn. wrakingsincident te beoordelen. Twee getuigen werden gehoord, die verklaarden op een bepaalde dag pelgrims te hebben weggebracht naar het vliegtuig voor Mekka, na het afscheid getweeën te hebben gedineerd in het Continental Hotel in de buurt van het vliegveld, en daar gezien te hebben dat Apaloo en Sallah met twee dames in avondkleding reeds aan een ander tafeltje aan het dineren waren; aan dit tafeltje zou een zeer amicale, zo niet intieme sfeer hebben geheerst. Bij nader onderzoek bleef van dit verhaal niets overeind: op het moment dat de passagiers voor het vliegtuig naar Mekka zich moesten melden was het Continental Hotel al gesloten voor nieuwe gasten; uit de hoteladministratie bleek dat er die avond slechts één tafeltje voor twee personen was gedekt, dat deze twee personen gearriveerd waren vóór de twee gezelschappen van vier die er die avond hadden gegeten, en dat de twee personen zich hadden tegoedgedaan aan wijn en varkens-

vlees – voor Mohammedanen, zeker als zij net pelgrims hebben weggebracht, een vreemde bezigheid. Vier rechters gaven een korte gezamenlijke opinie, geformuleerd door Justice Amissah, waarin met het verhaal korte metten werd gemaakt. De vijfde rechter, dezelfde die zich aan de behandeling van de hoofdzaak zou onttrekken, achtte zich echter door de bewijsvoering overtuigd: er was z.i. voldoende 'likelihood' dat de beide rechters bevooroordeeld zouden zijn.

Zo toont de Sallah-zaak twee kanten van de houding van de jurist ten opzichte van de feiten (niet voor niets noemde een commentator de zaak dan ook 'manna for jurisprudes'). Aan de ene kant moet de jurist zich een standpunt vormen over de invloed van de feiten op de geldigheid van het recht, zich afvragen wat rechte de situatie is na ingrijpende politieke gebeurtenissen; dat eist een grote mate van inzicht, maar ook, gegeven de stand van de theorie in dit opzicht, een stuk creativiteit, of, zo U wilt, intellectueel exploratievermogen. Aan de andere kant moet de jurist ook karakter tonen, de zedelijke moed opbrengen om desnoods impopulaire beslissingen te nemen of voor te staan. Er zijn bepaalde essentiële waarden die hij niet mag verloochenen, en dat eist durf. In sommige landen gooit het publiek gauw met stenen, in andere pogen machthebbers pressie uit te oefenen, en soms gebeurt allebei.

Behalve de theoretische vraag van de geldigheid van regels is er dus ook de praktische vraag van het eigen gedrag.

Dat laat ons iets zien van de wijze waarop de jurist werkt. Hij is toeschouwer en speler tegelijk. Hij is toeschouwer, omdat hij de ontwikkeling van het recht gadeslaat en probeert te begrijpen, en daarover theoretiseert. Maar hij is tevens speler, omdat hij ook zelf op de planken van het juridisch spektakel staat en daar een rol speelt, en zo mee bouwt aan de rechtsontwikkeling.

In die dualiteit van schouwen en spelen, van reflecteren en handelen, van theorie en praktijk, schuilt de bekoring van ons vak.

Naschrift

1. De beide uitspraken *Sallah v. Attorney General* zijn te vinden in Gyandoh & Griffiths, *A sourcebook of the constitutional law of Ghana*, vol. II part 2 (Accra 1972), p. 487-511. Over het arrest in de hoofdzaak ook Date-Bah, 20 *Internat. Compar. Law Quarterly* 315 (1971).
2. De publikatie van dit openingscollege mag mede geacht worden tot tegenbewijs te dienen van de stelling van F. J. F. M. Duynstee, dat 'de staatsrechtwetenschap betrokken (is) op een éénmalig historisch gegeven, de Nederlandse staat' (p. I van de inleiding tot de preadviezen voor een staatsrechtelijk symposium te Nijmegen op 14 december 1973, over 'object en methode van de staatsrechtwetenschap', uitg. Katholieke Universiteit Nijmegen).