



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden? : Opschorting en beperking van mensenrechtenbescherming

Loof, J.P.

Citation

Loof, J. P. (2005, November 10). *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden? : Opschorting en beperking van mensenrechtenbescherming*. Wolf Legal Publishers, Nijmegen. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4467>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4467>

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

DEEL I

Afwijking van het normale rechtsstelsel
vanwege buitengewone omstandigheden:
theoretisch, historisch en algemeen
volkenrechtelijk perspectief

2 | Staatsnoodrecht – theorie en geschiedenis

2.1 STAATSNOODRECHT EN UITZONDERINGSTOESTAND: NADERE BEGRIPSBEPALING

2.1.1 Noodrecht en noodtoestand: algemeen

Alle rechtsgebieden kennen een beginsel als ‘nood breekt wet’, het afwijken van afspraken vanwege bijzondere omstandigheden. Men vindt dit onder meer terug in de *clausula rebus sic stantibus*: de gedachte dat een privaats- of publiekrechtelijke overeenkomst door partijen wordt gesloten onder het algemene en ongeschreven voorbehoud dat die overeenkomst alleen zal gelden zolang er geen wezenlijke verandering heeft plaatsgevonden van de ten tijde van het sluiten van de overeenkomst aanwezige omstandigheden.¹ De begrippen ‘noodrecht’ en ‘noodtoestand’ komen dan ook niet alleen in het staatsrecht voor. Het is zelfs zo dat op andere rechtsgebieden deze begrippen bekender en duidelijker in wetgeving zijn uitgewerkt.²

Het staatsrecht kent niet zoals het strafrecht een bepaling die een algemene uitzondering schept voor de onvoorwaardelijke gelding van de wet in geval van noodtoestand. Het Wetboek van Strafrecht doet dit in artikel 40: ‘Niet strafbaar is hij die een feit begaat waartoe hij door overmacht is gedrongen’. ‘Overmacht’ – in de strafrechtelijke jurisprudentie verruimd tot het verkeren in een toestand van nood, waarbij een strafbaar feit wordt gepleegd om een ander zwaarder wegend belang te beschermen – geldt als strafuitsluitingsgrond.³ De norm die in het algemeen afdwingbaar is, is in een noodtoestand niet afdwingbaar. Nog duidelijker komt dit naar voren in artikel 41, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht: ‘Niet strafbaar is hij die een feit begaat, geboden door de noodzakelijke verdediging van eigen of eens anders lijf, eerbaarheid of goed tegen ogenblikkelijke, wederrechtelijke aanranding’. Zelfverdediging in de zin van noodweer rechtvaardigt het plegen van een strafbaar feit.

1 Zie o.m. bijz. nummer van *R.M.Themis* over dit onderwerp (1972, nr. 5/6), met bijdragen van R. Feenstra (rechtsgeschiedenis), S. Royer (privaatrecht), F.H. van der Burg (staats- en administratief recht) en B.V.A. Röling (volkenrecht). Ook: Köbler 1991 en Idenburg 1923.

2 Prins 1911, p. 4; vgl. Camus 1965, p. 15

3 Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 296-313.

Voor het civiele (verbintenissen)recht kan gewezen worden op artikel 1281 (oud) van het Burgerlijk Wetboek: 'Geen vergoeding van kosten, schaden en interessen heeft plaats, indien de schuldenaar door overmacht of door toeval verhinderd is geworden om iets te geven of te doen, waartoe hij verplicht was, of iets gedaan heeft, het welk hem verboden was'.⁴ Ook hier geldt weer dat wat in het algemeen afdwingbaar is bij normschending, niet afdwingbaar is indien die normschending plaatsvindt door onvoorziene, buiten de macht der betrokkenen liggende, omstandigheden.

Hieruit blijkt al dat het een wezenlijk kenmerk van de rechtsordening van een staat is dat voor noodsituaties bijzondere regelingen bestaan die een bepaald optreden of handelen rechtvaardigen of verontschuldigen, omdat alleen op die manier een hoger geacht rechtsgoed beschermd kan worden.⁵

Ook in het volkenrecht zijn hiervan voorbeelden te vinden. Zo erkent artikel 62 van het *Weens Verdrag inzake het Verdragenrecht* (WV) dat – in een beperkt aantal gevallen – een onvoorziene fundamentele verandering van omstandigheden mag worden ingeroepen als grond voor het schenden van een verdragsverplichting. Deze regel, die als codificatie van internationaal gewoonterecht kan worden gezien, is in de volkenrechtsgeschiedenis diverse malen toegepast.⁶

Diverse andere voorbeelden uit het internationale recht maken duidelijk dat het bij de bijzondere omstandigheden die een reden kunnen vormen voor afwijking van het 'normale' rechtsregime dikwijls gaat om situaties waarin de staatsveiligheid in het geding is. Zo is een van de grote vraagstukken van het volkenrecht de kwestie onder welke voorwaarden een staat een oorlog mag voeren, de zogenaamde *bellum iustum*. Hoewel er in de literatuur veel discussie is (geweest) over de omstandigheden onder welke het voeren van een oorlog geoorloofd is, is er over één situatie wel overeenstemming: in geval van zelfverdediging. Dit is ook terug te vinden in het Handvest van de Verenigde Naties (VN-Handvest). Hoewel in artikel 2, vierde lid, van dit Handvest als beginsel is neergelegd dat alle VN-lidstaten zich onthouden van bedreiging met of het gebruik van geweld tegen andere staten, wordt in artikel 51 aangegeven dat geen van de bepalingen van het Handvest afbreuk doet aan het 'inherente recht' van staten tot individuele of collectieve zelfverdediging in geval van een gewapende aanval. In zijn handboek van het Duitse staatsrecht noemt Stern dit recht op zelfverdediging dan ook een 'Grundrecht' of 'naturgegebenes Recht'.⁷

4 Deze bepaling heeft zijn moderne equivalent in art. 6:75 van het huidige BW, zonder dat de term overmacht in dat artikel nog gebezigd wordt.

5 Brudner 1987, p. 339-368, gaat uitvoerig in op de wijze waarop bepaald kan worden wat in zulke gevallen het 'hogere rechtsgoed' is. Hij ontleent zijn voorbeelden vooral aan het strafrecht en het civiele recht.

6 In § 3.3 zal ik hier nog nader op terugkomen.

7 Stern 1980, p. 1290.

Naast de strikte gevallen van zelfverdediging tegen een gewapende aanval op het territorium of de soevereiniteit van een staat, laat het volkenrecht – zo wordt althans in de literatuur doorgaans verondersteld – nog wel wat verdere ruimte voor staatshandelingen die op zich onrechtmatig zijn, maar op grond van het beginsel van *self-preservation* toch worden gerechtvaardigd. Hierbij wordt dan met name gedacht aan gevallen waarin door een staat represailles of tegenmaatregelen (*countermeasures*) worden getroffen als reactie op een eerdere onrechtmatige handeling van een andere staat en aan situaties waarin een zogenaamde ‘objectieve’ noodsituatie is ontstaan (niet veroorzaakt door enige staat), die tot op zich onrechtmatig optreden ter bescherming van de staatsbelangen noodzaakt.⁸ Dit laatste wordt wel aangeduid als toepassing van het ‘noodzaak-beginsel’.⁹

Ook in diverse verdragen op specifieke terreinen komen bepalingen voor die de mogelijkheid scheppen om onder bepaalde omstandigheden uitzonderingen te maken op het ‘normale’ rechtsregime. Zo kent het EG-Verdrag in het kader van het vrije verkeer van goederen, personen en diensten een aantal uitzonderingsclausules die het de lidstaten toestaan om ter bescherming van zwaarwegende publieke belangen (onder meer de bescherming van de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, zie artikel 30, 99 en 46 EG-Verdrag) beperkende maatregelen te nemen. De staatsveiligheid als uitzonderingsgrond komt weer duidelijk naar voren in artikel 296 EG-Verdrag. Dit artikel bepaalt dat geen enkele Lidstaat op grond van het EG-Verdrag kan worden gedwongen inlichtingen te verstrekken waarvan de verbreiding naar zijn mening strijdig zou zijn met de wezenlijke belangen van zijn veiligheid en dat elke Lidstaat met betrekking tot de productie of handel in wapens, munitie en oorlogsmateriaal de maatregelen kan nemen die hij noodzakelijk acht voor de bescherming van zijn veiligheid.¹⁰

Geconcludeerd kan worden dat ook het internationale en Europese recht het bestaan van een bijzondere noodsituatie met een noodzaak tot zelfbehoud voor een staat erkennen als voldoende rechtvaardigingsgrond voor normschendend dan wel normafwijkend optreden. Het principe van de rechtvaardigende noodtoestand is dus zowel voor het individu binnen het nationale recht als voor de staat binnen het volkenrecht een algemeen gekend rechtsbeginsel.

8 Partsch 2000, p. 380-383 en Stern 1980, p. 1290, die opmerkt: ‘Freilich ist in der Praxis der Staaten gerade unter Berufung auf Notstand und Notrecht des Staates manche Aggression unternommen worden. Doch nicht nur bewaffnete Angriffe wurden damit – objektiv oder subjektiv – “gerechtfertigt”, sondern auch andere Handlungen, wie Präsident J.F. Kennedy’s “Quarantäne” gegenüber sowjetischen Waffenlieferungen an Kuba 1962.’ Met betrekking tot represailles zijn enkele regels opgenomen in artikel 30 van de ontwerp-bepalingen inzake staatsaansprakelijkheid van de International Law Commission (ILC).

9 Zie ook artikel 33 van het ILC-ontwerp inzake staatsaansprakelijkheid, waarop ik in hoofdstuk 3 nog nader zal ingaan.

10 Voorwaarde daarbij is wel dat deze maatregelen de mededingingsverhoudingen op de gemeenschappelijke markt niet wijzigen voor producten die niet bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden.

2.1.2 Staatsnoodrecht

In het licht van het bovenstaande is het niet verwonderlijk dat als vervolg hierop de vraag opduikt in hoeverre een noodsituatie een staat de mogelijkheid geeft om bij handelingen ten opzichte van de eigen burgers af te wijken van de ‘normale’ nationale rechtsregels. Menigmaal wordt in de rechtswetenschappelijke literatuur de vergelijking gemaakt tussen de staat in nood en het individu, dat een noodweerrecht heeft wanneer hij in zijn bestaan wordt bedreigd. Zo stelt onder meer Gmelin:

‘Im Falle einer ernsten Bedrohung der Staatsexistenz dürfen, ja müssen die nötig scheinenden Maßnahmen getroffen werden, ganz gleichgültig, ob die Gesetzgebung für solche Fälle schon vorgesorgt hat oder nicht. Das Recht zum Handeln ergibt sich aus dem Daseinsanspruch des Staates, der ähnlich wie der Einzelmensch ein ungeschriebenes Notwehr- und Notstandsrecht geltend machen kann.’¹¹

M.I. Prins betoogde reeds in 1911, aan de hand van een aantal voorbeelden, dat de uitvoerende macht nooit in gebreke blijft om, zo nodig met terzijdestelling van de geschreven wet, de zelfstandigheid van de staat te trachten te handhaven en dat dit streven door de meerderheid van de burgers steeds wordt toegejuicht.¹² Vele andere auteurs komen tot dezelfde constatering.¹³ Kranenburg acht het ‘niet aannemelijk’ dat in wetgeving vastgelegde normen ook moeten worden toegepast in situaties waarop men bij het tot stand komen van die normen in het geheel niet gerekend heeft of wellicht niet heeft kunnen rekenen. Hij meent:

‘De zaak is dan ook, dat men er in het staatsrecht eenvoudig niet buiten kan noodtoestand te aanvaarden als grond voor van de geschreven norm afwijkend staatsnoodrecht bij volkomen onvoorzienbare situaties. Het bestaan zelf van de staatsgemeenschap en van het volk, dat een element van dien staat vormt, kan het eischen, onverbiddelijk, dat van de regeling der orgaan-verhoudingen, zoals de

11 Gmelin 1921, p. 156. Deze vergelijking is verder onder meer terug te vinden bij Van Dulleman 1946, p. 10. Cleveringa 1884 (p. 5) schrijft: ‘Evenals ieder persoon, iedere vereniging in geval van noodweer alles mag in ’t werk stellen om het dreigend gevaar af te wenden, zóó ook de Staat’. Nowak 1993 (p. 79) stelt: ‘This constitutional right of emergency of the state is comparable to the individual’s right of self-defence under criminal law’. Zie ook Koopmans e.a. 1998, p. 139.

12 Prins 1911, p. 1-5. Op p. 1 stelt hij: ‘Zich gesteld ziende tusschen de keus: opoffering van de zelfstandigheid der natie of opoffering van het positieve recht zal iedere regeering het laatste kiezen’.

13 O.m. Anselme 1910, p. 521: ‘Il n’est pas de gouvernement qui, dans une question de vie ou de mort pour la nation, ferait passer des scrupules juridiques avant les nécessités de l’existence nationale.’ Rossiter 1948, p. 12: ‘there is no denying the fact that responsible statesmen in every free country have broken the law in order to protect the nation in time

Grondwet deze vaststelt, worde afgeweken; het voortbestaan zelve kan in het uiterste gevaar zijn.¹⁴

Hoewel het bestaansrecht van staatsnoodrecht in de geschiedenis bepaald niet onomstreden is gebleven, is het vandaag de dag algemeen aanvaard.¹⁵ Kort na de Tweede Wereldoorlog concludeert Rossiter dat het gebruik van staatsnoodrecht in de twintigste eeuw alleen maar is toegenomen.¹⁶ Dat beeld is sindsdien niet ingrijpend gewijzigd. Ook in de laatste decennia lijkt geen sprake te zijn van een sterke vermindering van het gebruik van staatsnoodrecht.¹⁷ Bovendien is er een relatie tussen het 'normale' staatsrecht en het staatsnoodrecht, in die zin dat de toepassing van staatsnoodrecht in een bepaalde periode menigmaal leidt tot blijvende veranderingen in de staatsstructuur.¹⁸ Voor Van der Hoeven vormt dit een duidelijke demonstratie van 'het sterk feitelijk-bepaald karakter van het constitutionele recht'.¹⁹

of serious national emergency, and responsible statesmen will do it again. And the nation was always pretty solidly behind them.'

14 Kranenburg 1946, p. 90. Zie ook Kranenburg 1958, p. 261.

15 In § 2.5 zal ik nog verder ingaan op de rechtvaardiging van het staatsnoodrecht.

16 Rossiter 1948, p. 8: 'Indeed, the leading characteristics of constitutional dictatorship are its antiquity and universality, for it is coeval and coextensive with constitutional government itself. The fact that the institutions of free government cannot operate normally in abnormal times has always been recognized. The striking power of autocracy has many times been used to preserve democracy, and more than one constitution has been suspended so that it might not be permanently destroyed. All constitutional countries have made use of constitutional dictatorship, none to any greater extent or with more significance than the democracies of the twentieth century.'

17 Zie de informatie opgenomen in voetnoot 9 bij hoofdstuk 1.

18 Rossiter 1948, p. 13: 'No democracy ever went through a period of thoroughgoing constitutional dictatorship without some permanent and often unfavorable alteration in its governmental scheme.' Van der Hoeven 1988, p. 115 illustreert dit met een voorbeeld uit het Engeland van de zeventiende eeuw: 'Karel I van Engeland, die in 1634 en 1635 een belasting, het zgn. "ship money", buiten het parlement om had geheven met een beroep op de oorlogsnoodzaak, trachtte ook in 1636, in vreedstijd, deze belasting krachtens zijn prerogatief te heffen: een duidelijk *blijvende* verschuiving in de verhoudingen dus, voortkomend uit een noodrechtelijke. De rechter stelde Karel I in het gelijk in de beroemde "Shipmoney-case" in 1637.'

Zie voor een wat bredere discussie over de vraag of afwijking van de wet kan leiden tot een aanpassing van diezelfde wet Langemeijer 1955 en Kisch 1955 (inleidingen voor de Vereniging voor de Wijsbegeerte des Rechts over de vraag 'Kan de afwijking van dwingend recht van de staat tot positief recht worden?'), waarbij met name Langemeijer geneigd is om die vraag positief te beantwoorden, in het bijzonder indien de afwijking van de wet geschiedt door 'personen of groepen die bij hun daden als orgaan van de staat gelden' (p. 18) en er sprake is van een 'evidente juistheid' van de afwijkingspraktijk (p. 22). Hij is echter geen groot voorstander van wetsbepalingen die dergelijk afwijken van de wet expliciet zouden toestaan, aangezien dit overheidsorganen te makkelijk in de verleiding zou brengen om de wet niet (strikt) toe te passen (p. 23).

19 Van der Hoeven 1988, p. 113. Overigens is deze ontwikkeling niet alleen zichtbaar in de sfeer van staatsrechtelijke, organisatorische regels, maar vooral ook in de sfeer van het strafrecht en strafprocesrecht. Bijzondere bevoegdheden voor crisissituaties en terrorisme-

2.1.3 Objectief en subjectief staatsnoodrecht

Met de constatering dat ook binnen het staatsrecht begrippen als overmacht, noodtoestand en noodrecht een rol spelen, ben ik op een punt beland waarop een verdere verfijning in de terminologie moet worden aangebracht. In het algemeen maakt men in de Nederlandse staatsrechtelijke literatuur onderscheid tussen *subjectief* en *objectief* staatsnoodrecht.

In dit door M.I. Prins²⁰ geïntroduceerde begrippenpaar verstaat men onder subjectief staatsnoodrecht het – ongeschreven en in beginsel onbeperkte – recht van de overheid om, wanneer de staat in een noodsituatie is geraakt, zonodig tegen het geschreven recht in te handelen.²¹ Waar Prins echter met ‘noodrecht in objectieven zin’ het bij de wet geregelde noodrecht, dat wil zeggen de regelingen die de (grond)wetgever tevoren tot stand heeft gebracht voor bijzondere omstandigheden, bedoelde aan te duiden,²² heeft het begrip objectief staatsnoodrecht tegenwoordig een meerledige inhoud gekregen:

- wetgeving die bepalingen bevat ten aanzien van de bevoegdheden, uit te oefenen in tijden van staatsnood: het tevoren geschreven recht, bedoeld om te gelden in de onder dat recht voorziene omstandigheden (de oorspronkelijke betekenis van Prins uit 1911);
- regelingen en besluiten die tijdens een uitzonderingstoestand tot stand komen en stoelen op de vooraf tot stand gebrachte noodwetgeving;
- regelingen en besluiten die tijdens een uitzonderingstoestand tot stand komen en die stoelen op het subjectieve staatsnoodrecht.

Clarenbeek, Kortmann, Van den Honert & De Rijk en Akkermans vatten alle drie bovengenoemde vormen van regelgeving op als objectief staatsnoodrecht.²³ Er zijn echter ook auteurs die het begrip beperkter opvatten.²⁴ Daar-

bestrijding, die aanvankelijk een tijdelijk karakter hadden, worden vanwege de grotere ruimte die zij laten aan opsporingsinstanties, menigmaal in de loop van de tijd ‘genormaliseerd’ binnen het commune (straf)rechtssstelsel. Vgl. Gross 2003, p. 17.

20 Prins 1911, p. 21 en 46-47.

21 Aldus Eigeman 1918, p. 25-68; Van Dullemen 1946, p. 4; Van der Pot 1946(b), p. 442; Russel 1948, p. 11; Van den Bergh 1946, p. 26; Stellinga 1953, p. 473. In dezelfde zin o.m. Van der Pot/Donner/Prakke e.a. 2001, p. 625; Van den Honert & De Rijk 1982, p. 869; Clarenbeek 1978, p. 6. Hesse 1962, p. 607, brengt hier om mij onduidelijke redenen de beperking op aan dat het gaat om een recht in de verhouding tot andere staten: ‘Der Begriff Staatsnotrecht kann ein (subjektives) Notstandsrecht des Staates *im Verhältnis zu anderen Staaten* [curs. JPL] bezeichnen.’

22 Prins 1911, p. 46.

23 Clarenbeek 1978, p. 8; Kortmann 1984, p. 183-184; Van den Honert & De Rijk 1982, p. 869 en Akkermans 1987, p. 841.

24 Van der Pot/Donner/Prakke e.a. 2001, p. 626 en Stellinga 1953, p. 473, gebruiken het begrip alleen in betekenis a); de laatste beschouwt de in tijden van nood tot stand gekomen regels als een derde soort staatsnoodrecht, naast objectief en subjectief staatsnoodrecht. Russel (1948), p. 11, hanteert het begrip in de betekenis van b) en c) gezamenlijk. Van der Pot 1946,

naast heeft W.F. Prins²⁵ in 1956 betoogd dat het noodrecht in de betekenis onder a), beter niet aangeduid zou kunnen worden als (objectief) 'staatsnoodrecht'. Hoewel dat woord van oudsher ook betrokken is op uitzonderingsrecht voor gevallen, waarin niet het voortbestaan van de staat, maar het lot van een deel van de bevolking in het geding is, zou het de gedachten te veel leiden in de richting van een situatie van 'staatsnood'. Bovendien meent hij dat het woord 'staatsnoodrecht' te weinig laat uitkomen dat het te doen is om regels van staatsrecht. Voor de 'regelen van staatsrecht, wier toepasselijkheid tot gevallen van nood beperkt is' acht hij de naam 'nood-staatsrecht' meer gepast.

Deze term heeft echter in de staatsrechtelijke literatuur weinig ingang gevonden en ofschoon ik kan instemmen met de opinie van W.F. Prins, sluit ik me in deze studie toch aan bij het gangbare gebruik van de term objectief 'staatsnoodrecht', in zijn meest brede betekenis (a, b en c). Hierbij moet dan wel worden opgemerkt dat de regelgeving uit de categorieën b) en c), de regels die tot stand komen tijdens de uitzonderingstoestand, naar hun inhoud niet altijd zullen liggen op het terrein van het staatsrecht.

Uit het hierboven gestelde blijkt dat het staatsnoodrecht ook nog op een andere wijze valt in te delen. Men kan het wettelijk of gecodificeerd staatsnoodrecht – dat wil zeggen de regels die in de Grondwet en andere wetten voorkomen en die gehanteerd kunnen worden als de omstandigheden waarvoor ze zijn voorzien intreden²⁶ – onderscheiden van het buitenwettelijke, niet-gecodificeerde staatsnoodrecht. Clarenbeek zegt over het gecodificeerd staatsnoodrecht:

'De bepalingen bestaan, men kan er kennis van nemen, ze gebruiken bij voorbereidingen die men wenst te treffen (mobilisatievoorbereiding, voorbereiding van distributiemaatregelen), doch eerst als de noodsituatie met het oog waarop de wet is vastgesteld, ontstaat, komen de bepalingen tot hun volle gelding.'²⁷

De wetgever heeft geanticipeerd op optreden door de overheid in buitengewone omstandigheden. De wetten die daarvoor tot stand zijn gekomen, leiden in normale omstandigheden een sluimerend bestaan om in noodsituaties in werking te kunnen treden. Het gecodificeerd staatsnoodrecht wordt daarom wel gekenschetst als 'recht in de diepvries'²⁸ of 'waakvlam-wetgeving'.²⁹ De regels van staatsnoodrecht zijn overigens niet alleen te vinden in speciale

p. 442, noemt alleen betekenis c), evenals Koopmans e.a. 2001, p. 139. Koopmans e.a. voegt daaraan toe dat de term objectief (staats)noodrecht ook wel wordt gebruikt voor *alle* regels die betrekking hebben op toestanden van nood.

25 Prins 1956, p. 77-78.

26 Stellinga 1953, p. 473: 'regels van geschreven recht, welke reeds in normale tijd zijn gegeven met het doel om, zodra de nood aanwezig is, het buitengewone optreden van de overheid op wettelijke basis te plaatsen.'

27 Clarenbeek 1978, p. 9.

28 Aldus Oosterhof 1952, p. 73. Questiaux 1982, p. 8, gebruikt de term 'law held in reserve'.

29 Brainich von Brainich Felth 1993, p. xiv.

noodwetten maar ook in normale wetten, in de vorm van een ontsnappingsbepaling voor noodsituaties.

2.1.4 Uitzonderingstoestand

De begrippen ‘noodtoestand’ en ‘uitzonderingstoestand’ zal ik in deze studie als synoniem gebruiken. Met evenveel recht valt echter de opvatting te verdedigen dat ‘uitzonderingstoestand’ de verzamelnaam is voor de vele verschillende rechtstoestanden die kunnen gelden in tijden van nood en dat de noodtoestand slechts een daarvan is. De uitzonderingstoestand komt namelijk in vele verschijningsvormen en onder verschillende benamingen voor: als lokale maatregel, maar ook als nationaal regime. In Nederland zijn van oudsher bekend geweest: de staat van oorlog, de staat van beleg, de toestand van verhoogde waakzaamheid, de burgerlijke uitzonderingstoestand en de toestand van oorlogsgevaar.³⁰ Internationaal gezien komen in de rechtsstelsels van continentale oorsprong termen voor als *ationale uitzonderingstoestand*, *Ausnahmezustand*, *Staatsnotstand*, *state of emergency*, *state of exception*, *state of necessity* en *state of siege*, terwijl in de zogenaamde *common law*-landen meer gesproken wordt van *martial law* of *emergency powers*.³¹ Daarnaast staan weer termen die meer een maatregel genomen onder de noodtoestand aanduiden: *avondklok*, *spertijd*, *curfew*.

Deze naamsverschillen zijn echter voor deze studie niet relevant, het gaat om de inhoud en de kenmerken van het rechtsregime in tijden van nood.³² In verband met de inwerkingtreding van een dergelijk bijzonder rechtsregime acht ik het wel van belang onderscheid te maken tussen de *noodsituatie* (= feitelijke bedreiging van de staat) en de *nood- of uitzonderingstoestand* (= juridische reactie van de overheid op een dergelijk bedreiging).³³ In het Neder-

30 Sinds juni 2004 kent Nederland ook een zogenoemd ‘alerteringsstelsel’ in het kader van de terrorismebestrijding. Dit stelsel voorziet in diverse ‘alerteringsfasen’, afhankelijk van het dreigingsniveau van terroristische aanslagen. Zie hierover nader in § 2.4.2 *infra*.

31 Rossiter 1948, p. 9. Zie ook Fitzpatrick 1994, p. 1. Zowel Rossiter 1948 (p. 5) als ook Friedrich 1968 (p. 558) gebruiken als verzamelterm voor de verschillende uitzonderingstoestanden het begrip ‘constitutional dictatorship’.

32 Zie Rossiter 1948, p. 9: ‘The state of siege and martial law are two edges of the same sword, and in action they can hardly be distinguished.’

33 Vgl. Camus 1965, p. 15, die het bestaan van een noodsituatie beschouwt als ‘l’élément objectif de l’état de nécessité’. Böhm 1963, p. 1 merkt hierover op: ‘Häufig werden die Begriffe “Staatsnotstand” beziehungsweise “Notstand” einerseits und “Ausnahmezustand” andererseits synonym gebraucht, wobei der Begriff “Ausnahmezustand” als Umschreibung für die existentielle Gefahr für Bund (Staat) oder Länder verwendet wird. Es wird ihm also die Bedeutung des “Staatsnotstandes” im eigentlichen Sinne gegeben. Dies ist terminologisch irreführend. Zwar kann im “Ausnahmezustand” eine Gefahr für den Staat bestehen, die seinen Bestand gefährdet und seine innere Ordnung bedroht, doch ist nicht der Ausnahmezustand selbst diese Gefahr, sondern der Staatsnotstand. Der Begriff “Ausnahmezustand” soll vielmehr die rechtliche Situation bezeichnen, die etwa dadurch gekennzeichnet ist, daß

landse staatsnoodrecht wordt in dit verband veelal gesproken van buitengewone omstandigheden en buitengewone rechtstoestand. In buitengewone omstandigheden kunnen buitengewone bevoegdheden worden uitgeoefend (die tijdens de normale rechtstoestand een sluimerend bestaan leiden). Indien een buitengewone bevoegdheid kan worden toegepast, is voor het betreffende deel terrein van het recht een buitengewone rechtstoestand ingetreden. De 'buitengewone rechtstoestand' vormt het rechtsgevolg als de voorwaarde 'buitengewone omstandigheid' is vervuld. De buitengewone omstandigheden hoeven in de tijd niet volledig samen te vallen met het bestaan van een buitengewone rechtstoestand. Als voor het intreden van een buitengewone rechtstoestand een formeel besluit is vereist, dan ontstaat de buitengewone rechtstoestand later dan het moment waarop de buitengewone omstandigheid zich voor het eerst heeft gemanifesteerd.³⁴

2.2 STAATSNOODRECHT: KENMERKEN EN NOODSITUATIES

2.2.1 Kenmerken

Overall waar getracht wordt een algemene omschrijving van het begrip staatsnoodrecht te geven komt men ongeveer dezelfde beschrijving tegen: een door de nationale regering afgekondigd stelsel van maatregelen, dat wordt ingevoerd omdat het voortbestaan van de natie of de nationale veiligheid en openbare orde in haar ogen bedreigd worden en de normale grondwettelijke middelen niet voldoende zijn om de situatie het hoofd te bieden.³⁵ Waaruit dit stelsel van maatregelen doorgaans bestaat is hiermee echter nog niet duidelijk. Per land en per situatie zal de reactie van de overheid op een noodsituatie ook verschillen.³⁶ Kijkend naar de praktijk in de vele landen die zich in de voorbije jaren van uitzonderingstoestanden hebben bediend, is het echter

die in der positiven Rechtsordnung bereitgestellten Mittel zur Bekämpfung und Überwindung des Notstandes, d.h. der *tatsächlichen* Krisenlage, nicht ausreichen.' Ook Questiaux 1982, p. 8 maakt dit onderscheid. Zij gebruikt 'the heading "states of emergency" as a juridical expression of crisis powers linked to a *de facto* situation: "exceptional circumstances"'.³⁴

³⁴ Brainich von Brainich Felth 1993, p. 9-10.

³⁵ Zie Stern 1980, p. 1295; Hesse 1962, p. 607; Folz 1962, p. 27 e.v.

³⁶ Rossiter 1848, p. 6-10. O'Donnell 1978, p. 52 somt de tijdens een noodtoestand meest voorkomende maatregelen kort op: 'the elimination of elections or all constitutionally guaranteed rights; elimination of elections and dismissal of legislative bodies; banning of trade unions, political parties, religious, cultural and professional organisations; banning of public meetings and manifestations (...); detention without trial, without charge and without stated reasons, often incommunicado and for indefinite or renewable periods; creation of new crimes such as criticising the government or its laws, frequently bearing heavy penalties including death; government closure of or seizure of the media; submission of civilians to military courts'.

wel mogelijk om enige algemene kenmerken van het rechtsregime dat tijdens een uitzonderingstoestand doorgaans geldt, aan te geven.

Als eerste en algemeen kenmerk van het rechtsregime tijdens een uitzonderingstoestand kan worden genoemd: verruiming van de bevoegdheden van overheidsorganen en centralisering van de macht. Doorgaans verschuift de beslissingsbevoegdheid tijdens een uitzonderingstoestand van de wetgevende naar de uitvoerende macht.³⁷ Daarnaast verschuiven veelal bevoegdheden van de decentrale overheden naar de centrale overheid.

De machtsverschuiving van wetgevende naar uitvoerende macht kan op verschillende wijzen plaatsvinden. Zo komt het regelmatig voor dat bij het uitroepen van de noodtoestand het parlement door de uitvoerende macht wordt ontbonden. Indien het parlement al als medewetgever blijft functioneren worden wetsvoorstellen van de regering vaak zonder meer door het parlement goedgekeurd. Ook komt het voor dat verregaande delegatie van wetgevende bevoegdheid aan de regering plaatsvindt.³⁸ De regering krijgt uitgebreide bevoegdheden om beslissingen te nemen en zelfs wetten, in de vorm van decreten of wetsbesluiten, uit te vaardigen.³⁹

In veel gevallen zullen daarnaast veiligheidstroepen of leger worden ingezet om naleving van deze regels af te dwingen. Ingeval de dreiging een externe herkomst heeft, indien de staat bedreigd wordt door een of meer buitenlandse mogendheden, zal het zwaartepunt van de overheidsbevoegdheden meestal bij de militaire autoriteiten komen te liggen. Daarmee is een tweede kenmerk van het rechtsregime tijdens een noodtoestand aangeduid: de burgerlijke autoriteiten worden veelal ondergeschikt aan de militaire.⁴⁰

Een derde kenmerk, dat direct met de eerste twee samenhangt, is het afnemen van de controlemogelijkheden op het overheidsoptreden.⁴¹ Rechterlijke controle wordt beperkt door afwijking van het normale systeem van recht-

37 Rossiter 1948, p. 8-9 onderscheidt in dit opzicht twee vormen van noodmaatregelen, nl. 'emergency action of an executive nature' en 'emergency action of a legislative nature'. Noodsituaties zoals opstand of rebellie zullen doorgaans bestreden worden d.m.v. noodmaatregelen van de uitvoerende macht (militair optreden), terwijl een noodsituatie als zware economische depressie doorgaans aangepakt zal worden met maatregelen in de sfeer van wetgeving. Hij moet echter toegeven dat de beide vormen in nauw verband met elkaar staan en in elkaars verlengde liggen, omdat in crisissituaties menigmaal uitgebreide delegatie van wetgevende bevoegdheden aan de uitvoerende macht plaatsvindt.

38 Fitzpatrick(a) 1994, p. 19-31.

39 Vgl. Friedrich 1968, p. 563-566.

40 Warbrick 1979, p. 93. De Latijns-Amerikaanse praktijk geeft te zien dat in sommige gevallen de grens tussen burgerlijke en militaire autoriteiten geheel vervaagt: de militaire coup. In de studie van de International Commission of Jurists, *States of Emergency; Their Impact on Human Rights*, Genève 1983, wordt het handelen van regeringen die de noodtoestand uitroepen beschreven. Het daarin opgenomen rapport over Argentinië bevat op p. 3 o.m. de opmerking: 'The first act of the Military Junta was to assume *all constitutional powers* [curs. JPL].' Iets vergelijkbaars gebeurde bij de militaire staatsgreep van Pinochet in Chili in 1973; zie Fitzpatrick 1994(a), p. 29-30.

41 Warbrick 1979, p. 93.

spraak. De onafhankelijke 'gewone' rechter wordt in zijn jurisdictie beperkt ten gunste van militaire rechtbanken of wordt geheel ondergeschikt gemaakt aan de uitvoerende macht.⁴² Veelal wordt het mogelijk dat burgers worden berecht door militaire rechtbanken. Ook komt het voor dat juryrechtspraak tijdelijk wordt afgeschaft. Als de normale rechterlijke macht blijft doorfunctioneren, worden bepaalde rechters, die de regering onwelgevallig zijn, menigmaal ontslagen of op een andere wijze uit hun functie geplaatst.⁴³

Ook de mogelijkheden voor parlementaire controle zullen doorgaans beperkt zijn. Dit kan veroorzaakt worden door feitelijke omstandigheden, omdat gewapende strijd het bijeenroepen van de volksvertegenwoordiging onmogelijk maakt of omdat de regering heeft moeten vluchten vanwege een inval door een vreemde mogendheid en de regeringszetel daarmee is verplaatst naar een buitenlandse locatie (zoals de Nederlandse regering tijdens de Tweede Wereldoorlog in Londen zetelde). De afname van parlementaire controle kan echter ook zijn gelegen in het feit dat de regering zelf, zoals hierboven reeds werd aangeduid, het parlement ontbonden heeft. De buitengewone omstandigheden maken het noodzakelijk om snel, flexibel en doelmatig te reageren op ontwikkelingen, teneinde de orde te kunnen bewaren. In zo'n situatie is er geen behoefte aan een rem tegen overijlde besluitvorming door verschillende elkaar controlerende en in evenwicht houdende staatsorganen. Het streven zal veeleer gericht zijn op een (tijdelijke) opheffing van de belemmeringen, die aan een snelle besluitvorming en krachtige tenuitvoerlegging in de weg staan. Dit streven verhoudt zich slecht met de vertragende en matigende invloed van controle door rechter of volksvertegenwoordiging.⁴⁴ In een aantal

42 Dit gebeurde o.m. in Uruguay, waar de militaire junta in 1977 de rechterlijke macht bij decreet onder direct toezicht van de uitvoerende macht plaatste. Aldus Crahan 1982, p. 117.

43 Fitzpatrick 1994(a), p. 31-34. Zo schortte het Griekse kolonelsbewind in 1967 voor enkele dagen de garantie van benoeming voor het leven van de leden van de rechterlijke macht op en maakte van die periode gebruik om ruim dertig rechters en officieren van justitie te ontslaan, inclusief de president van het Griekse Hooggerechtshof.

44 In 1995 somde de Special Rapporteur inzake noodtoestanden van de VN in zijn achtste jaarrapportage zijn bevindingen met betrekking tot de impact van noodtoestanden op het functioneren van staatsinstituties en de bescherming van mensenrechten zoals die naar voren kwamen uit zijn jaarlijkse rapportages sinds 1985 op (VN Doc. E/CN.4/Sub.2/1995/20 (26 juni 1995), § 13-15). Eén van zijn conclusies is dat 'there is a general tendency to perpetuate and concentrate excessive and arbitrary authority in the hands of the executive branch. Changes affecting institutions that generally occur in these circumstances concern parliaments, whose legislative authority is restricted or which are even dissolved, with many of their members being detained or prosecuted (see E/CN.4/Sub.2/1988/18/Rev.1, para. 71 and E/CN.4/Sub.2/1993/23/Rev.1, paras. 47-48). A similar phenomenon seems to affect the judiciary, in respect of which, according to the Special Rapporteur of the Commission on Human Rights on the independence and impartiality of the judiciary, jurors and assessors and the independence of lawyers, "decrees instituting states of emergency are often followed by mass dismissals of judges, the creation of special courts and the restriction or suspension of the judicial review function". He also refers to another commentator's statement that "the emasculation of the judiciary and the harassment of defence

Latijns-Amerikaanse landen was het de democratie zelf, die voor militairen de reden was om de macht te grijpen en de noodtoestand uit te roepen, onder verwijzing naar ‘the inefficiency, incompetence and corruption of the governments they overturned, and the weakness of liberal democracy in the face of Marxism’.⁴⁵

Als vierde kenmerk kan ten slotte worden genoemd het vergaand beperken of opschorten van bepaalde grond- of mensenrechten. In buitengewone omstandigheden blijkt de overheid de fundamentele rechten en vrijheden van burgers minder goed te kunnen of willen garanderen dan in ‘normale’ tijden.⁴⁶ De oorzaak hiervan kan gelegen zijn in een situatie die aangeduid zou kunnen worden met ‘overmacht’: de staat zou bepaalde grondrechten wel willen garanderen, maar ziet zich geconfronteerd met een noodsituatie die dat eenvoudig onmogelijk maakt. Als voorbeeld hiervan wordt wel genoemd een situatie van ernstige economische onderontwikkeling (zie § 2.2.2).

Veel vaker komt het echter voor dat de grond- en mensenrechten die normaliter een bepaalde vrijheidssfeer voor het individu scheppen, in buitengewone omstandigheden *doelbewust* in mindere mate door de staat gerespecteerd worden. Burgerlijke rechten en vrijheden moeten wijken voor het belang van de (bedreigde) staat. Het staatsnoodrecht voorziet in een systeem dat het besluitvormings- en uitvoeringsproces voor de regering versnelt door hindernissen – niet alleen in de vorm van rechten van andere overheidsinstanties (medezeggenschap, autonomie), maar ook van individuen (grond- en mensenrechten) – uit de weg te ruimen.⁴⁷

Dit laatste kenmerk van het staatsnoodrecht, beperking of opschorting van mensenrechten, staat in deze studie centraal. Dat betekent niet dat de andere kenmerken in het vervolg geen rol spelen. In verband met de vragen over de mensenrechtelijke grenzen aan en de controle op het staatsnoodrecht spelen ook deze andere kenmerken een belangrijke rol.

lawyers are not uncommon in a state of emergency” (E/CN.4/1995/39, para. 59)’.

45 Crahan 1982, p. 108.

46 Carr 1940, p. 1324: ‘In the eternal dispute between government and liberty, crisis means more government and less liberty.’ Overigens moet hierbij niet alleen gedacht worden aan de klassieke vrijheidsrechten, zoals de vrijheid van vereniging, beweging en meningsuiting, maar ook aan sociaal-politieke en economische vrijheden (contractsvrijheid, prijsstellingen etc.). Zie Rossiter 1948, p. 10.

47 Prins 1956, p. 80; Rossiter 1948, p. 5-6. Fitzpatrick 1994, p. 35-49, wijst er daarbij op dat met name het recht van habeas corpus tijdens noodtoestanden sterk wordt aangetast vanwege de veelvuldige toepassing van diverse soorten van administratieve detentie. Vgl. de achtste jaarrapportage van VN-rapporteur Despouy, VN Doc. E/CN.4/Sub.2/1995/20 (26 juni 1995), § 15: ‘Frequently, when states of emergency are marked by such anomalies or departures from the norm, it has been noted that human rights as a whole suffer, including those which have not been formally suspended. It has also been found that it is in such situations that inalienable rights are most frequently infringed – in particular the right to life and to physical integrity – and that a pattern of gross and systematic human rights violations occur in the largest number of countries.’

2.2.2 Noodsituaties

Algemene regels met betrekking tot de kwalificatie van bepaalde omstandigheden als noodsituatie zijn moeilijk te geven. Wat is een noodsituatie? De Nederlandse (juridische) woordenboeken geven niet direct een bruikbare definitie. De term 'noodsituatie' komt hierin zelfs niet voor. Uit de omschrijving van de wel voorkomende begrippen 'noodrecht' en 'noodtoestand' wordt slechts duidelijk dat het bij een noodsituatie moet gaan om een situatie waarin gewichtige belangen van de staat in gevaar worden gebracht en de normale rechtsvoorschriften redelijkerwijs niet kunnen worden nageleefd.⁴⁸ Met name in het Duitse taalgebied heeft een zeer uitvoerige discussie plaatsgevonden over de vraag wanneer sprake zou zijn van een situatie van staatsnood (*Staatsnotstand*).⁴⁹ Het raadplegen van Duits- en ook Engelstalige juridische woordenboeken biedt al weer wat meer duidelijkheid:

'Staatsnotstand entsteht bei allen ernsthaften Gefahren für den Bestand des Staates oder die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die nicht auf dem normalen von der Verfassung vorgesehenen Wegen beseitigt werden können, sondern deren Abwehr oder Beseitigung nur mit exzeptionellen Mitteln möglich ist. Demgemäß können einen Ausnahmezustand nur Gefahren begründen, die aus der äußeren Lebenssphäre drohen, namentlich Krieg und Aufruhr sowie schwere Versorgungskrisen.'⁵⁰

'Emergency is an unforeseen combination of circumstances that calls for immediate action without time for full deliberation.'⁵¹

'events [that have occurred, or are about to occur] of such a nature as to be calculated to deprive the community of the essentials of life'⁵²

Twee elementen van de noodsituatie komen hieruit naar voren: het is een situatie die dermate afwijkt van het 'normale' dat de gewone regels niet gehandhaafd kunnen worden⁵³ en het is een tijdelijke situatie (hij wordt immers voorafgegaan en ook gevolgd door een situatie die wel als normaal wordt beschouwd).⁵⁴ Camus brengt nog een derde element naar voren: de noodsituatie moet ontstaan zijn buiten de wil van degene die daardoor gedwongen is af te wijken van het normale rechtsregime. Zij stelt:

48 Zie bijvoorbeeld N.E.Algra & H.R.W. Gokkel, *Fockema Andreae's Verwijzend en verklarend juridisch woordenboek*, 1995 (8ste druk).

49 Zie o.a. Töndury 1947, p. 134 e.v.; Folz 1962, p. 23 e.v.; Böhm 1963, p. 8-20 geeft een vrij uitgebreid overzicht van de verschillende zienswijzen en nuanceverschillen.

50 P. Eichhorn, *Verwaltungslexikon*, 1985, p. 860.

51 J.R. Nolan/J.M. Nolan-Haley, *Black's Law Dictionary*, 1990 (6th edition), p. 522-523.

52 J. Burke, *Jowitt's Dictionary of English Law*, Vol. 1, 1977 (2e druk), p. 694.

53 Zo ook Camus 1965, p. 22.

54 Marks 1982, p. 175.

‘L’élément objectif de l’état de nécessité consiste dans l’existence d’une situation de fait, imposée de l’extérieur en dehors de la volonté de ceux qui sont chargés d’élaborer et d’appliquer les règles de droit.’⁵⁵

Marks wijst op het feit dat in weer andere publicaties de term noodsituatie een meer politieke lading krijgt.⁵⁶ In het rapport van Questiaux aan de VN-Subcommissie ter voorkoming van discriminatie en bescherming van minderheden in 1982 – het eerste belangrijke VN-rapport over de relatie tussen mensenrechtenschendingen en noodtoestanden – is dit politieke element ook terug te vinden:

‘Exceptional circumstances will mean (...) circumstances resulting from temporary factors of a generally political character which in varying degrees involve extreme and imminent danger, threatening the organized existence of a nation, that is to say, the political and social system that it comprises as a state’⁵⁷

Voor het vervolg van mijn onderzoek acht ik deze omschrijving duidelijk genoeg. Aan welke specifieke voorwaarden een noodsituatie moet voldoen om aanleiding te zijn voor opschorting van mensenrechten, komt in hoofdstuk 5 aan de orde.

In de literatuur zijn de noodsituaties, die in de praktijk aanleiding geven tot het instellen van een uitzonderingstoestand, reeds vele malen geïnventariseerd.⁵⁸ Deze inventarisaties leren dat die noodsituaties in drie categorieën kunnen worden ingedeeld: Natuurrampen en andere catastrofes, conflicten en economische omstandigheden.

Dat men in geval van een natuurramp of soortgelijke catastrofe kan spreken van een noodsituatie wordt door vrijwel niemand betwist.⁵⁹ Tot deze categorie worden doorgaans gerekend: epidemieën, hongersnood, aardbevingen, overstromingen, zeer zware stormen en orkanen, lawines, vulkaanuitbarstingen, langdurige hittegolven, droogte en zware branden. Ook rampen met nucleaire

55 Camus 1965, p. 23.

56 Marks 1982, p. 175: ‘a political term, to describe a condition approximating to that of war.’

57 Questiaux 1982, p. 8.

58 Zie o.a. Groves 1961, p. 1-2; Folz 1962, p. 35 e.v.; Böhm 1963, p. 20-25; Marks 1982, p. 175 e.v.

59 Speciaal-rapporteur van de VN-subcommissie inzake voorkoming van discriminatie en bescherming van minderheden, mevrouw E.-I.A. Daes, is een van de uitzonderingen. In haar in 1983 aan de Subcommissie overlegde rapport *Freedom of the Individual under Law. A study on the Individual’s Duties to the Community and the Limitations on Human Rights and Freedoms under Article 29 of the Universal Declaration of Human Rights*, stelt zij dat het begrip ‘public emergency’ zoals dat voorkomt in art. 4 IVBPR, geen natuurrampen omvat (Part Three, Ch. III, §176: ‘Public emergency is a restrictive term which does not cover, for example, natural disasters’).

centrales of chemische fabrieken horen echter in deze categorie thuis.⁶⁰ Enkele van de noodmaatregelen die men zich bij deze categorie noodsituaties kan voorstellen zijn het gedwongen evacueren van bewoners van een rampgebied of een gebied dat bedreigd wordt, het in quarantaine houden van personen die (mogelijk) besmet zijn met een gevaarlijke en makkelijk overdraagbare ziekte (denk aan de longziekte SARS) of het gedwongen vaccineren van personen om bijvoorbeeld cholera- of tyfusepidemieën te voorkomen.⁶¹

Verreweg de meeste situaties waarin een uitzonderingstoestand is uitgeroepen, zijn te herleiden tot een al dan niet gewapend conflict waarbij de autoriteiten betrokken zijn.⁶² Hierbij kan dan nog onderscheid worden gemaakt tussen een internationale oorlog, interne gewapende conflicten (burgeroorlog)⁶³ en interne onlusten en spanningen (bijv. wijd verbreide of langdurige stakingen, studentenprotesten, demonstraties).⁶⁴

Het verkeren in zeer gebrekkige economische omstandigheden is in de literatuur wel aangevoerd als reden om te komen tot het uitroepen van een noodtoestand.⁶⁵ In de statenpraktijk heeft zich echter nog zelden een geval voorgedaan waarin een staat vanwege zijn economische onderontwikkeling de noodtoestand uitriep. Niet te miskennen valt dat er een relatie is tussen de sociaal-economische ontwikkeling van een land en de implementatie van mensenrechten.⁶⁶ Dat een ontwikkelingsland niet in staat is om volledig te voorzien in sociaal-economische mensenrechten als adequate gezondheidszorg, voldoende voeding, huisvesting, werkgelegenheid en sociale voorzieningen is duidelijk.⁶⁷ Daarnaast wordt wel betoogd dat sociaal-economische onderontwikkeling tot gevolg kan hebben dat ook niet alle klassieke mensenrechten, zoals bijvoorbeeld het recht op een eerlijk proces, gewaarborgd kunnen worden, omdat de juridische en administratieve infrastructuur die hiervoor nodig

60 Het Rode Kruis hanteert de volgende definitie: 'A disaster is a catastrophic situation in which the day-to-day patterns of life are – in many instances - suddenly disrupted and people are plunged into helplessness and suffering and, as the result, need protection, clothing, shelter, medical and social care, and other necessities of life'. *Red Cross Disaster Relief Handbook* 1976, Hfdst. II, p. 13; geciteerd door Marks 1982, p. 207 (noot 47).

61 En wat te denken van drastischer maatregelen als het uitvaardigen van een algemeen reisverbod en het onder quarantaine plaatsen van hele dorpen en steden om verspreiding van het levensgevaarlijke en zeer besmettelijke ebola-virus te voorkomen (zoals geschetst wordt door Tom Clancy in zijn 'worldwide #1 bestselling novel' *Executive Orders* uit 1996)?

62 Despouy Report 1994, p. 3-4; O'Donnel 1978, p. 52.

63 Ik duid hier interne gewapende conflicten gemakshalve en globaal aan als 'burgeroorlogen'. Daarbij dient echter te worden opgemerkt dat sommige burgeroorlogen juist gaan over wat intern en wat extern is, nl. secessie-oorlogen, waarbij een deel van de bevolking van een staat zich wil afscheiden van de rest.

64 Zie (opnieuw) de informatie waarnaar verwezen wordt in voetnoot 8 van hoofdstuk 1.

65 Marks 1982, p. 176-185. Vgl. ook Jhabvala 1985, p. 480-483 en Chowdhury 1989, p. 17-22, die uitvoerig verslag doet van de discussies binnen de International Law Association over dit onderwerp.

66 Aldus o.m. Jhabvala 1984(a), p. 149-182.

67 Zie o.m. Steward 1989, p. 347-374.

is niet kan worden gerealiseerd.⁶⁸ De hier op voortbordurende theorie dat daarom de sociaal-economische rechten voorrang behoren te krijgen boven de burger- en politieke rechten en dat deze laatste rechten opzij gezet mogen worden als zij in de weg staan aan economische groei – in het verleden regelmatig geuit door met name Afrikaanse staatshoofden⁶⁹ – is echter veelvuldig weerlegd en van de hand gewezen.⁷⁰

2.3 STAATSNODRECHT: HISTORISCHE ONTWIKKELING TOT AAN DE EERSTE WERELDOORLOG

2.3.1 Staatsbegrip en staatsidee

De historische ontwikkeling van het (objectieve) staatsnoodrecht hangt uiteraard nauw samen met de historische ontwikkeling van de staatsidee. Nu is, zoals de eerste regel van het *Handboek van het Nederlandse staatsrecht* stelt, het woord 'staat' in de geschiedenis 'een betrekkelijke laatkomer'.⁷¹ Het begrip staat in de betekenis die daar in het hedendaagse spraakgebruik aan wordt toegekend komt pas rond het jaar 1500 in zwang.

In de loop van de vijftiende en zestiende eeuw doen zich in grote delen van Europa ontwikkelingen voor die nu als 'de opkomst van de *moderne staat*'

68 Marks 1982, p. 182-183; Jhabvala 1984(a), p. 153 en Jhabvala 1985, p. 476-483. Bij de bespreking van de periodieke rapportages over de implementatie van het verdrag die staten o.g.v. art. 40 IVBPR moeten overleggen aan het VN-mensenrechtencomité is hier door verschillende staten op gewezen. Zo stelde de vertegenwoordiger van Madagascar in 1978 'that the promotion of civil and political rights in his country had been hampered by the lack of judicial facilities, the sharp rise in crime and the worsening of the economic situation as a result of the world economic crises' (Human Rights Committee Annual Report 1978, VN Doc. A/33/40 (1978), p. 43, § 260). Zie ook de opmerkingen van de Argentijnse regeringsvertegenwoordiger bij de bespreking door het VN-mensenrechtencomité van het eerste Argentijnse rapport over de implementatie van het IVBPR: 'In their consideration of Argentina's compliance with the International Covenant on Civil and Political Rights, the experts should bear in mind the prevailing social and economic situation in the country.' VN Doc. CCPR/C/SR.952 (1990), § 4. Jhabvala 1984(b), p. 81-106 geeft aan dat uit de praktijk van het VN-mensenrechtencomité blijkt dat dit bij de beoordeling van statenrapporten bereid is om tot op zekere hoogte rekening te houden met de economische situatie in een bepaald land. McGoldrick 1994, p. 273-274, komt tot een vergelijkbare conclusie, daarbij echter aanteknend: 'There has been no suggestion that the HRC would accept any argument to the effect that the obligation in article 2 [IVBPR – JPL] is a progressive one in the sense that a State Party could choose not to implement a particular right as a matter of policy and justify this by arguing that article 2 does not contain an immediate obligation.' Schwelb 1969, p. 301-324 bespreekt uitvoerig de totstandkomingsgeschiedenis van het IVBPR op dit punt.

69 Zie o.m. Howard 1983, p. 462.

70 Zie o.m. Howard 1983, p. 467-490; Alston 1981, p. 63-67; Baehr 1986, p. 7; ACM-advies *Ontwikkelingssamenwerking en rechten van de mens*, Den Haag: 1987, p. 19-20. Vgl. Hartman 1985, p. 94-95 en O'Donnell 1985, p. 24-25.

71 Van der Pot/Donner/Prakke e.a. 2001, p. 3.

worden gekarakteriseerd. Deze ontwikkelingen hangen samen met de overgang van de traditionele agrarische samenleving naar een op handel en opkomende industriële bedrijvigheid berustend cultuurpatroon.⁷² De oude feodale structuren, gekenmerkt door een sterke versnippering van economische, politieke en militaire macht, worden doorbroken. Het feodale netwerk van persoonlijke loyaliteits- en afhankelijkheidsrelaties maakt gaandeweg plaats voor een verticaal geordend gezagssysteem. Er ontstaat een nieuw type politieke macht met een centralisatie van machtsmiddelen en een monopolisering van rechtsvorming en rechtshandhaving.

Deze moderne staat vormt het algemene politieke kader, waarin de 'grote constitutionele basisideeën van het moderne politieke denken' (de principes van de rechtsstaat en de democratie) tot ontplooiing zijn gekomen.⁷³ Doorgaans wordt de periode van de opkomst van de moderne staat dan ook aangemerkt als aanvangspunt van de ontwikkeling van de (westerse) staatsleer en het staatsrecht.

Ook voor 1500 is echter de staatsidee al terug te vinden. In de Oudheid en in de Middeleeuwen komen reeds verbanden en instellingen voor die met het huidige woord 'staat' kunnen worden aangeduid en de wortels van het staatsnoodrecht treft men in deze periode reeds aan.⁷⁴ Het beeld is echter veel diffuser en meer versnipperd dan in de na-middeleeuwse perioden.

2.3.2 Klassieke oudheid

In de Grieks-Romeinse beschaving is de kern van de staatsidee al te vinden. De antieke staat ontstaat als politieke machtsconcentratie in nauwe samenhang met de stad (*polis*, *urbs*) als ruimtelijke concentratievorm. Er vormt zich een politieke gemeenschap van vrije zichzelf besturende burgers die zich hebben losgemaakt uit het eeuwenoude agrarische stamverband.

Hoewel de sociale en economische situatie zich niet laat vergelijken met die van tegenwoordig, kan toch met name de Romeinse staat worden gezien als een voorloper van de moderne staat: een eenheidsstaat met algemeen staatsburgerschap, een rationele bestuursorganisatie en rechtssysteem en de eerste aanzet tot een constitutioneel politiek bewind. Het was bovendien een staat met een zeer gecompliceerde ordening en een uitgesproken afkeer van eenhoofdig gezag.⁷⁵ Daarom is het staatsrecht van de Romeinse republiek

⁷² Couwenberg 1979, p. 10. Zie o.m. ook Krüger 1966, p. 2 e.v.

⁷³ Woorden ontleend aan Couwenberg 1974, p. 11.

⁷⁴ Friedrich 1968, p. 557, die voor een verder overzicht van 'constitutional dictatorship' in de Middeleeuwen verwijst naar J.J. Rousseau's, *Du Contrat Social*, bk. IV, hfdst. 6.

⁷⁵ Rossiter 1948, p. 17-19 geeft aan dat de staatsstructuur ten tijde van de Romeinse republiek zeer gevoelig was voor noodsituaties. Voor bepaalde onderdelen van de besluitvorming was sprake van een vorm van directe democratie en verder was er na de afschaffing van het koningschap een enorme verbrokkeling van publieke (en telkens sterk afgebakende)

(510-31 v. Chr.) een goed beginpunt voor een blik in de geschiedenis van het staatsnoodrecht.⁷⁶

In het republikeinse Rome kende men gedurende een periode van ongeveer 300 jaar (van 510 tot 202 v. Chr.) in tijden van nood een rechtsregime dat sterk afweek van de normale staatsrechtelijke ordening. In geval van oorlog of opstand⁷⁷ werd op ‘advies’ van de senaat door de consuls een *dictator* aangewezen,⁷⁸ die voor een periode van ten hoogste zes maanden nagenoeg als alleenheerser kon optreden.⁷⁹ Tijdens zijn ambtsperiode verkeerde de staat onder het *imperium militiae*. Dit hield onder meer in dat de dictator optrad als opperbevelhebber van de strijdkrachten, maar daarnaast ook dat alle andere (civiele) gezagsdragers, inclusief de consuls, aan hem ondergeschikt waren. Waar de Romeinse gezagsdragers normaliter onderworpen waren aan de mogelijkheid van een veto van de volkstribunen bij het op arbitraire wijze uitoefenen van hun uitvoerende bevoegdheden (*intercessio*), was dit bij de dictator niet het geval. Bovendien was de dictator niet onderworpen aan de zogenaamde *provocatio*: van zijn beslissingen stond geen beroep op het volk open. Het aan iedere Romeinse burger toekomende (grond)recht om tegen een uitspraak die hem met de dood of geseling bedreigde beroep aan te tekenen bij de volksvergadering, was opgeschort. De dictator had dus het recht om vrijelijk over leven en dood te beschikken. Ten slotte kon de dictator ook

bevoegdheden over verschillende ambten en colleges. Overheidsfuncties werden vrijwel nooit langer dan één jaar bekleed.

- 76 Svensson-McCarthy 1998, p. 8-11, refereert aan een nog vroegere vorm van staatsnoodrecht die reeds in de zevende eeuw v. Chr. in enkele Griekse stadstaten zou zijn voorgekomen. Indien de stad bedreigd werd door een ernstige crisis kon daar door de bevolking een gerespecteerd en invloedrijk man tot ‘aesymnétés’ worden gekozen. Dit was een soort gekozen alleenheerser, die de orde moest herstellen. Er is echter verder weinig bekend over de exacte bevoegdheden van deze functionaris of de aan die bevoegdheden gestelde grenzen.
- 77 Rossiter 1948, p. 19 stelt dat benoeming van een dictator kon plaatsvinden indien ‘the Republic should find itself immersed in “grievous wars or serious civil unrest”’, waarbij hij deze laatste woorden baseert op Claudius, *Oratio Lugdunensis*, boek I, hfdst. 28.
- 78 Het initiatief tot benoeming van een dictator kon uitgaan van de Senaat zelf, d.m.v. een voorstel aan de consuls om een dictator aan te stellen, maar ook van de consuls. Zij hadden in de praktijk voor de benoeming dan echter wel altijd de toestemming van de Senaat nodig. ‘Adviezen’ van de Senaat werden door vrijwel geen enkele Romeinse magistraat naast zich neergelegd (Rossiter 1948, p. 19-20). De dictator was op deze manier de enige Romeinse bestuurder die niet gekozen werd door de bevolking. Overigens was het ook mogelijk dat, indien de Senaat de benoeming van een dictator noodzakelijk achtte, een van de twee consuls door het lot werd aangewezen om deze taak op zich te nemen (Svensson-McCarthy 1998, p. 14).
- 79 Volgens Rousseau 1995, p. 157 ontleenden de Romeinen het instituut van de dictator aan de Albaners, de inwoners van Alba Longa (tegenwoordig Castel Gandolfo). Volgens de overlevering was Alba Longa een oude opponent van Rome en werd omstreeks 650 v. Chr. door de Romeinen verwoest. Rousseau vermeldt tevens dat de benoeming van een dictator ‘s nachts en in het geheim plaatsvond, alsof men zich beschaamd voelde om zo ingrijpend af te wijken van de normale regels.

na afloop van zijn benoemingsperiode niet, bijvoorbeeld door de Senaat, ter verantwoording worden geroepen voor zijn daden.⁸⁰

Hoe is dit extreme systeem van machtsconcentratie in noodsituaties te rijmen met de hierboven genoemde afkeer daarvan in normale situaties? Het voert te ver om hier een uitvoerig antwoord op te geven, maar een belangrijke indicatie is te vinden in de grenzen in tijd en doelstelling die aan het Romeinse dictatorschap waren verbonden:

- a) De benoeming van de dictator geschiedde volgens precieze constitutionele regels en procedures.
- b) De periode van dictatuur werd ingesteld door anderen dan de dictator zelf, namelijk de Senaat. De dictator had niet de bevoegdheid om de dictatuur (noodtoestand) zelf uit te roepen of te beëindigen.
- c) De dictator kreeg zijn ruime bevoegdheden slechts voor een korte en scherp afgebakende periode van zes maanden en deze periode kon niet telkens worden verlengd.⁸¹ Zijn bevoegdheden waren beperkt tot het overwinnen van een bepaalde noodsituatie. Indien de dictator zou trachten te blijven regeren na het overwinnen van de crisis, kon hij door de tribunen gedwongen worden af te treden en vervolgens worden vervolgd en ter dood worden veroordeeld. De meeste dictators traden overigens reeds voor het verstrijken van deze periode van zes maanden af, zodra de crisis bezworen was.
- d) Het uiteindelijke doel van de dictatoriale noodbevoegdheden was gelegen in de bescherming (of het herstel) van de voor de noodsituatie bestaande constitutionele orde (de *status quo ante bellum*). De dictator kon geen veranderingen aanbrengen in de Romeinse constitutionele orde. Hij had geen wetgevende bevoegdheden; weliswaar kon hij decreten uitvaardigen, maar die golden slechts voor de periode dat de dictator in functie was en niet meer daarna.

Deze grenzen worden ook heden ten dage nog door veel auteurs als maatstaf voor de beoordeling van staatsnoodrecht beschouwd.⁸² Dat komt misschien door het, vanuit constitutioneel perspectief, 'succes' van het instituut. In de ongeveer 300 jaar dat het dictatorschap in Rome voorkwam, heeft – voor zover bekend – geen enkele dictator getracht vast te houden aan zijn macht na afloop van de crisis.

⁸⁰ Rossiter 1948, p. 19.

⁸¹ Rossiter 1948, p. 23 verklaart deze tijdslimiet vanuit het feit dat in de Romeinse tijd alleen in de zomer krijgshandelingen plaatsvonden.

⁸² Rossiter 1948, p. 15 spreekt van 'a theoretical standard, (...) a sort of moral yardstick against which to measure modern institutions of constitutional dictatorship'. Zie ook C. Schmitt 1928, p. 5-6, Friedrich 1968, p. 559-560, Finn 1991, p. 15-18 en ook reeds Machiavelli, *Discourses*, I, 34 en 35 (zoals aangehaald door Friedrich 1957, p. 28-29).

Fameus is in dit verband de sage van Lucius Quinctius Cincinnatus (519-439 v. Chr.). In 458 v. Chr. was Rome in een strijd verwickeld met een van zijn buurvölker, de Aequi. In die oorlog raakte, door de onbekwaamheid van de ene consul als legeraanvoerder, een gehele legerafdeling in het eigen kamp door de vijand omsingeld. In hun nood riepen de Romeinen Cincinnatus ('Kroeskop') tot dictator. Hij was een patriciër die al eerder als consul bekendheid had verworven om zijn onverstoorbare moed en bekwaamheid. Hij bezat een kleine hoeve aan de overzijde van de Tiber. Toen gezanten van de senaat daar aankwamen om hem de uitslag van de stemming mede te delen, was hij zijn akkers aan het ploegen. De volgende ochtend betrad hij als dictator het Forum en riep alle mannen op zich te wapenen. Hij stelde hen in legioenen op en nam zelf het opperbevel. Om middernacht kwam het Romeinse leger aan bij het kamp van de Aequi. In de stilte van de nacht omsingelde hij nu op zijn beurt de vijanden; en om hen heen liet hij de soldaten een palissade oprichten. Toen het werk bijna klaar was, beval Cincinnatus de zijnen de strijdkreet aan te heffen. Nu vatten de ingesloten Romeinse troepen moed en gingen ten aanval; zodra de dictator zijn verschansingen klaar had ondernam hij van de andere kant eveneens een aanval. De Aequi merkten dat ze tussen twee vuren zaten en wilden vrede sluiten. Cincinnatus stond hen de vrije aftocht toe op voorwaarde dat zij hun wapens en hun bevelhebbers aan de Romeinen zouden uitleveren. Op de zestiende dag legde de dictator na het volbrengen van zijn taak zijn ambt neer en keerde terug naar zijn ploeg. Twintig jaar later zou hij nogmaals, op 80-jarige leeftijd, tot het dictatorschap geroepen worden, nu om een poging tot een staatsgreep van Spurius Maelius te verijdelen. Ook deze keer wist hij de stad te redden. Hij zond zijn ruiter-overste (*magister equitum*) naar Maelius met de boodschap: 'De dictator roept u'. Maelius trachtte te vluchten en werd door de ruiter-overste gedood.⁸³

In negatieve zin zijn natuurlijk bekend de dictatuur van onder meer Sulla (82-79 v. Chr.) en Caesar (49-44 v. Chr.). Dit waren echter meer dictators in de moderne zin van het woord. Hun aanstelling was niet gebaseerd op het oude Romeinse constitutionele recht, maar op speciaal opgestelde wetten, die min of meer slechts ten doel hadden om bovengenoemden aan de macht te brengen. Het ging dus niet om een daadwerkelijk gewettigde vorm van dictatuur, maar om, in de woorden van Rossiter, 'emergency government on behalf of absolutism'.⁸⁴

Dat betekent echter niet dat over het 'klassieke' Romeinse dictatorschap in het geheel niets negatiefs op te merken valt. Een aspect van het dictatorschap dat onder historici nog altijd bediscussieerd wordt, is de vraag of het dictator-

83 Ontleend aan: *Sesam nieuwe geïllustreerde wereldgeschiedenis*, deel 3, Baarn: Bosch & Keuning 1960, p. 166-168 en Finn 1991, p. 15-16.

84 Rossiter 1948, p. 28; zie ook Svensson-McCarthy 1998, p. 18-19. In 44 v. Chr. liet Caesar zich zelfs uitroepen tot eeuwigdurend dictator, kort daarop werd hij vermoord. Zie ook Schmitt 1928, p. 3-4.

schap niet werd misbruikt in de klassenstrijd tussen patriciërs en plebejers om bepaalde aanspraken van de plebejers tegen te houden. Rossiter stelt echter dat van de ongeveer 90 keer dat in Rome een dictator werd aangesteld slechts in vier gevallen duidelijk sprake was van beoogd repressief optreden jegens de plebejers.⁸⁵ Van min of meer structureel misbruik van het instituut dictator om een bepaalde bevolkingsgroep te onderdrukken lijkt dus geen sprake te zijn.⁸⁶

Waarom ging het instituut dictator in Rome dan uiteindelijk toch teloor? Svensson-McCarthy geeft aan de hand van diverse historische bronnen enkele factoren aan die daarbij waarschijnlijk een rol hebben gespeeld.⁸⁷ In de eerste plaats was er, ondanks het hierboven geschetste relatief positieve beeld, weerstand tegen het dictatorschap; weerstand vanuit de bevolking vanwege de inperking van hun vrijheden en weerstand vanuit het Romeinse bestuur door diegenen wier bevoegdheden tijdens een dictatuur drastisch werden ingeperkt. Er was derhalve toch een continue beweging om de absolute bevoegdheden van de dictator in te perken. Vanaf ongeveer 300 v. Chr. werden de bevoegdheden van de dictator langzamerhand weer onderworpen aan het recht van *intercessio* en van *provocatio*. Daarnaast werd het instituut dictator in de loop van de tijd onduidelijker. Aanvankelijk was er slechts één type dictator, namelijk de dictator *optimo jure*. Dit was de klassieke 'crisismanager'. Vanaf 363 v. Chr. werden echter ook zogenaamde dictators *imminuto jure* aangesteld. Deze hadden echter vooral administratieve en religieuze taken en hadden geen bemoeienis met de beheersing van enige crisissituatie. Het exclusieve karakter van het instituut ging hiermee enigszins verloren. Ten slotte namen in de loop van de derde eeuw v. Chr. de gevaren voor het voortbestaan van Rome beduidend af. De interne klassenstrijd kwam tot een einde doordat de eisen van de plebejers werden ingewilligd en Rome had alle naburige tegenstanders verslagen en begon zich uit te breiden tot een groot rijk. De veiligheid van de republiek was derhalve niet direct meer in gevaar.

Schmitt voegt hier nog aan toe dat de uitbreiding van het rijk ook een wijziging van de militaire bezigheden met zich bracht, waardoor een ambtstermijn van zes maanden voor een dictator niet meer paste. Oorlogen werden niet meer in de omgeving van Rome gevoerd, maar (ver) buiten het Italiaanse schiereiland. Het waren ook meer veroveringsoorlogen dan verdedigingsoorlogen.

Nadat omstreeks 200 v. Chr. het instituut dictator in onbruik raakt, duikt enige tijd later in de geschiedenis van de Romeinse republiek (vanaf 133 v. Chr.) een andere vorm van noodbestuur op, die door Schmitt wel wordt aangeduid als 'quasi-dictatuur': het *senatus consultum ultimum*.⁸⁸ Dit betekent

85 Rossiter 1948, p. 22

86 Zo ook Svensson-McCarthy 1998, p. 17.

87 Svensson-McCarthy 1998, p. 17-18.

88 Schmitt 1928, p. 3.

dat in tijden van nood de collegiale bestuursvorm weliswaar behouden blijft, maar de burger toch wordt overgeleverd aan een gezag dat niet minder absoluut is dan dat van de dictator.⁸⁹ Mommsen geeft een vrij uitvoerige analyse van dit ‘*consularisch-senatorische Kriegsstandrecht*’. Hij maakt hierin een vergelijking tussen de macht over leven en dood, die de consuls aan het *senatus consultum ultimum* ontleenden, en het algemene beginsel van de primitieve staatsnoodweer. Krachtens dat beginsel kon iedere burger namelijk in de uiterste nood naar de wapens grijpen om invallers en oproerlingen – ook als dit Romeinse burgers waren – met geweld te keren. Het *senatus consultum ultimum* stelde de consuls in staat om iedere tot *hostis* verklaarde burger zonder vorm van proces te laten doden, ook indien hij reeds geen gevaar meer opleverde of zelfs voordat hij tot vijandige handelingen was overgegaan. Soms werd namelijk in een algemene formule bepaald dat allen die betrokken waren bij bepaalde handelingen (bijvoorbeeld zij die zich na een bepaald tijdstip bevonden bij een rebellengroep of een andere groep van binnenlandse politieke tegenstanders) vijanden van de staat waren, die gegrepen en gedood moesten worden. In het latere republikeinse Rome vielen zo tijdens een noodtoestand rechtspraak en tenuitvoerlegging, recht en macht(suitoefening) vrijwel geheel samen.⁹⁰ De eventuele grenzen aan de noodbevoegdheden in deze periode zijn veel moeilijker in kaart te brengen dan in de tijd van de klassieke dictators. Het *senatus consultum ultimum* komt tot 40 v. Chr. voor.⁹¹

2.3.3 Hernieuwd constitutionalisme na Middeleeuwen en Renaissance: Britse oproerwetgeving

Na de ondergang van het Romeinse Rijk viel de Europese samenleving bijna volledig terug in de traditionele, hoofdzakelijk agrarische, levensstijl, die gedurende de hele Middeleeuwen bleef domineren. In het feodale systeem met een sterke versnippering van de economische, politieke en militaire macht vervaagde de staatsidee weer en kwam het (geschreven) staatsrecht niet tot een krachtige ontwikkeling. Als gevolg daarvan is het in deze periode dan ook tevergeefs zoeken naar een bijzondere (wettelijke) regeling voor tijden van nood.⁹² Pas eind vijftiende, begin zestiende eeuw begon met het teruggrijpen op de Griekse en Romeinse beschaving in de Renaissance een nieuwe

⁸⁹ Prins 1956, p. 83-85.

⁹⁰ Mommsen 1888, p. 1240-1249; Zie ook Schmitt 1928, p. 2-4.

⁹¹ Schmitt 1928, p. 3.

⁹² Schmitt 1928, p. 43-68 lijkt ook het optreden van de zgn. ‘commissioners’, ambtenaren van de Middeleeuwse vorsten in o.m. Frankrijk, Engeland, Italië en Duitsland met bijzonder ingrijpende bestuurlijke en rechtsprekende bevoegdheden, aan te merken als geregeerde noodbevoegdheden. Het is echter niet geheel duidelijk of het optreden van deze commissioners nu gezien moet worden als geregeerd optreden voor noodsituaties of als structureel machtsmisbruik en onderdrukking.

aanval op het traditionele cultuurpatroon. Er ontstond een verticaal geordende gezagsstructuur met centralisatie van de politieke macht. Dit kwam het duidelijkst naar voren in de absolute monarchieën die Europa gingen beheersen. In deze absolute monarchieën was de soevereiniteit van de vorst in *alle* gevallen, dus ook in tijden van nood, *onbeperkt*.⁹³

Pas toen vervolgens de absolute regeringsvorm plaatsmaakte voor een constitutionele, ontstond opnieuw behoefte aan bijzondere bevoegdheden en (geschreven) regels voor noodsituaties.⁹⁴ Geschreven staatsnoodrecht wordt dan ook het eerst aangetroffen in Engeland, het land van de oudste constitutionele documenten (onder meer de *Magna Charta*) en de oudste parlementaire democratie van Europa.⁹⁵ In een van de eerste grote constitutionele documenten van de Nieuwe tijd, de *Petition of Right* van 1628, kwam reeds een aantal opmerkingen over noodtoestanden voor. Onder punt 7 werd gesteld dat een aantal van de volmachten die de koning aan zijn *commissioners* had verstrekt om op grond van oorlogsrecht (*martial law*) op te treden, in strijd waren met de traditionele wetten en het gewoonterecht (*common law*).⁹⁶ Daarbij ging het dan in het bijzonder om de mogelijkheid dat personen door een buitengewoon tribunaal (*court-martial*) 'standrechtelijk' ter dood veroordeeld konden worden.⁹⁷ Dit concept van *martial law* was na 1300 tot ontwikkeling gekomen. Aanvankelijk werd het alleen toegepast op militairen, maar vanaf de veertiende eeuw ook op burgers zoals landlopers, publicisten, oproerkraaiers en rebellen. De toepassing bleef echter beperkt tot perioden van oorlog of grote opstanden. Na 1550 werd *martial law* steeds meer ook toegepast buiten oorlogstijd jegens allerhande burgers die op geen enkele wijze bij enige vorm van gewapende opstand betrokken waren. Svensson-McCarthy schrijft hierover:

'In 1556, for instance, Mary Tudor thus authorised, for the first time, the use of martial law against "vagabonds" and "idle and masterless men". She also used martial law to silence those who opposed her religious policy as well as in order to suppress sedition. The resort to martial law as a peacetime measure to stifle

93 Stern 1980 p. 1297. Forsthoff 1971, p. 669: 'Der Ausnahmezustand ist ein für den Verfassungsstaat typisches Rechtsinstitut. Denn wo ein Staatsorgan, wie etwa der absolute Monarch, über die ganze Fülle der Staatsgewalt verfügt, bedarf es außergewöhnlicher Vollmachten zur Bewältigung schwieriger Situationen nicht.' Rossiter 1948, p. 80: 'It is unnecessary to suspend rights that do not exist or augment powers that are already absolute.'

94 Brainich von Brainich Felth 1993, p. 8 stelt: 'De juridische noodzaak tot het invoeren van wettelijk staatsnoodrecht werd gevormd door de juridisering van de staatsmacht en de vrijheidsrechten'. Zie ook Prins 1911, p. 24 en 50.

95 Prins 1911, p. 50.

96 Tekst opgenomen in A.J. Peaslee, *Constitutions of Nations*, Vol. III, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers 1968, p. 1031-1032.

97 Zie Wade & Bradley 1993, p. 583. Een dergelijk tribunaal bestond doorgaans uit militairen en het optreden van deze tribunalen was niet te vergelijken met de rechtsgang voor een 'gewoon' gerecht.

inconvenient opposition to the Crown continued under Elisabeth and culminated under Charles I when people consequently could be tried by military courts on crimes against the ordinary law.⁹⁸

In zijn *Study of the Law of the Constitution* merkt Dicey op dat dit soort *martial law* niet past binnen de Engelse constitutie. Executies op grond van *court-martial* vonnissen zijn onwettig:

‘Soldiers may suppress a riot as they may resist an invasion, they may fight rebels just as they may fight foreign enemies, but they have no right under the law to inflict punishment for riot or rebellion. During the effort to restore peace, rebels may be lawfully killed just as enemies may be lawfully slaughtered in battle, or prisoners may be shot to prevent their escape, but any execution (independently of military law) inflicted by a court-martial is illegal, and technically murder.’⁹⁹

Een systeem waarin tijdens een uitzonderingstoestand gewone burgers door een buitengewoon (militair) tribunaal zouden kunnen worden veroordeeld wijst hij geheel van de hand als niet thuishorend in het Engelse rechtsstelsel; hetgeen door de hedendaagse Britse staatsrechtelijke handboeken nog altijd bevestigd wordt.¹⁰⁰

Om dit standpunt goed te doorgronden is enige nadere informatie vereist. Dicey wijst niet elke vorm van *martial law* af. Hij betoogt dat dit begrip in het Britse recht op twee manieren wordt gebruikt, doorgaans om een bestuursvorm voor een gebied aan te duiden waarbij militaire tribunalen de jurisdictie van de normale rechtbanken opzijzetten. Deze vorm wijst hij af.¹⁰¹ De andere vorm van *martial law* is echter wel degelijk onderdeel van het Britse recht:

‘Martial law is sometimes employed as a name for the common law right of the Crown and its servants to repel force by force in the case of invasion, insurrection, riot, or generally of any violent resistance to the law. This right, or power, is essential to the very existence of orderly government, and is most assuredly recognised in the most ample manner by the law of England.’¹⁰²

98 Svensson-McCarthy 1998, p. 20

99 Dicey 1959, p. 293.

100 Zie o.m. De Smith & Brazier 1989, p. 524; Hood Phillips & Jackson 1987, p. 358; Wade & Bradley 1993, p. 584.

101 Een opvatting die, behalve op de *Petition of right* van 1628, volgens Jaenicke 1955, p. 91, reeds te baseren is op de uitspraak in de zgn. *Proclamations' Case* uit 1611, waarin de rechter bepaalde dat de Kroon geen delicten kon creëren dan door middel van een parlementaire wet.

102 Dicey 1959, p. 288. Volgens Jaenicke is niet helemaal duidelijk wat de oorsprong van dit recht zou zijn. Er zijn auteurs die het als een uitvloeisel van de koninklijke prerogatieven zien, maar andere auteurs beschouwen het als een onderdeel van de *common law*. Het bestaan van dit *common-law* recht is o.m. bevestigd in de uitspraken *The King v. Pinney* (1832) 5 Car. & P. 254 en *Charge to the Bristol Grand Jury* (1832) 5 Car. & P. 261. Een uitvoerig overzicht van de overige relevante precedënten op dit punt wordt geboden door Jaenicke

Dit *martial law* kan zelfs zonder expliciete afkondiging worden toegepast. Het is als het ware een slapende bevoegdheid, die 'actief' kan worden indien de omstandigheden daartoe noodzaken en geen vooraf vastgelegde grenzen kent. De redenen voor het aanvaarden van deze vorm van *martial law* door Dicey zijn gelegen in het feit dat de bij het onderdrukken van de gewelddadigheden betrokken overheidsdienaren en burgers gewoon in rechte (zowel civielrechtelijk als strafrechtelijk) aansprakelijk zijn voor hun daden en in het feit dat – gedurende of eventueel na afloop van de periode van *martial law* – de vraag of er sprake is van een situatie die het gebruik van *martial law* rechtvaardigde en of de getroffen maatregelen echt nodig waren, is onderworpen aan het oordeel van de gewone rechter of van een jury.¹⁰³ De erkenning van deze *ongeschreven* noodbevoegdheid (of: subjectief staatsnoodrecht; vergelijk § 2.1.3) van de Britse Kroon – die via het Britse kolonialisme overigens werd geëxporteerd naar het staatsbestel van vele landen over de hele wereld – betekende echter niet dat in het Britse recht geen *geschreven* noodwetgeving tot ontwikkeling kwam.

In het Engeland van eind zeventiende, begin achttiende eeuw kwamen regelmatig plaatselijke opstanden voor (het betrof gewelddadigheden door aanhangers van de Stuarts, die op dat moment in een strijd om de Britse Kroon waren gewikkeld met het huis Hannover).¹⁰⁴ Het bedwingen daarvan was, in overeenstemming met het stelsel van *self-government* overgelaten aan de graafschapsbesturen. Zij beschikten hiertoe echter niet over bijzondere bevoegdheden. In 1714 werd daarom de *Riot-Act* in het leven geroepen. In het algemeen wordt de *Riot-Act* aangemerkt als de eerste na-middeleeuwse specifieke noodwet. Deze wet maakte het mogelijk dat deelname aan tumultueuze volksoplopen (*rioting*), waarbij minimaal twaalf personen betrokken waren, zwaarder werd bestraft dan onder het normale recht.¹⁰⁵ Hiertoe moest de menigte eerst, door het voorlezen van een bepaalde proclamatie, bevolen worden zich te verspreiden. Een uur na dit voorlezen trad dan het bijzondere rechtsregime in werking.¹⁰⁶ Dit bijzondere rechtsregime bood niet alleen de mogelijkheid van zwaardere bestraffing, het legde ook vast dat legertroepen of anderen die betrokken waren bij het uiteenjagen van opstandige menigten niet aansprakelijk

1955, p. 79-92.

103 Dicey 1959, p. 287 en 290-291; Rossiter 1948, p. 143. Vgl. De Smith & Brazier 1989, p. 525-526.

104 Rossiter 1948, p. 137.

105 Onder *common law* was 'rioting' reeds een *misdemeanour* waartegen door de bevoegde autoriteiten opgetreden kon worden. De *Riot-Act* maakte zwaardere bestraffing, nl. als *felony*, mogelijk.

106 Dit bevel is algemeen bekend geworden als 'to read the Riot-Act'. Het bevel luidde: 'Our Sovereign Lord the King chargeth and commandeth all persons, being assembled, immediately to disperse themselves and peaceably to depart to their habitation or to their lawful business, upon the pains contained in this Act, made in the first year of King George for preventing tumults and riotous assemblies. God save the King.'

zijn voor het veroorzaken van dood of letsel bij de opstandelingen.¹⁰⁷ Het was echter niet ongebruikelijk om eerst door voorlezing van de proclamatie te trachten om de menigte zich te laten verspreiden alvorens over te gaan tot het gebruik van geweld. Door deze praktijk is later de onjuiste indruk ontstaan dat zonder voorafgaande proclamatie geen geweld mocht worden toegepast.¹⁰⁸

Naast de *Riot-Act* was tot aan 1914 in Groot-Brittannië nauwelijks sprake van noodwetgeving waarin speciale bestuursstructuren en -bevoegdheden voor noodsituaties werden gecreëerd.¹⁰⁹ Het uitblijven van grote opstanden, revoluties of invallen door buitenlandse mogendheden bracht met zich dat in Groot-Brittannië, zeker in vergelijking met andere Europese staten, weinig aanleiding was voor het tot stand brengen van dergelijke noodwetten. In overeenstemming met een van de grondslagen van het Britse rechtssysteem, namelijk de *Sovereignty of Parliament*,¹¹⁰ bleef ook in perioden van oorlog het 'normale' wetgevende apparaat functioneren en werden zo nodig (en slechts zeer zelden) bijzondere maatregelen getroffen door middel van een *Act of Parliament*.¹¹¹ Tijdens de Brits-Franse oorlogen in de achttiende eeuw is het incidenteel voorgekomen dat het Britse parlement niet kon functioneren. In die gevallen werd met noodmaatregelen opgetreden door de Kroon, die dan werden gebaseerd op het zogenaamde *royal prerogative* of op andere beginselen van *common law*¹¹² en doorgaans achteraf werden 'gelegaliseerd' door een parlementaire indemniteitswet.¹¹³

107 Rossiter 1948, p. 137.

108 Dicey 1959, p. 287-291.

109 Pas in de tweede helft van de negentiende eeuw werden in enkele wetten bijzondere bepalingen voor noodsituaties en oorlog opgenomen, o.m. in de *Telegraph Act* van 1863, de *Regulation of the Forces Act* van 1871 (nationalisatie van de spoorwegen) en de *Bank Holidays Act* van 1871 (gedwongen sluiting van banken). Zie Rossiter 1948, p. 137.

110 Jaenicke 1955, p. 60-66; zie over de *sovereignty of parliament* in het algemeen o.m. Dicey 1959, p. 91.

111 Waarbij deze Acts m.n. gericht waren op het optreden van de Britse troepen buiten het eigen grondgebied.

112 Zie over deze beginselen o.m. Jaenicke 1955, p. 63 en p. 73-97. Locke omschreef in zijn *Second treatise of civil government* het koninklijk prerogatief zo ruim, dat het ook basis biedt aan allerhande noodbevoegdheden: 'Prerogative being nothing but a power in the hands of the prince, to provide for the public good in such cases, which depending upon unforeseen and uncertain occurrences, certain and unalterable law could not safely direct; whatsoever shall be done manifestly for the good of the people, and the establishing the government upon its true foundations, is, and will always be just prerogative.' Aangehaald in Prins 1911, p. 29.

113 Rossiter 1948, p. 135-138, p. 138: 'A Leading example of illegal executive initiative made legal by subsequent parliamentary approval occurred in 1766. In the presence of a serious food shortage and in the absence of Parliament, the King (...) permitted the promulgation of a royal proclamation laying an embargo on all ships laden with wheat and flour, in direct derogation from existing law. The responsible ministers were eventually indemnified by Parliament, but not without some difficulty.'

Dit tot stand brengen van regelgeving in noodsituaties via het ‘normale’ wetgevingsproces en de praktijk van het achteraf legaliseren via indemniteitswetten worden door Rossiter en Jaenicke mede verklaard vanuit het feit dat in het Britse parlementaire meerderheidsstelsel, wetsvoorstellen door het kabinet ingediend – zeker in dergelijke omstandigheden – op weinig parlementaire tegenstand hoefden en hoeven te rekenen.¹¹⁴

De hierboven beschreven onjuiste indruk van de Engelse *Riot-Act* heeft duidelijk zijn invloed gehad op de Franse wetgeving. Kort na de revolutie in 1789 had Frankrijk te maken met een situatie van snel om zich heen grijpende anarchie. Een daadkrachtig optreden tegen samenscholingen vereiste bijzondere bevoegdheden voor de plaatselijke autoriteiten met betrekking tot volksoptochten. Daar tegenover stond echter het gedachtegoed van de revolutie, zoals onder meer verwoord in artikel 5 van de *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*, dat optreden tegen dergelijke uitingen van de volkswil die niet bij de wet verboden waren, afwees.¹¹⁵ Dit resulteerde in de *loi martiale* van 21 oktober 1789.¹¹⁶ Volgens deze wet moesten de plaatselijke autoriteiten in geval van een oproer de menigte eerst in staat stellen zes personen uit haar midden aan te wijzen om hun grieven kenbaar te maken. Ging de menigte vervolgens niet uiteen en leek het nodig haar te verspreiden, dan moest een bijzondere rechtstoestand worden afgekondigd die de samenschatting bestempelde als een bedreiging van de openbare orde. Dit geschiedde door het ontplooiën van een rode vlag aan het raadhuis. Er mocht pas geweld worden gebruikt om de menigte uiteen te jagen nadat de *officiers municipaux* haar drie maal hadden gesommeerd zich te verspreiden.¹¹⁷

Door het hijsen van de rode vlag aan het raadhuis werd een bijzondere rechtstoestand in het leven geroepen, die weer eindigde als een witte vlag werd gehesen. Gedurende de uitzonderingstoestand was het plaatselijk bestuur bekleed met macht die het anders niet bezat: het kon gewapenderhand (laten) optreden tegen iedere samenschatting.¹¹⁸

De eerste verschijningsvorm van objectief staatsnoodrecht die in de Nieuwe tijd tot ontwikkeling kwam, was derhalve de oproerwetgeving die in Engeland

114 Rossiter 1948, p. 139; Jaenicke 1955, p. 65. De greep van de regering op het totstandkomen en de inhoud van de (nood)wetgeving is in beide gevallen dus zeer groot. Dat de verschillende Britse kabinetten van deze sterke positie niet vaker misbruik hebben gemaakt, is volgens Rossiter het bewijs van ‘the comparatively smooth tenor of English history’ en van ‘the constitutional maturity of the English people’.

115 Artikel 5 *Déclaration*: ‘Tout ce qui n’est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu’elle n’ordonne pas’.

116 Prins 1911, p. 51-53; Prins 1956, p. 86-88.

117 Dit moest met de volgende woorden: ‘Avis est donné que la loi martiale est proclamée, que tous attroupements sont criminels; on va faire feu: que les bons citoyens se retirent’. De sommatie kon achterwege blijven als de menigte van haar kant reeds was overgegaan tot gewelddadigheden.

118 Waar de *Riot-Act* slechts rechtsgevolgen had voor de deelnemers aan een bepaalde ‘riot’, had de *loi martiale* dus een veel algemener karakter.

ontstond en in Frankrijk werd overgenomen. Hierbij was hoofdzakelijk sprake van een uitbreiding van de bevoegdheden van de *plaatselijke* besturen. Bij de tweede verschijningsvorm was het doel echter veeleer versterking van het *centraal* gezag. Het gaat dan om de wettelijke regeling van de staat van oorlog en de staat van beleg.

2.3.4 Frankrijk: de bakermat van de staat van beleg

De oorsprong van de regeling van de staat van oorlog en de staat van beleg is te vinden in Frankrijk, waar de regeling in eerste instantie is bedoeld om te gelden in tijden van feitelijke oorlog.¹¹⁹

De *Loi concernant la conservation et classement des places de guerre et postes militaires, la police des fortifications et autres objets relatifs* van 10 juli 1791 heeft betrekking op de organisatie en de werkzaamheden van het militair gezag in vestingen en versterkte plaatsen. De wet maakt daarbij onderscheid tussen drie verschillende toestanden: *l'état de paix, l'état de guerre et l'état de siège* (artikel 6-12). Tijdens de staat van vrede is de handhaving van de openbare orde (*police intérieure*) uitsluitend in handen van de burgerlijke autoriteiten. Tijdens de staat van oorlog blijft de verantwoordelijkheid bij het burgerlijk gezag, maar kan de militaire commandant vorderen dat de burgerlijke autoriteiten medewerking moeten verlenen aan openbare orde- en veiligheidsmaatregelen. Tijdens de staat van beleg zijn de verhoudingen omgedraaid: alle grondwettelijke bevoegdheden met betrekking tot de openbare orde en veiligheid gaan van de burgerlijke autoriteiten over op de militaire commandant, die verder naar eigen verantwoordelijkheid kan handelen.¹²⁰

Op grond van deze wet kan een vesting of versterkte plaats bij wet of door de koning¹²¹ in staat van oorlog worden verklaard. De staat van beleg treedt

119 Prins 1911, p. 53. Hij meldt over het ontstaan: 'De oorsprong der woorden "staat van oorlog en beleg" is niet te vinden, maar zeker is, dat de term reeds bekend was lang voordat wettelijke regeling van de toestand plaatsvond'. Hij tekent hierbij aan dat het woord reeds rond 1870 voorkomt en dan betekent: 'un project de guerre, réglé, bien entendu et également bien exécuté' en dat in het Crimineel Wetboek voor de militie van de staat van 1799 reeds van bijzondere straffen, die tijdens de staat van beleg kunnen worden opgelegd, wordt gesproken, hoewel er op dat moment in Nederland nog geen wettelijke regeling terzake is. Rossiter 1948, p. 79 lijkt dit te bevestigen. Hij noemt de Franse staat van beleg 'more a product of history than of legislative activity' en benadrukt de militaire oorsprong en het militaire karakter ervan. Volgens hem ontwikkelde de staat van beleg zich in de loop van de tijd van een incidenteel gehanteerd (en nergens duidelijk vastgelegd) instrument voor tijden van oorlog tot een wettelijk geregeld, maar tevens algemener en breder inzetbaar middel voor de bestrijding van allerhande crises. Zie ook Gmelin 1921, p. 156 en Svensson-McCarthy 1998, p. 36.

120 Prins 1956, p. 89.

121 In geval het wetgevend orgaan niet bijeen was. Bekrachtiging door de wetgever was dan noodzakelijk.

echter van rechtswege in zodra een plaats wordt aangevallen, of wanneer als gevolg van insluiting door de vijand de verbindingen met de buitenwereld zijn verbroken. De staat van beleg kan dan worden omschreven als een verzwaarde vorm van de staat van oorlog, voor situaties waar het gevaar zo groot is dat volledige onderwerping van de burgerlijke autoriteiten (en de burgers) aan het militair gezag gerechtvaardigd wordt geacht. Het effect van deze noodtoestandsregeling blijft echter in zeker opzicht beperkt aangezien de wet alleen toegepast kan worden op oorlogsgebieden en militaire vestingen en niet op andere gebieden (en de inwoners daarvan).¹²²

In het tijdens het eerste decennium na de revolutie roerige Frankrijk blijkt de wet van 1791 al spoedig te weinig mogelijkheden te bieden om in noodsituaties adequaat op te treden. De militaire commandant van een in staat van beleg gestelde plaats heeft tegenover de burgers niet meer bevoegdheden dan die, welke in normale tijden aan het burgerlijk gezag toekomen.¹²³ Bij wet van 10 fructidor an V (27 augustus 1797) wordt de mogelijkheid tot het instellen van een staat van beleg weliswaar uitgebreid – naast vestingen kan ook voor andere plaatsen een staat van beleg worden ingesteld en dit kan niet alleen in een oorlogssituatie, maar ook in geval opstand of rebellie – maar de bevoegdheden van de commandant blijven beperkt.¹²⁴ Hij heeft wel ordebevoegdheden, maar geen rechterlijke bevoegdheden, zoals het toepassen van standrecht tegen oproerkraaiers.¹²⁵

Bij de wetten van 12 juli en 31 augustus 1799 worden deze bevoegdheden wel geschapen. In gebieden die door het wetgevend lichaam *en état de troubles civils* worden verklaard, kunnen krijgswetten worden ingesteld die opstandelingen zullen berechten. Ook in de Franse constitutie van 13 december 1799 (22 frimaire an VIII) wordt in artikel 92 een bepaling opgenomen die het mogelijk maakt om een gedeelte van de Grondwet (voor een bepaald gebied en een bepaalde duur) bij wet op te schorten in geval van gewapend verzet of bedreiging van de veiligheid van de staat.¹²⁶

In het laatste decennium van de achttiende eeuw ontwikkelen zich in Frankrijk zo eigenlijk twee vormen van de staat van beleg: een militaire (in te zetten in geval van oorlog met andere mogendheden) en een meer politieke (om binnenlands oproer te onderdrukken). Vooral deze laatste vorm wordt

¹²² Svensson-McCarthy 1998, p. 37.

¹²³ De Franse Grondwet van 1791 voorziet ook niet in de mogelijkheid van het afwijken van de wet of opschorten van grondrechten in tijden van nood.

¹²⁴ Zie Rossiter 1948, p. 80-81.

¹²⁵ Prins 1956, p. 90.

¹²⁶ Dit artikel luidde: 'Dans le cas de révolte à main armée, ou de troubles qui menacent la sûreté de l'Etat, la loi peut suspendre, dans les lieux et pour le temps qu'elle détermine, l'empire de la Constitution. Cette suspension peut être provisoirement déclarée dans les mêmes cas, par un arrêté du Gouvernement, le corps législatif étant en vacance, pourvu que ce corps soit convoqué au plus court terme par un article du même arrêté.' Ontleend aan: Ch. Debbasch & J.-M. Pontier, *Les Constitutions de la France*, Paris: Dalloz 1983, p. 109.

in de jaren van het eerste consul- en keizerschap van Napoleon Bonaparte veelvuldig misbruikt in zijn jacht op de absolute heerschappij.¹²⁷ In 1811 wordt in het *Décret Impérial relatif à l'organisation et au service des Etats-majors des places* een volledige regeling van de staat van oorlog en de staat van beleg gegeven. Behalve door krijgshandelingen kan dan ook door keizerlijk decreet de staat van oorlog of staat van beleg verklaard worden. Vooral in de staat van beleg krijgt het militair gezag uitgebreide, maar ook nauwkeurig omschreven bevoegdheden. De gewone rechterlijke colleges kunnen dan tevens worden vervangen door militaire rechtbanken.¹²⁸ Dit laatste is echter in strijd met artikel 85 van de hierboven genoemde constitutie van 1799 dat berechting door buitengewone tribunalen alleen toelaat voor militairen. De kwestie van de speciale militaire tribunalen is een van de redenen voor het grote ongenoegen onder de burgers van Parijs tijdens een staat van beleg vanwege ernstige wanordelijkheden in 1832. Er worden speciale 'oorlogstribunalen' opgericht om aan de opstand gerelateerde misdrijven te berechten, aangezien de regering betwijfelt of de gewone rechtbanken wel in haar voordeel zullen beslissen. De wettigheid van deze oorlogstribunalen wordt aangevochten voor de gewone Franse rechter en verschillende malen worden uitspraken van deze tribunalen vernietigd en worden de betreffende zaken terugverwezen naar de gewone gerechten.¹²⁹

De ontwikkelingen in de regelgeving over de staat van beleg gaan weer verder als de Juli-monarchie ineensloot.¹³⁰ In de Grondwet van de Tweede Franse Republiek (1848) wordt een bepaling opgenomen die aangeeft dat bij wet moet worden vastgelegd in welke gevallen de staat van beleg mag worden uitgeroepen, op welke wijze dat moet geschieden en wat de gevolgen van de staat van beleg zijn.¹³¹ Deze wet komt tot stand op 9 augustus 1849. De wet bepaalt dat de staat van beleg kan worden uitgeroepen in geval van oorlog of van een gewapende opstand.¹³² Dit uitroepen dient in principe bij formele wet te geschieden.¹³³ Bij uitzondering is het ook mogelijk bij zogenaamd 'regeringsdecreet', dat wel door het parlement moet worden bekrachtigd. Tijdens de staat van beleg komen alle openbare-orde-bevoegdheden te liggen bij de militaire autoriteiten. De rechtsmacht van militaire rechtbanken wordt

127 Rossiter 1948, p. 81.

128 Prins 1911, p. 55

129 Svensson-McCarthy 1998, p. 39.

130 Het burgerkoningschap van Louis Philippe van Orléans, 1830-1848.

131 Art. 106: 'Une loi déterminera les cas dans lesquels l'état de siège pourra être déclaré, et réglera les formes et les effets de cette mesure.' Rossiter 1948, p. 81 vermeldt dat deze grondwetsbepaling hoogstwaarschijnlijk werd ingegeven door de goede ervaringen met het instellen van een staat van beleg voor Parijs. In de roerige eerste dagen van de Tweede Republiek (juni 1848) stelde de Nationale Vergadering een staat van beleg in voor de stad Parijs en gaf de leiding voor dit gebied aan generaal Carvaignac. De staat van beleg duurde tot oktober 1848 en de generaal kon in die periode de openbare orde geheel herstellen.

132 Art. 1 lid 1 Wet van 3 april 1878.

133 Art. 1 lid 2 Wet 3 april 1878.

uitgebreid tot alle burgers en ook opschorting van bepaalde grondrechten is toegestaan. Zo kunnen onder meer de vrijheid van vereniging en vergadering en de vrijheid van meningsuiting worden opgeschort (bijeenkomsten en publicaties die als een bedreiging voor de openbare orde worden beschouwd, kunnen zonder meer worden verboden). Daarnaast heeft het militair gezag onbeperkte bevoegdheden tot het verrichten van huiszoeken en tot deportatie van personen die niet wonen in het gebied waarvoor de staat van beleg geldt.¹³⁴

Napoleon III maakt als president en later keizer (1852-1871) veelvuldig gebruik – en ook misbruik – van de staat van beleg. In artikel 12 van de Grondwet van het Tweede Franse Keizerrijk (1852) eigent hij zich de bevoegdheid tot het uitroepen van de staat van beleg geheel zelf toe, de wetgevende vergadering heeft dan nog slechts een adviserende bevoegdheid. Tijdens de Frans-Pruisische oorlog bevindt een groot deel van Frankrijk (meer dan 40 departementen) zich onder een staat van beleg. Dit grootschalig gebruik van de staat van beleg roept veel weerstand op. Desalniettemin blijft de wet van 1849 ook na de abdicatie van Napoleon III grotendeels van kracht. Bij wet van 3 april 1878 worden echter wel aanpassingen gepleegd om de systematiek bij het uitroepen van de staat van beleg te conformeren aan de nieuwe staatsstructuur van de Derde Franse Republiek.

De bevoegdheid tot het uitroepen van een staat van beleg komt dan weer bij de formele wetgever te liggen en de wet waarbij dit geschiedt moet ook aangeven voor welk gebied en welke tijdsduur de staat van beleg geldt. Bij het verstrijken van de aangegeven periode vervalt de staat van beleg automatisch en kan alleen worden verlengd door een nieuwe wet.¹³⁵ Eventueel kan de president, op advies van de ministerraad, de staat van beleg uitroepen, maar dan moet het parlement automatisch twee dagen later bijeenkomen om dit te bekrachtigen. Als het parlement ontbonden is, kan de staat van beleg nimmer worden uitgeroepen, behalve voor gebieden die daadwerkelijk door vijandelijke troepen belegerd worden.¹³⁶ Deze regeling blijft tot ver in de twintigste eeuw in Frankrijk vrijwel ongewijzigd van kracht.

2.3.5 Verdere verspreiding van staatsnoodrecht in het negentiende-eeuwse Europa: Nederland en Duitsland

De wetgeving met betrekking tot de staat van beleg zoals die in Frankrijk tot ontwikkeling komt, heeft gediend als voorbeeld voor het staatsnoodrecht in

134 Een Engelse vertaling van de wet van 9 augustus 1849 is opgenomen in Rossiter 1948, p. 82-83.

135 Art. 1 van de wet van 4 april 1878.

136 Art. 2 en 3 van de wet van 4 april 1878.

bijna alle Europese staten.¹³⁷ Ze wordt in Nederland ten tijde van de Bataafse Republiek voor een belangrijk gedeelte gekopieerd. Na de inlijving bij het Franse Keizerrijk in 1810 geldt hier te lande direct de Franse wetgeving. Ook na de herwonnen onafhankelijkheid in 1813 blijft de Franse wetgeving inzake uitzonderingstoestanden nog lange tijd gehandhaafd. Pas in 1887 wordt in de Nederlandse Grondwet een artikel over het staatsnoodrecht opgenomen (artikel 187).¹³⁸ Dit artikel luidt als volgt:

- ‘1. Ter handhaving van de uit- of inwendige veiligheid kan door of van wege den Koning elk gedeelte van het grondgebied des Rijks in staat van oorlog of in staat van beleg verklaard worden. De wet bepaalt de wijze waarop en regelt de gevolgen.
2. Bij die regeling kan worden bepaald, dat de grondwettelijke bevoegdheden van het burgerlijk gezag ten opzichte van de openbare orde en de politie geheel of ten deele op het militair gezag overgaan, en dat de burgerlijke overheden aan de militaire ondergeschikt worden.
3. Daarbij kan wijders afgeweken worden van de artikelen 7, 9, 158 en 159 der Grondwet.
4. Voor het geval van oorlog kan ook van artikel 156, eerste lid, worden afgeweken.’

Het duurt tot 1899 voordat de zogenaamde ‘Oorlogswet’ tot stand komt,¹³⁹ die uitvoering geeft aan artikel 187 Grondwet en de Franse regelingen van 1791 en 1811 vervangt door nationale wettelijke bepalingen.¹⁴⁰

In Duitsland stammen de eerste grondwettelijke bepalingen over uitzonderingstoestanden uit 1819 en 1820. In de Grondwet van het Koninkrijk Württemberg van 25 september 1819 is de volgende bepaling opgenomen, die de koning zelfstandig het recht geeft om in een noodsituatie alle noodzakelijke maatregelen te treffen:

‘Der König hat aber das Recht, ohne die Mitwirkung der Stände die zu Vollstreckung und Handhabung der Gesetze erforderlichen Verordnungen und Anstalten zu treffen und in dringenden Fällen zur Sicherheit des Staates das Nöthige vorzukehren.’¹⁴¹

¹³⁷ Prins 1911, p. 55-56. Gmelin 1921, p. 156.

¹³⁸ De Staatsregeling voor het Bataafsche Volk van 1798 bevatte ook al enige bepalingen die het Uitvoerend Bewind voor tijden van nood speciale bevoegdheden toekenden, maar deze bepalingen hadden niet zo zeer ten doel de eigen burgers in tijden van nood aan een bijzonder rechtsregime te onderwerpen. Ze waren meer gericht op het leiding geven aan het defensieapparaat. Een tweetal bepalingen uit de Staatsregeling 1798 springt echter in het oog: 1) Art. 120. Het [Uitvoerend Bewind] kan, in tijd van nood, alleen voor zekeren bepaalden tijd, het vertrek der Nationaale en Vreemde Schepen uit de Havens, of van de Rheeden, der Republiek verhinderen, en 2) Art. 121. Het bevordert, in tijd van Oorlog de Kaap-Vaart.

¹³⁹ Officieel: De wet betreffende den staat van oorlog en den staat van beleg van 23 mei 1899.

¹⁴⁰ Zie hierover nader § 2.4.2 *infra*.

¹⁴¹ Stern 1977, p. 1304.

In de Constitutie van het Groothertogdom Hessen van 17 december 1820 is een vergelijkbare bepaling te vinden. De hertog wordt gemachtigd om de staatsveiligheid te beschermen in gevallen van nood.¹⁴² In deze eerste Duitse regelingen met betrekking tot noodtoestanden worden de noodsituaties globaal omschreven en krijgt de vorst een 'blanco volmacht' om die maatregelen te treffen die hij noodzakelijk acht (vergelijkbaar met het Britse *martial law*-concept, zoals aangehangen door Dicey). In de latere Duitse regelingen doet de invloed van de Franse noodwetgeving zich echter gelden.

In de Grondwet van Pruisen¹⁴³ (hierna afgekort als PV) van 5 december 1848, herzien op 31 januari 1850, worden de uitzonderingstoestanden veel uitvoeriger geregeld. Artikel 36 PV regelt de onderdrukking van binnenlandse onlusten.¹⁴⁴ De gewapende macht kan ingezet worden ter bestrijding van binnenlandse onlusten en ter uitvoering van wetgeving. Belangrijk is dat in principe de burgerlijke autoriteiten ook in deze uitzonderingstoestand hun gezag en bevoegdheden behouden. De bijzondere maatregelen kunnen alleen in bij wet aangegeven gevallen worden getroffen, onder de daarin aangegeven voorwaarden.

Ingevolge artikel 111 PV kan artikel 36 in geval van een oorlog of oproer buiten werking gesteld worden.¹⁴⁵ Op grond van dit artikel kunnen ook enige grondrechten opgeschort worden: het recht op persoonlijke vrijheid (artikel 5), het recht op onschendbaarheid van de woning (artikel 6), het *ius de non evocando* en het verbod op uitzonderingsgerechten (artikel 7), de vrijheid van meningsuiting (artikel 27 en 28) en de vrijheid van vereniging en vergadering (artikel 29 en 30). Ook het briefgeheim (artikel 33) is in geval van oorlog aan beperkingen onderworpen. Er blijven derhalve maar weinig grondrechten over die in uitzonderingstoestanden niet op enigerlei wijze worden beperkt. De nadere uitwerking van deze grondwetsbepaling vindt plaats in de *Gesetz über den Belagerungszustand* van 4 juni 1851 (hierna: Pr. BelZG).

Ten slotte bevat ook artikel 63 PV bepalingen over uitzonderingstoestanden.¹⁴⁶ Dit artikel machtigt de minister om wetgeving uit te vaardigen als

142 Braunthal 1971, p. 74.

143 Officieel: Verfassungsurkunde für den preußischen Staat.

144 Dit artikel luidt: 'Die bewaffnete Macht kann zur Unterdrückung innerer Unruhen und zur Ausführung der Gesetze nur in den vom Gesetze bestimmten Fällen und Formen und auf Requisition der Zivilbehörde verwendet werden. In letzterer Beziehung hat das Gesetz die Ausnahmen zu bestimmen.'

145 Dit artikel luidt: 'Für den Fall eines Krieges oder Aufruhrs können bei dringender Gefahr für die öffentliche Sicherheit die Artikel 5, 6, 7, 27, 28, 29, 30 en 36 der Verfassungsurkunde zeit- und distriktweise außer Kraft gesetzt werden. Das Nähere bestimmt das Gesetz.'

146 Artikel 63 PV: 'Nur in dem Falle, wenn die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit oder die Beseitigung eines ungewöhnlichen Notstandes es dringend erfordert, können, insofern die Kammer nicht versammelt sind, unter Verantwortlichkeit des gesamten Staatsministeriums, Verordnungen, die der Verfassung nicht zuwiderlaufen, mit Gesetzeskraft erlassen werden. Dieselben sind aber den Kammern bei ihrem nächsten Zusammentritt zur Genehmigung sofort vorzulegen.'

de openbare veiligheid bedreigt wordt of een bijzondere noodsituatie is ontstaan en de volksvertegenwoordiging niet in staat is om bijeen te komen, zodat de normale wetgevingsprocedure niet gevolgd kon worden. Deze 'wetsverordeningen' mogen echter niet afwijken van de Grondwet en moeten achteraf door de volksvertegenwoordiging goedgekeurd worden, waarbij de minister voor de inhoud verantwoording moet afleggen. In de meeste andere Duitse staten ontwikkelt zich noodwetgeving die in grote lijnen gelijk is aan de Pruisische.

Ook de Duitse *Reichsverfassung* (RV) van 1871 knoopt nadrukkelijk aan bij deze regeling. Artikel 68 luidt:

'Der Kaiser kann, wenn die öffentliche Sicherheit in dem Bundesgebiete bedroht ist, einen jeden Teil desselben in Kriegszustand erklären. Bis zum Erlaß eines die Voraussetzungen, die Form der Verkündigung und die Wirkungen einer solchen Erklärung regelnden Reichsgesetzes gelten dafür die Vorschriften des Preußischen Gesetzes vom 4. Juni 1851.'

De in dit artikel in het vooruitzicht gestelde rijkswetgeving komt niet tot stand, zodat de Pruisische wet van 1851 (Pr. BelZG) tot na de Eerste Wereldoorlog voor het hele Duitse Rijk (behalve Beieren en Württemberg, waar artikel 68 RV niet geldt)¹⁴⁷ in werking blijft.¹⁴⁸ De Duitse keizer is derhalve voor heel het rijk, met uitzondering van de deelstaten Beieren en Württemberg, bevoegd om de staat van oorlog uit te roepen. Aan de afzonderlijke regeringen van de deelstaten komt deze bevoegdheid niet meer toe.¹⁴⁹

Om het rijk (of een deel daarvan) in staat van oorlog te verklaren, moet volgens artikel 68 RV sprake zijn van een 'bedreiging van de openbare veiligheid'. In de Pr. BelZG staat aangegeven dat dit kan in geval van oorlog in een provincie die geheel of gedeeltelijk door de vijand is bezet of in geval van een ernstig oproer. Verder geeft de wet voorschriften voor de afkondiging van de uitzonderingstoestand. Behalve aan de voorschriften die reeds uit de RV voortvloeien (d.w.z. openbaarmaking in het *Reichsgesetzblatt*), moet nog aan een aantal nadere vormvoorschriften worden voldaan: voorlezing en aanplakking.

Na afkondiging van de staat van oorlog gaat de uitvoerende macht over van de civiele naar de militaire autoriteiten (artikel 4 Pr. BelZG), bestaat de mogelijkheid om bepaalde grondrechten op te schorten (artikel 5 Pr. BelZG), kan oorlogsrecht worden toegepast en kunnen militaire gerechten worden ingesteld (artikel 6 Pr. BelZG). Het parlement kan enige invloed uitoefenen op de maatregelen die onder de uitzonderingstoestand worden genomen, maar de maatregelen zijn niet aan parlementaire goedkeuring onderworpen en de

¹⁴⁷ Ingevolge de slotbepalingen van hoofdstuk XI RV. Stern 1977, p. 1306.

¹⁴⁸ Gmelin 1921, p. 157.

¹⁴⁹ In de praktijk is deze uitzonderingstoestand echter in de deelstaat Pruisen meermaals uitgeroepen door de militaire bevelhebber onder goedkeuring van de deelstaatsregering. Vgl. Gmelin 1921, p. 157.

regering hoeft daarover geen verantwoording aan het parlement af te leggen. De parlementaire controle op de noodmaatregelen is dus nog zeer beperkt.¹⁵⁰

2.3.6 Uitzonderingen: bijvoorbeeld België

Ziet men in de 19e eeuw in vele Europese staten, in meer of minder uitgewerkte vorm, objectief staatsnoodrecht tot ontwikkeling komen, in een aantal andere Europese staten komt in het geheel geen speciale wetgeving met betrekking tot uitzonderingstoestanden tot stand. Bij het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog komen deze staten toch voor situaties te staan waarin de normale (grond)wettelijke regels tekort schieten.

Een voorbeeld hiervan is België. Bij het uitbreken van de Eerste Wereldoorlog ontbreekt in België wetgeving met betrekking tot de staat van oorlog of de staat van beleg. De Belgische Grondwet van 7 februari 1831, voortgekomen uit een revolutie en nadrukkelijk gegrond op de idee van de volkssoevereiniteit, bevat geen bepaling die het de wetgever in tijden van oorlog mogelijk maakt om af te wijken van de constitutionele instellingen of grondrechten op te schorten.¹⁵¹ Artikel 130 van de Belgische Grondwet uit 1831 bepaalt dat deze 'noch geheel, noch ten dele' kan worden 'geschorst'.¹⁵² De Belgische Grondwet is dan ook wel gekenschetst als 'onbetwistbaar een Grondwet voor vreedstijd', die geschapen is vanuit de gedachte dat België afzijdig zou blijven in conflicten die de grote mogendheden in Europa tegenover elkaar zouden kunnen plaatsen.¹⁵³

Ingevolge artikel 26 van de Grondwet 1831 wordt de wetgevende macht uitgeoefend door Koning, Kamer en Senaat gezamenlijk. Tussen de drie organen van de wetgevende macht bestaat volstrekt geen hiërarchie: iedere wet moet door de Kamer en de Senaat worden goedgekeurd en door de Koning worden bekrachtigd, afgekondigd en bekendgemaakt.¹⁵⁴ Als op 4 augustus 1914 België door de Duitse legers wordt binnengevallen en daardoor betrokken raakt bij de Eerste Wereldoorlog, wordt het onmogelijk voor de Kamer van Volksvertegenwoordigers en de Senaat om nog bijeen te komen. Hiermee is tweederde van de Belgische wetgevende macht uitgeschakeld. De gevluchte regering stelt zich op dat moment op het standpunt dat onder deze omstandig-

¹⁵⁰ Zie o.m. Stern 1977, p. 1307.

¹⁵¹ Van Dulleman 1946, p. 26. Toen het Belgisch nationaal congres artikel 130 in de Grondwet opnam, stond het onder druk van de gebeurtenissen die in Frankrijk tot de juli-omwenteling van 1830 aanleiding hadden gegeven. Met het artikel werd dan ook vooral beoogd machtsmisbruik te voorkomen. In de woorden van de Belgische staatsrechtgeleerde Mast: 'De grondwetgever heeft staatsgrepen willen verhinderen die in binnenlandse onlusten een rechtvaardiging of een voorwendsel zoeken.' (Mast 1981, p. 469).

¹⁵² Artikel 187 van de huidige Belgische Grondwet uit 1993.

¹⁵³ Zie Ganshof van der Meersch 1950, p. 13.

¹⁵⁴ Artikel 69 Belgische Grondwet.

heden de Koning (met zijn ministers), als enige tak van de wetgevende macht die zijn vrijheid van handelen heeft bewaard, alléén wetten kan maken, hetgeen tot 1918 geschiedt door middel van ‘besluitwetten’. Zo komt op 11 oktober 1916 een besluitwet tot stand die de koning de mogelijkheid geeft om in oorlogstijd en gedurende de staat van beleg bepaalde door de Grondwet gewaarborgde rechten en vrijheden (onder meer de persvrijheid) drastisch in te perken.¹⁵⁵ Na de oorlog wordt de wettigheid van deze handelwijze door het Hof van Cassatie bevestigd.¹⁵⁶

2.3.7 Slotopmerkingen

De voorgaande – en zeer beknopte – blik op de geschiedenis van het (geschreven) staatsnoodrecht maakt duidelijk dat staten en daarmee vergelijkbare samenlevingsverbanden van oudsher hebben getracht te komen tot een georganiseerde reactie op crisissituaties in de vorm van noodregels. Veelal is de oplossing gezocht in het toekennen van bijzondere bevoegdheden aan (het hoofd van) de uitvoerende macht, in het aanstellen van een bijzondere functionaris om de noodsituatie het hoofd te bieden (het Romeinse dictatorschap) of in het overhevelen van burgerlijke bevoegdheden aan militaire autoriteiten (het Britse *martial law*, de Franse staat van beleg).

Wat de geschiedenis ook laat zien is dat de gecreëerde noodbevoegdheden nogal eens worden misbruikt en ingezet in situaties waarvoor ze eigenlijk niet bedoeld zijn (het Romeinse dictatorschap aan het eind van de Republikeinse periode, het Britse *martial law*, de Franse staat van beleg ten tijde van Napoleon III). Dit misbruik heeft dikwijls weer geleid tot afschaffing van de noodbevoegdheden (bijvoorbeeld bij het Romeinse dictatorschap) of tot inperking van die bevoegdheden door de wetgever (zoals in Engeland met de *Petition of Right*).

Uiteindelijk komt in de loop van de negentiende eeuw in bijna alle Europese staten nationale wetgeving tot ontwikkeling waarin een bijzondere rechtstoestand wordt geschapen voor situaties van oorlog, oorlogsgevaar of binnenlandse onlusten die de in- of uitwendige veiligheid van de staat bedreigen. In de ene staat uitgebreider dan in de andere, zo stelt Gmelin vast: ‘Die Gesetzgebung über den Ausnahmezustand hat sich namentlich in den Staaten

¹⁵⁵ Besluitwet betreffende den staat van oorlog en den staat van beleg, *Belgisch Staatsblad*, 15-21 oktober 1916. Zie Alen 1995, p. 813-815. Deze besluitwet behoort nog altijd tot het geldende Belgische recht.

¹⁵⁶ Ganshof van der Meersch 1950, p. 15. Het Hof van Cassatie stelde zich nl. op het standpunt dat de besluitwetten ‘wetten’ waren en daarom ingevolge het toenmalige art. 107 van de Belgische Grondwet niet door de rechter mochten worden getoetst op hun verenigbaarheid met de Grondwet of andere wetten.

entwickelt, in denen sich häufig Umwälzungen ereigneten oder die von Volksbewegungen am ehesten bedroht waren.¹⁵⁷

Het is inderdaad opvallend dat de meest verregaande regelingen voor uitzonderingstoestanden worden aangetroffen in landen die als 'politiek instabiel' kunnen worden aangemerkt. Juist in landen waar na een omwenteling een revolutionair regime aan de macht komt en rechten en vrijheden van burgers in nieuwe grondwetten worden gegarandeerd, komen ook de meest ingrijpende noodtoestandsregelingen voor. Het duidelijkste voorbeeld hiervan is Frankrijk.¹⁵⁸

Dit betekent echter niet dat deze noodwetgeving ten opzichte van de oude regimes geheel geen verbetering voor de rechten en vrijheden van burgers brengt. De noodsituaties waarin van speciale bevoegdheden gebruik mag worden gemaakt worden nader aangeduid (oorlog en oproer) en krijgen een aantal inhoudelijke kenmerken (dringend gevaar voor de openbare veiligheid). De grondwetsartikelen waarvan mag worden afgeweken worden nadrukkelijk opgesomd. De overdracht van bevoegdheden van de vestingcommandant in geval van oorlog wordt ingekaderd. De instelling van bijzondere (militaire) gerechten wordt geregeld evenals het in een bepaalde mate afleggen van verantwoording over het uitroepen van de staat van beleg en uitgevaardigde 'wetsverordeningen' aan de volksvertegenwoordiging. Er is een begin van een stelsel van formele en materiële normen waaraan het staatshoofd of de regering gebonden is.

2.4 STAATSNOODRECHT: ONTWIKKELINGEN IN DE TWINTIGSTE EEUW

De ontwikkelingen met betrekking tot het staatsnoodrecht (zowel het objectieve als het subjectieve) in de twintigste eeuw zijn talrijk en elders reeds uitvoerig beschreven en geanalyseerd.¹⁵⁹ Ik volsta hieronder daarom met het noemen van enkele hoofdpunten in de ontwikkelingen gedurende de eerste helft van de twintigste eeuw in enkele West-Europese landen (het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en Nederland) en een beknopte schets van het huidige Nederlandse staatsnoodrecht. Daarbij ligt het accent uiteraard op die onderdelen van het staatsnoodrecht die te maken hebben met het opschorten van grondrechtenbescherming en het afwijken van het normale (constitutionele) recht.

157 Gmelin 1921, p. 156.

158 Dicey 1959, p. 293 merkt op: '... it is clear that in France, even under the present Republican government, the suspension of law involved in the proclamation of a state of siege is a thing fully recognised by the constitution, and (strange though the fact may appear) the authority of military courts during a state of siege is greater under the republic than it was under the monarchy of Louis Philippe.'

159 Zie o.m. Rossiter 1948; Van den Brandhof 1986; Finn 1991 en Brainich von Brainich Felth 1993.

De ontwikkeling van het staatsnoodrecht tot de Eerste Wereldoorlog is als typisch negentiende-eeuws te beschouwen, beïnvloed door het ‘beperkte’ en territoriaal afgebakende karakter van de gevechtshandelingen (met gevechten rond vestingen, forten en versterkte linies en een strijd die louter gericht was op de uitschakeling van het vijandelijke leger, niet op de vernietiging van de vijandelijke samenleving) en door de opvatting van geslotenheid van het rechtssysteem en rechtspositivisme die in de juridische doctrine de boventoon voerde.¹⁶⁰ Staatsnoodrechtelijk beschouwd begint de twintigste eeuw derhalve in 1914.

2.4.1 De Eerste Wereldoorlog, het interbellum en de Tweede Wereldoorlog

In de Eerste Wereldoorlog werd duidelijk dat een moderne oorlog niet meer kon worden gevoerd zonder de steun van alle sectoren van de maatschappij. De oorlog ging de kenmerken van een totale oorlog vertonen: het gehele grondgebied was betrokken bij de oorlogvoering, de gehele bevolking was betrokken bij de militaire oorlogsinspanningen en elk onderdeel van de economie werd aangewend ter vervulling van de militaire taak.¹⁶¹ Dit had tweërlei consequenties. Enerzijds een uitbreiding van de hoeveelheid noodwetgeving voor allerlei terreinen van het maatschappelijk en economisch leven (vervoer, export, scheepvaart, octrooien, werkgelegenheid, aandelenbeurzen, distributie van goederen, prijzen van levensmiddelen).¹⁶² Anderzijds een besef dat de in buitengewone omstandigheden benodigde bevoegdheden niet langer uitputtend waren te voorzien. Dit besef zou vooral bevestigd worden door het functioneren van de Nederlandse regering tijdens de Tweede Wereldoorlog, maar ook in de aanloop naar de Eerste Wereldoorlog deed zich in Nederland al een situatie voor waardoor dit duidelijk werd. In 1914 werd door de Nederlandse regering bij zelfstandige algemene maatregel van bestuur, dus zonder voorafgaande wettelijke machtiging, een verbod van gouduitvoer ingesteld en feitelijk gehandhaafd, toen de internationale monetaire situatie daartoe noopte. Wettelijke bekrachtiging met terugwerkende kracht volgde binnen vier dagen.¹⁶³ In andere Europese landen deden zich vergelijkbare situaties voor.¹⁶⁴

Tijdens de Eerste Wereldoorlog verkeerde het Verenigd Koninkrijk militair niet in gevaar en afgezien van problemen in het naar onafhankelijkheid stre-

160 Brainich von Brainich Felth 1993, p. xvi, 4-6 en 63. Zie over deze rechtsopvattingen ook § 2.5 *infra*.

161 *Idem*, p. 63-64.

162 Zie de beschrijving van de relevante wetten in Brainich von Brainich Felth 1993, p. 95-110.

163 KB van 31 juli 1914, *Stb.* 1914, nr. 333. Bekrachtigingswet d.d. 3 augustus 1914, *Stb.* 1914, nr. 344. Deze situatie zou zich herhalen in 1936: KB 26 september 1936, nr. 52 en bekrachtigingswet d.d. 30 september 1936, *Stb.* 1936, nr. 101.

164 Zie voor enkele voorbeelden: Van der Pot 1946, p. 11-12.

vende Ierland heerste er ook in het binnenland rust. Desalniettemin was er behoefte aan ruimere bevoegdheden voor de burgerlijke en militaire autoriteiten dan zij volgens het normale recht bezaten. Deze bevoegdheden werden hen voor de duur van de oorlog verleend bij de *Defence of the Realm Acts* van 1914 en 1915. De in deze wetten gehanteerde ruime formuleringen maakten het onder meer mogelijk om Britse staatsburgers preventief te detineren om redenen van staatsveiligheid.¹⁶⁵ Controle op de uitoefening van die bevoegdheden werd uitgeoefend door de gewone rechter. In sommige gevallen bleken allerlei kleinere en ook wel grotere inbreuken op het geldende recht door de Britse autoriteiten toch niet te vermijden. De autoriteiten en ambtenaren die onrechtmatig hadden opgetreden werden echter tegen vorderingen uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter beschermd door de *Indemnity Act* van 1920. Deze legaliseerde als het ware achteraf bepaalde onrechtmatige, maar te goeder trouw ter bescherming van het koninkrijk verrichte, overheids-handelingen.¹⁶⁶ Hoewel tijdens de Eerste Wereldoorlog overheids-optreden gericht op de specifieke oorlogsomstandigheden ook nog wel werd gebaseerd op het in de *common law*-traditie erkende *royal prerogative* van de *emergency powers* (onder meer een verbod handel te drijven met de vijand behoudens vergunning en de inbeslagname of vordering van bepaalde eigendommen, waaronder land en schepen), werd een ontwikkeling in gang gezet om de noodbevoegdheden van de kroon uitvoeriger vast te leggen en te reguleren in geschreven wetten.¹⁶⁷

Ook na de Eerste Wereldoorlog achtte men het in het Verenigd Koninkrijk wenselijk voor gevallen van strikt omschreven nood bij voorbaat aan de Kroon de bevoegdheid tot regering bij 'order in council' te geven. Dit is gebeurd door de *Emergency Powers Act* van 1920. Deze bood de regering de mogelijkheid om een 'state of emergency' af te kondigen indien sprake was van (dreigende) acties die de voorziening van dagelijkse levensbehoeften voor de gemeenschap, zoals voedsel, water en brandstof, in gevaar zouden brengen. Zij voorzag erin dat de afkondiging van de noodtoestand terstond aan het parlement zou worden medegedeeld en slechts een maand van kracht zou blijven, waarna eventueel een nieuwe kon volgen. De onder de noodtoestand getroffen regelingen moesten ook aan het parlement worden voorgelegd en hielden na zeven dagen op te gelden, tenzij het parlement ze verlengde.¹⁶⁸ De *Emergency Powers Act*, die in 1964 werd uitgebreid met een hoofdstuk dat het mogelijk maakte om militairen in te zetten voor bijvoorbeeld agrarische werkzaamheden of andere urgente werkzaamheden van nationaal belang, is in de praktijk vooral gebruikt in noodsituaties veroorzaakt door stakingen (onder meer mijnstakingen in 1921 en 1972, de algemene staking in 1926, de staking van vuilnisopha-

¹⁶⁵ De Smith & Brazier 1989, p. 527.

¹⁶⁶ Van der Pot 1946, p. 12; Hood Phillips & Jackson 1987, p. 363-364.

¹⁶⁷ De Smith & Brazier 1989, p. 526-527; Hood Phillips & Jackson 1987, p. 363-364.

¹⁶⁸ Van der Pot 1946, p. 12; Rossiter 1948, p. 171-183; Hood Phillips & Jackson 1987, p. 360-361.

lers in Glasgow 1975 en de nationale staking van brandweerlieden in 1977-1978).¹⁶⁹

Een week voor het uitbreken van de Tweede Wereldoorlog werd in het Verenigd Koninkrijk de *Emergency Powers (Defence) Act* 1939 tot stand gebracht. Deze wet voorzag de regering van ongeveer dezelfde noodbevoegdheden als de *Defence of the Realm Acts* tijdens de Eerste Wereldoorlog.¹⁷⁰ Gedurende de Tweede Wereldoorlog werd de *Emergency Powers (Defence) Act* enkele malen aangepast om onduidelijkheden op te lossen, onder meer met betrekking tot de mogelijkheden van toepassing van militaire rechtspraak in geval de gewone rechtspraak niet meer goed zou kunnen functioneren vanwege de oorlogssituatie. De aanpassingswetgeving werd telkens binnen zeer korte termijn door beide kamers van het parlement geloodst (in 1940 zelfs binnen één dag).¹⁷¹ Ook de toepassing van deze noodwetgeving kon weer getoetst worden door de gewone burgerlijke rechter. In de praktijk bleek echter dat de rechter een zeer terughoudende toets aanlegde in gevallen waarin ministeriële besluiten beoordeeld moesten worden die waren genomen op basis van deze noodwetgeving.¹⁷²

Naast de op oorlogssituaties en de op meer civiele noodsituaties gerichte noodwetgeving is in het Verenigd Koninkrijk in de loop van de twintigste eeuw een aanzienlijke hoeveelheid wetgeving tot stand gebracht die gericht is op een noodsituatie van enigszins andere aard, namelijk de bestrijding van terrorisme, met name het IRA- en protestants-extremistische terrorisme in Noord-Ierland. De kern hiervan wordt gevormd door de *Northern Ireland (Emergency Provisions) Act* en de *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act* die in 1973 respectievelijk 1974 tot stand werden gebracht en sindsdien diverse malen zijn herzien en aangevuld. De belangrijkste maatregelen genomen op basis van deze op Noord-Ierland gerichte antiterrorismewetgeving zijn (geweest): (a) grootschalige inzet van militaire troepen voor de ordehandhaving in Noord-Ierland; (b) het toekennen van aanvullende ordehandhavingsbevoegdheden aan zowel het leger als de politie; (c) de toepassing van inter-

169 Hood Phillips & Jackson 1987, p. 360-361. Zie hierover uitvoerig Jeffery & Hennessy 1983.

170 *Idem*, p. 364: '[S]ection 1 gave a special power to His Majesty by Order in Council to make such Regulations "as appear to him to be necessary or expedient for securing the public safety, the defence of the realm, the maintenance of public order, and the efficient prosecution of any war in which His Majesty may be engaged, and for maintaining supplies and services essential to the life of the community." Without prejudice to the generality of the preceding powers, it specified certain particular matters which might be the subject of Defence Regulations (...): the apprehension, trial and punishment of persons whose detention appeared to the Secretary of State to be expedient in the interests of public safety or the defence of the realm; the taking of possession or control of any property or undertaking; the acquisition of any property other than land; the entering and searching of any premises; and the amendment, suspension or modification of any enactment.' Zie ook Rossiter 1948, p. 184-201.

171 *Ibidem*.

172 *Idem*, p. 365. Zie ook Alexander 1984.

nering of detentie zonder voorgeleiding aan een rechter; (d) aanpassing van de normale strafrechtelijke procedures bij de berechting van personen verdacht van terroristische activiteiten en (e) verruiming van de mogelijkheden om personen te detineren of uit te zetten en om organisaties verboden te verklaren.¹⁷³ Vanuit grondrechtelijk perspectief zijn vooral de laatste drie typen van maatregelen van belang. De toepassing van detentie zonder voorgeleiding aan een rechter en van verlengd voorarrest betekent een afwijken van de aloude Britse Habeas Corpus Act (en van de normen voortvloeiend uit hedendaagse mensenrechtenverdragen). Voor een uitvoerige analyse hiervan verwijs ik echter naar de ruimschoots beschikbare literatuur hierover.¹⁷⁴ Enkele gevallen waarin detentie zonder voorgeleiding aan een rechter en verlengde perioden van voorarrest werden toegepast zullen besproken worden in hoofdstuk 5, 7 en 8 *infra*.

In een overzicht van de belangrijkste ontwikkelingen binnen het staatsnoodrecht in de twintigste eeuw mag aandacht voor de Grondwet voor het Duitse Rijk van 11 Augustus 1919 (de *Weimarer Reichsverfassung*; hierna: WRV) niet ontbreken. De WRV ontstond in een periode waarin Duitsland op de rand van een burgeroorlog stond. Na het verlies van de Eerste Wereldoorlog en de val van het keizerrijk liepen de spanningen tussen nationalisten, socialisten en communisten hoog op, er vonden veelvuldig politieke moorden plaats, totale anarchie dreigde.¹⁷⁵ Deze situatie heeft de WRV en in het bijzonder de daarin opgenomen regeling voor situaties van staatsnood vergaand beïnvloed. Weliswaar bevatte de WRV wezenlijke onderdelen voor het functioneren van een parlementaire democratie (algemeen kiesrecht voor mannen en vrouwen, kiesstelsel met evenredige vertegenwoordiging, vertrouwensregel) en een federale staatsstructuur, maar tegelijkertijd was de gedachte van een centraal eenhoofdig rijksbestuur voor bepaalde situaties niet volledig opgegeven. Hiermee had de WRV, in de woorden van Van der Pot, het karakter van 'een spoorwegbrug, op stevige pijlers gebouwd, in twee waarvan echter een lading dynamiet verborgen was, sterk genoeg om met een paar bewegingen het gehele werk uit elkaar te doen springen'.¹⁷⁶

De eerste van deze twee ondermijnende pijlers was artikel 76, dat grondwetsherziening mogelijk maakte bij besluit van de *Reichstag* (het parlement), genomen met tweederde meerderheid. Dit gaf aanleiding tot de leer dat wetten lijnrecht tegen de bepalingen van de grondwet mochten ingaan, mits zij maar met een dergelijke versterkte meerderheid waren aangenomen.¹⁷⁷ Vanwege deze grondwetsbepaling kon het gebeuren dat bij wet van 24 maart 1933 'zur

¹⁷³ Boyle 1982(a), p. 163.

¹⁷⁴ Zie o.m. Walker 1991, m.n. hoofdstuk 3-10; Finn 1991, p. 47-134; McGovern 1973; Boyle 1982(a), p. 163-177; Boyle 1982(b), p. 149-163; Kinley 1993, p. 54-64; Hunt & Dickson 1993, p. 174-183.

¹⁷⁵ Rossiter 1948, p. 33-35; Finn 1991, p. 139-140.

¹⁷⁶ Van der Pot 1946(a), p. 14.

¹⁷⁷ *Idem*, p. 15.

Behebung der Not von Volk und Reich' aan de regering machtiging werd verleend om wetten te maken en daarbij zo nodig – behoudens enkele uitdrukkelijk genoemde uitzonderingen – van die grondwet af te wijken. Vervolgens werden, bij wet van 30 januari 1934 'über den Neuaufbau des Reiches', de laatste beletselen tegen dictatuur die de grondwet nog bevatte aan de kant geschoven en werd de regering zonder meer machtiging verleend om 'neues Verfassungsrecht' vast te stellen.¹⁷⁸

De andere ondermijnende pijler was artikel 48 WRV. Dit artikel gaf de *Reichspräsident* (onder verantwoordelijkheid van de regering, tot uiting komend in een ministerieel contraseign) de bevoegdheid om in geval van een gevaar voor de staatsveiligheid alle maatregelen noodzakelijk voor herstel van de openbare veiligheid en orde te treffen, eventueel met buitenwerkingstelling van enkele grondwettelijke grondrechtenbepalingen. Hij moest daarvan dan wel dadelijk de *Reichstag* op de hoogte brengen en indien deze dat wenste, moesten de maatregelen weer worden ingetrokken.¹⁷⁹ Een belangrijk verschil met eerdere 'Duitse' regelingen inzake noodtoestanden was dat artikel 48 WRV voor inwerkingstelling van de presidentiële noodbevoegdheden niet de eis stelde van een voorafgaand formeel (en bij wet geregeld) besluit. De presidentiële noodbevoegdheden waren altijd latent aanwezig, ook zonder de officiële afkondiging van een uitzonderingstoestand. Ook de omstandigheden waaronder van de noodbevoegdheden gebruik kon worden gemaakt werden in artikel 48 WRV verruimd ten opzichte van het verleden. In artikel 111 PV (besproken in § 2.3.5 *supra*) werd de inzet van deze bevoegdheden nog gereserveerd voor situaties van dringend gevaar voor de openbare veiligheid gerelateerd aan oorlog of oproer. In artikel 68 van de *Reichsverfassung* uit 1871 was dit al minder duidelijk. Hier was het criterium: bedreiging van de openbare veiligheid, zonder

178 *Ibidem*.

179 Art. 48 WRV luidde (voor zover relevant):

- 1 (...)
- 2 Der Reichspräsident kann, wenn im deutschen Reich die öffentliche Sicherheit und Ordnung erheblich gestört oder gefährdet wird. Die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten. Zu diesem Zwecke darf er vorübergehend die in den Artikeln 14, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen.
- 3 Von allen gemäß Abs. 1 oder Abs. 2 dieses Artikels getroffenen Maßnahmen hat der Reichspräsident unverzüglich dem Reichstag Kenntnis zu geben. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichstages außer Kraft zu setzen.
- 4 Bei Gefahr im Verzuge kann die Landesregierung für ihr Gebiet einstweilige Maßnahmen der in Abs. 2 bezeichneten Art treffen. Die Maßnahmen sind auf Verlangen des Reichspräsidenten oder des Reichstages außer Kraft zu setzen.
- 5 Das Nähere bestimmt ein Reichsgesetz.

De grondrechten waarvan ingevolge het tweede lid kon worden afgeweken waren het recht op persoonlijke vrijheid, de vrijheid van meningsuiting, de vrijheid van vereniging en vergadering en het eigendomsrecht. Zie hierover ook Schily 2005, p. 290.

nadrukkelijke relatie met oorlog of oproer.¹⁸⁰ Artikel 48 WRV bevatte echter een nog veel vagere omschrijving van de omstandigheden waaronder de noodbevoegdheden ingezet zouden kunnen worden, namelijk: aanmerkelijke verstoring van of aanmerkelijk gevaar voor de openbare veiligheid en orde. De in het vijfde lid genoemde uitvoeringswetgeving, die dit nader had kunnen preciseren, werd nimmer tot stand gebracht¹⁸¹ en:

‘Without supplementary statutory definition, Article 48 could be construed, and finally was, to support a broad variety of emergency actions, including some, such as emergency economic decrees, not strictly related to the preservation of security and order as traditionally understood.’¹⁸²

Het vereiste van een ministerieel contraseign werd beschouwd als een rem op mogelijk misbruik van artikel 48 door de president. In de praktijk werden de presidentiële noodbevoegdheden veeleer uitgeoefend door de kanselier en het kabinet, uitoefening van de noodbevoegdheden ex artikel 48 was dus een collectieve verantwoordelijkheid van de regering, die op dat punt gecontroleerd zou kunnen worden door het parlement. Naast deze parlementaire controle vond geen wezenlijke rechterlijke controle van de uitoefening van de noodbevoegdheden ex artikel 48 plaats. Op zich was een dergelijke controle niet uitgesloten, maar in de praktijk was zij beperkt tot een zeer marginale toets: zolang de stelling van de regering dat sprake was van een gevaar voor de openbare orde of veiligheid maar met een redelijke mate van bewijs werd ondersteund, behoorde volgens het *Reichsgericht* beoordeling van de noodzaak tot het treffen van noodmaatregelen – en van het karakter en de omvang daarvan – niet tot de bevoegdheid van de rechter.¹⁸³

De politieke verdeeldheid en versplintering binnen de *Reichstag*, het optreden van paramilitaire groeperingen binnen het rijk, de veelvuldige aanslagen op politieke figuren en de frequente pogingen tot een staatsgreep – zowel van extreem-linkse als van extreem-rechtse groeperingen, onder meer ook van Hitlers nationaal-socialisten (de zogenaamde *Bierhalle Putsch* van 1923) – in de periode 1919-1933 zorgden er voor dat de opeenvolgende kabinetten veelvuldig gebruik maakten van de bevoegdheden op grond van artikel 48 (in 1924 waren reeds ruim 100 presidentiële noodverordeningen tot stand gebracht).¹⁸⁴ Daarnaast werden diverse gewone wetten tot stand gebracht waaruit ingrijpende beperkingen voor de uitoefening van bepaalde grondrechten voortvloeiden, bijvoorbeeld de *Gesetz zum Schutz der Republik* van 21 juli 1922. Deze voor vijf jaar ingestelde wet (waarvan de werking later voor nog eens twee jaar werd verlengd) was gericht op het tegengaan van staatsgrepen en

180 Al legde de uitvoeringswetgeving wel een dergelijke link, zie § 2.3.5 *supra*.

181 Finn 1991, p. 147.

182 *Idem*, p. 149.

183 *Idem*, p. 151.

184 Van der Pot 1946(a), p. 16.

paramilitaire organisaties. Zij verbood onder meer parades en bijeenkomsten van (rechts-extremistische) anti-republikeinse organisaties en bevatte ook regels om dergelijke organisaties verboden te verklaren en het lidmaatschap ervan te bestraffen. In de wet was ook de eerdere *Verordnung des Reichspräsidenten über die Bildung außerordentlicher Gerichte in den im Ausnahmezustand befindlichen Gebieten* opgenomen. De wet werd binnen de *Reichstag* aanvaard met een tweederde meerderheid en voldeed daarmee aan de gekwalificeerde meerderheid van artikel 76, zodat deze wet kon gelden als een wijziging van de WRV.¹⁸⁵ Het *Staatsgerichtshof zum Schutze der Republik*, dat speciaal belast was met de controle op de toepassing van de *Republikenschutzgesetz*, achtte het, met een beroep op de WRV, echter niet geoorloofd om de doelstellingen van een politieke groepering tot uitgangspunt te nemen voor een eventueel verbod, zolang niet kon worden aangetoond dat die doelstellingen ook op strafbare wijze nagestreefd werden. Dit leidde ertoe dat vooral ten opzichte van extreemrechtse groeperingen niet heel doeltreffend en in een vroeg stadium kon worden opgetreden. In 1923 volgde een drietal zogenaamde *Reichsermächtigungsgesetze* (opnieuw aanvaard met tweederde meerderheid), die weliswaar telkens een tijdelijke werking hadden, maar de regering ook zeer ruime bevoegdheden – soms nog ruimer dan op grond van artikel 48 WRV – gaven om ‘alle voor het rijk en het volk noodzakelijke maatregelen’ te treffen.¹⁸⁶ Ook op grond van deze machtigingswetten kwamen vele (ongeveer 150) noodverordeningen tot stand. Men raakte in Duitsland dus in hoge mate gewend aan dit presidentiële ‘dictatoriale bestuur’ en dit werd door velen als een noodzakelijk kwaad gezien:

‘The early contribution of Article 48 to the security of the republic was largely acknowledged in scholarly literature at the time, both in Germany and the United States. (...) It was only after events in the late 1920s and early 1930s that scholarly enthusiasm began to wane. In part this change has to do with the inadequacy of the limitations built into Article 48, which were not fully exposed until the early 1930s. During the first five years of Weimar those limitations, which centered upon the role of the Reichstag, worked as Weimar’s framers had envisioned. No chancellor tried to subvert the role of the Reichstag, and as a consequence almost all emergency decrees, whether issued under Article 48 or the enabling acts, had parliamentary support. In the 1930s those limitations were exposed and exploited

185 Finn 1991, p. 152-156; zie voor een beknopt overzicht van de staatsrechtelijke gebeurtenissen in deze periode en de wijze waarop daar in de literatuur over is geoordeeld ook Bellekom 1987, p. 139-153 (met zeer uitvoerige verwijzingen naar de Duitse staatsrechtelijke literatuur).

186 Bij de eerste twee *Reichsermächtigungsgesetze* ging het vooral om maatregelen op economisch terrein. De tweede bood de mogelijkheid om af te wijken van de in de Grondwet beschermde fundamentele rechten. De derde machtigingswet had de ruimste reikwijdte. Er waren geen grenzen gesteld aan het terrein waarop de maatregelen betrekking mochten hebben. Daarentegen was het op grond van deze wet weer niet mogelijk om af te wijken van de grondwettelijke fundamentele rechten. Zie Finn 1991, p. 159.

in the face of crises more severe and different in kind than those encountered in the early 1920s.¹⁸⁷

Deze andersoortige en ernstiger crises waren het gevolg van een viertal ontwikkelingen c.q. factoren:

- 1 de ernstige economische crisis van de jaren '30;
- 2 de enorme politieke verdeeldheid binnen de *Reichstag* en de daaruit voortvloeiende onwil om noodzakelijk economische hervormingsmaatregelen te steunen, hetgeen voor diverse kanseliers aanleiding was om de *Reichstag* te ontbinden of gedurende lange tijd niet bijeen te roepen en intussen door te regeren – vrijwel geheel met behulp van noodverordeningen op basis van artikel 48, zonder de rem van parlementaire controle;¹⁸⁸
- 3 de door het optreden van diverse paramilitaire organisaties, waaronder de aan de nationaal-socialisten gelieerde stormtroepen, georkestreerde gevoelens van onrust en onveiligheid bij grote delen van de bevolking, welke een hang naar steun aan partijen die sterk leiderschap en verbetering van de openbare veiligheid in het vooruitzicht stelden in de hand werkten; en
- 4 als gevolg van het bovenstaande, een toename van het aantal zetels binnen de *Reichstag* voor (extreem-)rechtse en in wezen antidemocratische partijen.¹⁸⁹

Toen *Reichspräsident* Hindenburg hem op 30 januari 1933 benoemde tot kanselier, legde Hitler de van alle kanseliers verlangde eed af waarin hij zwoer de republiek en de grondwet te dienen en te beschermen. De machtsovername door Hitler geschiedde 'in accordance with the actual requirements of the political situation and preserved (...) legal continuity'. Ook de vestiging van het Derde Rijk kon met een schijn van constitutionaliteit geschieden. Heel beknopt samengevat gebeurde het volgende. In de nacht van 27 februari 1933 vond een brand plaats in het gebouw van de *Reichstag*, waarvoor Hitler de communisten verantwoordelijk stelde. Dit bood hem de mogelijkheid om gebruik te maken van artikel 48. Op basis hiervan vaardigde hij de volgende dag een decreet uit waarin de uitoefening van alle grondrechten binnen het gehele rijk werd opgeschort. Op zich hadden eerdere kanseliers vergelijkbare maatregelen getroffen, maar in hun decreten was beter voorzien in mogelijkheden tot rechterlijke toetsing van de op basis van die decreten getroffen maatregelen. In dit geval was daarvan geen sprake. Desalniettemin: dit alles kon geschieden zonder dat werd afgeweken van de eisen en voorwaarden

187 Finn 1991, p. 159-160.

188 Van der Pot 1946(a), p. 16; Finn 1991, p. 166-168.

189 Bij de verkiezingen van mei 1932 kwam Hitler's nazi-partij van 12 op 107 zetels in de *Reichstag*. Zie Van der Pot 1946(a), p. 16

die de WRV aan dergelijk optreden stelde.¹⁹⁰ Vervolgens trof Hitler op basis van artikel 48 allerlei maatregelen om opposerende politieke partijen te intimideren. Mede daardoor verwierf zijn nationaal-socialistische partij, samen met een nationalistische groepering, bij de verkiezingen van maart 1933 een absolute meerderheid in de *Reichstag*. Met deze meerderheid kon de hierboven aangeduide wet van 24 maart 1933 tot stand gebracht worden. Op basis daarvan vaardigde Hitler in juli 1933 een decreet uit waarbij alle politieke partijen behalve de nazi-partij werden verboden. Een half jaar later volgde de ongelimiteerde machtigingswet van 30 januari 1934.¹⁹¹ De gebeurtenissen die daarna zouden volgen beschouw ik als bekend.

Finn concludeert: 'Through the constitutional devices of Article 48 and a series of enabling acts, Hitler dismantled German democracy. The republic's emergency powers, once so useful in defense of the republic, provided Hitler with the means he needed to end it'.¹⁹² De machtsovername door de nazi's vond plaats met door de grondwet zelf verschaft, en dus legale, middelen. Dat wil overigens geenszins zeggen dat deze machtsovername anders niet zou hebben plaatsgevonden. Zij zou echter een ander en hoogstwaarschijnlijk gewelddadiger karakter hebben gehad.¹⁹³

In de jaren 1938-1939 bereidde Nederland zich voor op een mogelijke oorlog. Dit ging gepaard met een uitbreiding van de noodwetgeving, met name op economisch terrein. In het kader van de voorbereiding van een oorlogseconomie werden onder meer (nood)wetten tot stand gebracht ter regulering van de goederenstroom, de bodemproductie, de industriële productie, de import en export en de distributie van goederen en levensmiddelen.¹⁹⁴ Al snel na het uitbreken van de Tweede Wereldoorlog bleek de ontoereikendheid van alle wettelijke voorzieningen in het licht van de extreme situatie veroorzaakt door de Duitse bezetting van Nederland, het uitwijken van Koningin Wilhelmina en de rest van de regering naar Londen, en het door de Duitsers buiten werking stellen van de Staten-Generaal.¹⁹⁵ Hierdoor ontstond een

¹⁹⁰ Finn 1991, p. 169.

¹⁹¹ Rossiter 1948, p. 58-60.

¹⁹² Finn 1991, p. 170. Schily 2005, p. 290, stelt: 'Auch wenn die Weimarer Demokratie letztlich nicht an ihrer Verfassung, sondern an einem Mangel an Demokraten zugrunde gegangen ist, hat die Anwendung des Notstandsrechts mit dazu beigetragen, der nationalsozialistischen Diktatur den Weg zu bahnen.'

¹⁹³ Van der Pot 1946a, p. 16.

¹⁹⁴ Brainich von Brainich Felth 1993, p. 113-138. Sommige van deze wetten kwamen reeds tot stand in afwijking van de normale wetsprocedure. Zij werden in sterk verhoogd tempo behandeld door de Staten-Generaal. Weliswaar werd de wettelijk voorgeschreven procedure in grote lijnen wel gevolgd, maar er werd afgeweken van de regels van de reglementen van orde van de Tweede en Eerste Kamer. De procedure kreeg minder inhoud. Zie Van den Brandhof 1986, p. 7-8 en 431.

¹⁹⁵ Uit de stukken van de parlementaire enquêtecommissie blijkt dat de Amsterdamse hoogleraar G. van den Bergh enkele jaren voor de oorlog een opdracht van de regering kreeg om een wetsontwerp tot voorziening in een mogelijke noodtoestand van de staat te maken. Als gevolg van het uitbreken van de oorlog is het bij een voorontwerp gebleven. Evenals

toestand die om allerlei redenen in strijd was met de grondwet. Zo konden wetten uiteraard niet meer tot stand komen door de grondwettelijk vereiste samenwerking van regering en Staten-Generaal. Bovendien verbood artikel 21 van de toenmalige Grondwet uitdrukkelijk de verplaatsing van de zetel der regering buiten het rijk. Onder de gegeven omstandigheden restte echter niets anders dan af te wijken van de Grondwet.

De regering in Londen stelde zich op het standpunt dat zij zelfstandig bevoegd was tot wetgeving en ging over tot het uitvaardigen algemene regels in de vorm van koninklijke besluiten, die als 'wetsbesluiten' werden aangeduid.¹⁹⁶ Regelmatig is door middel van dergelijke wetsbesluiten een bestaande wet gewijzigd of zelfs afgeweken van Grondwet.¹⁹⁷ Voorbeelden van dat laatste waren:

- het besluit van 11 september 1943, *Staatsblad* D 60 over de bijzondere staat van beleg; hierbij werd het Nederlandse grondgebied, naar gelang het door

de Oorlogswet van 1899, de voorloper van de Oorlogswet voor Nederland, was het ontwerp gebaseerd op artikel 195 Grondwet (artikel 187 Grondwet 1887). Voorwaarde voor de werking was dat het hele land in staat van oorlog of staat van beleg zou zijn verklaard. Onder die omstandigheden zou de regering volgens het voorontwerp maatregelen van wetgevende aard kunnen afkondigen die evenals wetten niet door de rechter zouden kunnen worden getoetst. Van den Bergh verklaarde tegenover de enquêtecommissie dat het slechts de bedoeling was een regeling te treffen voor het gedeelte van het noodrecht dat te overzien is. Ten aanzien van het ongeschreven noodrecht zou principieel niets veranderen (*Verslag enquêtecommissie regeringsbeleid* 1940-1945, deel 2A en B, 's-Gravenhage 1949, p. 52-53).

- 196 In het eerste oorlogsjaar waren louter en alleen het staatshoofd en het kabinet bij de totstandkoming van deze wetsbesluiten betrokken. In de periode juli 1942-september 1944 kreeg ook een adviserend orgaan, de Buitengewone Raad van Advies, gelegenheid zijn stem over voorgenomen wetsbesluiten te laten horen (als een soort 'surrogaat' voor de Raad van State. Deze raad bestond echter niet uit Nederlandse volksvertegenwoordigers, maar uitsluitend uit door het kabinet aangewezen leden; de weinige in Londen verblijvende Kamerleden hadden er geen zitting in. Zie Van den Brandhof 1986, p. 109-110. Vgl. ook Gerbenzon & Algra 1987, p. 364.

Een overzicht van alle uitgevaardigde wetsbesluiten is opgenomen in: *Verslag enquêtecommissie regeringsbeleid* 1940-1945, deel 5A, 's-Gravenhage 1949, p. 895-909. In 1942 aanvaarde de Britse rechter de rechtsgeldigheid van de wetsbesluiten. Bij KB van 5 augustus 1940, *Stb.* A10, werd de dienstplicht ingevoerd voor Nederlanders in Groot-Brittannië, de VS en Canada. Een Nederlander die op grond van dit besluit moest opkomen, deserteerde en werd gearresteerd. Hij diende een verzoek in voor een *writ of habeas corpus*, waarin hij onder meer aanvoerde dat het betreffende KB ongeldig was vanwege strijd met de Nederlandse grondwet (argumenten: de Kroon is niet bevoegd buiten Nederland te functioneren, de Raad van State is niet gehoord, dienstplicht kan alleen bij wet worden ingesteld; een dienstplichtige kan niet gedwongen worden in het buitenland te dienen en de Nederlandse wet heeft geen extraterritoriale werking). De *writ* werd echter geweigerd door de Britse rechter: 'it is not contrary to British constitutional law for the government of an allied state established in England with the consent of the British Government, to issue a decree conscripting its subjects resident in England.' *All England Law Reports* 1942-I, n. 236, aangehaald in Gerbenzon & Algra 1987, p. 366.

- 197 Bedoeld wordt een afwijking van de Grondwet nog naast de afwijking die reeds plaatsvond door de totstandkoming zonder samenwerking met de Staten-Generaal.

de Duitsers zou zijn ontruimd, in bijzondere staat van beleg verklaard en werd een groot aantal ingrijpende bevoegdheden verleend aan het Militair gezag;¹⁹⁸

- het Besluit buitengewoon strafrecht van 22 december 1943, *Staatsblad* D 61, waarbij de strafmaxima gesteld op diverse strafbare feiten uit het Wetboek van strafrecht en het militair strafrecht aanzienlijk werden verhoogd en – in afwijking van het grondwettelijke verbod op retro-actieve strafwetgeving (toenmalig artikel 163 Grondwet; huidig artikel 16 Grondwet) en van artikel 1 van het (toenmalige en huidige) Wetboek van Strafrecht – en een nieuw strafbaar feit werd gecreëerd, namelijk het ‘opzettelijk gedurende de tijd van den oorlog een ander blootstellen aan opsporing, vervolging, vrijheidsbeneming of -beperking, eenige straf of eenige maatregel door of vanwege de vijand’;¹⁹⁹
- het Besluit op de bijzondere gerechtshoven, eveneens van 22 december 1943, *Staatsblad* D 62 en het Tribunaalbesluit van 17 september 1944, *Staatsblad* E 101, waarbij de berechting van onder meer bovengenoemd delict werd opgedragen aan bijzondere gerechten, bestaande uit ten minste drie juristen en twee militairen, in sommige gevallen zonder de mogelijkheid van een cassatieberoep (een en ander in afwijking van het in de Grondwet verankerde *ius de non evocando*) en de berechting van andere vormen van collaboratie werd opgedragen aan een soort ‘volksrechtbanken’, bestaande uit een voorzitter-jurist en twee leken;²⁰⁰
- het besluit van 4 september 1944, *Staatsblad* E 45; dit bepaalde dat dienstplichtigen naar elke plaats konden worden gezonden waar hun aanwezigheid nodig werd geacht in het belang van het koninkrijk, terwijl het toenmalige artikel 192 van de Grondwet voor uitzending naar de overzeese rijkswindelen de toestemming van de betrokkenen vereiste.

Ook na de bevrijding is de regering doorgegaan met het uitvoeren van wetsbesluiten. Er kon nog niet direct een grondwettelijk juiste situatie tot stand komen. Formeel was in september 1941 de zittingsduur van de Tweede Kamer verstreken; bovendien was het onder de gegeven omstandigheden ondenkbaar dat de oude Kamers verder zouden kunnen functioneren zonder ‘zuivering’. Pas op 20 november 1945 opende de zitting van een ‘voorlopige staten-generaal’.²⁰¹

Na de oorlogsperiode moest de vraag beantwoord worden of het noodzakelijk was de uitgevaardigde wetsbesluiten alsnog door de door de grondwet aangewezen wetgevende organen te laten bekrachtigen en of de wetsbesluiten onderworpen waren aan het toetsingsrecht door de rechter. Zowel in de

198 Van den Brandhof 1986, p. 331-349.

199 Gerbenzon & Algra 1987, p. 367; Van den Brandhof 1986, p. 227-236.

200 Gerbenzon & Algra 1987, p. 367-368; Van den Brandhof 1986, p. 246 en 260-265.

201 Duynstee & Bosmans 1977, p. 99-101.

juridische literatuur van kort na de oorlog als in het parlement, is over deze vragen een verhit debat gevoerd.²⁰²

Met betrekking tot het vraagstuk van eventuele bekrachtiging verwierp de Tweede Kamer op 11 januari 1946, na een dagenlang debat, twee moties waarin werd aangedrongen op bekrachtiging van de wetsbesluiten door de formele wetgever conform de grondwettelijke wetsprocedure.²⁰³ Aan deze beslissing lagen zowel principiële als praktische overwegingen ten grondslag. Enerzijds had de regering de noodzaak tot bekrachtiging van de wetsbesluiten ontkend, omdat zij op grond van het subjectieve staatsnoodrecht rechtsgeldig waren uitgevaardigd en dus voor hun rechtsgeldigheid geen nadere bekrachtiging bij formele wet vergden.²⁰⁴ Anderzijds zou behandeling van een of meer bekrachtigingswetten voor de zeer vele wetsbesluiten die in de oorlogsperiode tot stand waren gebracht zo'n groot beslag op de Staten-Generaal hebben gelegd, dat de praktische uitvoerbaarheid van een dergelijke operatie moeilijk zou zijn geweest in een periode waarin regering en Staten-Generaal ook zeer druk waren met andere dringende zaken.²⁰⁵

De vraag naar het rechterlijk toetsingsrecht ten aanzien van de wetsbesluiten is in diverse rechterlijke procedures aan de orde gesteld. De Bijzondere Raad van Cassatie overwoog op dit punt in een uitspraak van 5 december 1945 (*Na-Oorlogsche Rechtspraak* 1946, 150) dat rechterlijke toetsing geenszins onmogelijk, maar wel begrensd was:

‘met betrekking tot de uitoefening van deze regelende macht door de Regeering in noodtoestand [heeft] de Rechter (...) niet te treden in de beoordeling van de doelmatigheid der tot stand gebrachte regelen, maar [heeft] hij zich (...) te bepalen tot het onderzoek van de vraag, of de noodtoestand het ter hand nemen van de materie door de Regeering rechtvaardigt en zij alzoo geen misbruik van haar gezag heeft gemaakt’.

In een later arrest – over de verbindendheid van het Besluit bezettingsmaatregelen – achtte de Hoge Raad rechterlijke toetsing evenzeer mogelijk, maar beperkte hij de reikwijdte van die toetsing nog wat sterker dan de Bijzondere Raad van Cassatie, namelijk tot een marginale redelijkheidstoets. De Hoge Raad overwoog:

202 Zie o.m. Van Dulleman 1946, p. 32-34; Van Dulleman 1947, p. 23; Kramer 1947, p. 320-322; Kranenburg 1946, p. 89-91; Van der Pot 1946b, p. 442-443; Brongersma 1945, p. 361-369; Brongersma 1947, p. 601-610; Van den Bergh 1946, p. 221-223; Duynstee 1946, p. 117-124.

203 Duynstee & Bosmans 1977, p. 143-145.

204 *Handelingen II* 1945-1946, p. 123.

205 Van der Pot/Donner/Prakke e.a. 2001, p. 627. Op zich suggereerden sommige auteurs (Van Dulleman, Kranenburg) om alle wetsbesluiten in één beknopte wet te bekrachtigen, hetgeen de (tijds)belasting van de Staten-Generaal zou verminderen, maar andere auteurs (Brongersma, Kramer) brachten daar tegenin dat een dergelijke bekrachtiging dan slechts een ‘formaliteit’ zou zijn en geen wezenlijke inhoud zou hebben.

‘dat ten tijde van de uitvaardiging van het Besluit bezettingsmaatregelen in September 1944 tengevolge van den oorlog de gezamenlijke uitoefening van de wetgevende macht door de Koningin en de Staten-Generaal niet mogelijk was; dat alsdan de Kroon bevoegd is tot het uitvaardigen van maatregelen van wetgeving, voor zoover zulks, zonder dat het herstel van de samenwerking tusschen de Kroon en de Staten-Generaal kan worden afgewacht, door de omstandigheden geboden is; dat de beslissing of deze gebodenheid bestaat, betreft een vraag van beleid, die niet is ter beoordeling van den rechter, en deze slechts aan een zoodanigen maatregel van wetgeving verbindende kracht zou mogen ontzeggen, voorzover die gebodenheid niet aanwezig kan zijn geweest’.²⁰⁶

Getoetst hieraan kon het Besluit bezettingsmaatregelen volgens de Hoge Raad verbindende kracht niet worden ontzegd.²⁰⁷ De rechterlijke toetsingsbevoegdheid van de wetsbesluiten werd dus ten principale erkend, maar wel zeer beperkt uitgelegd.

2.4.2 Het huidige (objectieve) staatsnoodrecht in Nederland: een beknopte schets

De huidige Nederlandse grondwet bevat in artikel 103 een bepaling die het mogelijk maakt om in buitengewone omstandigheden af te wijken van het normale constitutionele regime. Artikel 103, eerste lid, Grondwet bepaalt dat in dat soort gevallen bij koninklijk besluit een bij de wet aan te wijzen uitzonderingstoestand kan worden afgekondigd. Daarbij kan ingevolge het tweede

²⁰⁶ HR 30 oktober 1946, *NJ* 1946, 737 (Van Andel-Gemeente Gorinchem).

²⁰⁷ Vele lagere rechters en bijzondere gerechtshoven oordeelden in uitspraken gewezen voor dit HR-arrest dat rechterlijke toetsing van de wetsbesluiten geheel was uitgesloten. Zie daarover van Dulleman 1947, p. 29 en diverse vonnissen van de Rb. Rotterdam, nl.: 24 december 1945, *NJ* 1946, 56; 28 maart 1946, *NJ* 1946, 215; 18 september 1946, *NJ* 1946, 727 en 24 september 1946, *NJ* 1946, 487. Rechterlijke toetsing van beslissingen en verordeningen van plaatselijke autoriteiten die gebaseerd waren op een subjectief noodrecht vond ook plaats. De uitkomst was dat ook op lokaal niveau een beroep van de autoriteiten op subjectief noodrecht werd erkend. Zie HR 25 januari 1952, *NJ* 1953, 51 (Commissie goederen NSB-ers Franeker); Gerechtshof Arnhem 4 juli 1951, *NJ* 1952, 53 (ambtenaar burgerlijke stand). Het meest bekend is HR 15 februari 1952, *NJ* 1953, 52 (burgemeester van Maurik), over de boeteoplegging door een burgemeester aan een zwarthandelaar onder omstandigheden waarin het contact met de gerechtelijke autoriteiten verbroken was. Hierin overweegt de HR: ‘dat, gelet op deze feitelijke omstandigheden, niet kan worden ontkend dat het toepassen van een maatregel als de onderhavige – welke zich aan een qualificatie naar de begrippen van het gewone recht onttrekt – door den burgemeester kan zijn geboden geweest ter bescherming van de aan diens zorg toevertrouwde openbare belangen als voormeld tegen het ernstige gevaar, hetwelk deze bedreigde bij het uitblijven van een onmiddellijke beteugeling van Overheidswege van wederrechtelijke handelingen, als waaraan Kwint zich, gelijk vaststaat, schuldig maakte’.

lid eventueel worden afgeweken van een aantal bepalingen van de Grondwet, waaronder enkele grondrechtenbepalingen. Artikel 103 Grondwet luidt:

- ‘1. De wet bepaalt in welke gevallen ter handhaving van de uit- of inwendige veiligheid bij koninklijk besluit een door de wet als zodanig aan te wijzen uitzonderingstoestand kan worden afgekondigd; zij regelt de gevolgen.
2. Daarbij kan worden afgeweken van de grondwetsbepalingen inzake de bevoegdheden van de besturen van provincies, gemeenten en waterschappen, van de grondrechten geregeld in de artikelen 6, voor zover dit de uitoefening buiten gebouwen en besloten plaatsen van het in dit artikel omschreven grondrecht betreft, 7, 8, 9, 12, tweede lid, en 13, alsmede van artikel 113, eerste en derde lid.
3. Terstond na de afkondiging van een uitzonderingstoestand en voorts, zolang deze niet bij koninklijk besluit is opgeheven, telkens wanneer zij zulks nodig oordelen beslissen de Staten-Generaal omtrent het voortduren daarvan; zij beraadslagen en besluiten ter zake in verenigde vergadering.’

De wortels van het artikel 103, waarvan de huidige tekst stamt uit 1983, liggen in artikel 187 van de Grondwet 1887. Dat artikel werd indertijd in de Grondwet opgenomen om een basis te creëren voor noodwetgeving waarin werd afgeweken van de Grondwet. Die basis was er voor 1887 niet, hoewel toen wel noodwetgeving voorkwam die een inbreuk maakte op bijvoorbeeld de grondwettelijke bevoegdhedentoedeling.²⁰⁸ Aangezien in die tijd oorlogvoering als een strikt militaire taak werd gezien, konden op grond van artikel 187 Grondwet 1887 alleen aan het militair gezag buitengewone bevoegdheden worden toegekend. Het burgerlijk gezag leverde slechts bevoegdheden in.²⁰⁹ Artikel 187 gaf de mogelijkheid tot het instellen van twee uitzonderingstoestanden, namelijk de staat van oorlog en de staat van beleg. Daarbij was de staat van oorlog een overgangstoestand tussen de normale rechtstoestand en de staat van beleg, die de meest verstrekkende afwijkmogelijkheden bood. Artikel 187 bood ook de mogelijkheid af te wijken van (de normale beperkingsmogelijkheden in) enkele grondrechtenbepalingen in de toenmalige Grondwet, te weten de bepalingen met betrekking tot de vrijheid van drukpers, de vrijheid van vereniging en vergadering, het huisrecht, het briefgeheim en het *ius de non evocando*.²¹⁰

208 Brainich von Brainich Felth 1993, p. 24.

209 *Idem*, p. 25.

210 Art. 187 Grondwet 1887 luidde:

Ter handhaving van de uit- of inwendige veiligheid kan door of van wege den koning elk gedeelte van het grondgebied des Rijks in staat van oorlog of in staat van beleg verklaard worden. De wet bepaalt de wijze waarop en de gevallen waarin zulks geschieden kan en regelt de gevolgen.

Bij die regeling kan worden bepaald, dat de grondwettelijke bevoegdheden van het burgerlijk gezag ten opzichte van de openbare orde en de politie geheel of ten dele op het militair gezag overgaan, en dat de burgerlijke overheden aan de militaire ondergeschikt worden. Daarbij kan wijders worden afgeweken van de artikelen 7, 9, 158 en 159 der Grondwet. Voor het geval van oorlog kan ook van artikel 156, eerste lid, worden afgeweken.

In bepaalde opzichten komen de structuur en het bereik van het huidige artikel 103 Grondwet nog in grote mate overeen met die van artikel 187 uit 1887. Het artikel uit 1887 werd bij de diverse grondwetsherzieningen in de twintigste eeuw niet inhoudelijk gewijzigd. Alleen werd bij de grondwetsherziening van 1948, op initiatief van een vijftal Tweede-Kamerleden, een bepaling toegevoegd die het mogelijk maakte 'dat de grondwettelijke bevoegdheden van organen van burgerlijk gezag ten opzichte van de openbare orde en politie' geheel of gedeeltelijk zouden overgaan op andere organen van burgerlijk gezag; een toevoeging die vooral was ingegeven door vrees voor subversief optreden van lokale bestuurders van CPN-huize, mede in het licht van de (dreiging van) communistische machtsovernames in Roemenië, Hongarije, Bulgarije en Tsjecho-Slowakije.²¹¹ De grondrechtenbepalingen waarvan op grond van artikel 103 Grondwet 1983 afwijking mogelijk is, bevatten grofweg dezelfde rechten als de grondwetsartikelen waarvan in 1887 kon worden afgeweken. Bovendien moest ook op grond van de bepaling uit 1887 het uitroepen van de uitzonderingstoestand reeds bij koninklijk besluit geschieden, waarbij dit alleen mocht plaatsvinden in geval van de bij wet omschreven omstandigheden en op in die wet geregelde wijze.

Een verandering ten opzichte van 1887 is dat het huidige artikel 103 Grondwet niet meer aangeeft welke uitzonderingstoestanden uitgeroepen kunnen worden. Volgens artikel 103 kan de wetgever een onbeperkt aantal uitzonderingstoestanden introduceren, mits hij de clausule 'ter handhaving van de uit- of inwendige veiligheid' in acht neemt. Verder is nieuw dat nu expliciet in het derde lid van artikel 103 is opgenomen dat de Staten-Generaal zo spoedig mogelijk na het instellen van een uitzonderingstoestand door de regering (bij KB), moet beslissen over het voortduren van die uitzonderingstoestand. Naast afwijking van een aantal grondrechtenbepalingen uit de Grondwet biedt het tweede lid van artikel 103 ook de mogelijkheid tot afwijking van artikel 113, eerste en derde lid, Grondwet. Hieraan ligt de overweging ten grondslag dat mobiele krijgsgroepen, niet behorend tot de rechterlijke macht, tijdens een uitzonderingstoestand bevoegd moeten kunnen zijn tot de berechting van plegers van strafbare feiten en tot oplegging van vrijheidsstraffen.²¹²

Bij de grondwetsherziening van 1983 was een uitvoerige herziening van de Nederlandse noodwetgeving aangekondigd. De nieuwe wetgeving ter uitvoering van artikel 103 heeft echter lang op zich laten wachten. Op 3 april 1996 kwamen de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden (CWU), een uitvoeringswet daarvan, alsook een nieuwe Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag (Wet bbbg) en een nieuwe Oorlogswet voor Nederland (OWN) tot

211 Clarenbeek 1978, p. 21-26.

212 *Kamerstukken II* 1979-1980, 15 681, nr. 12, p. 1.

stand.²¹³ Op 1 mei 1997 is deze nieuwe wetgeving in werking getreden. De CWU regelt de instelling, opheffing en het einde van een uitzonderingstoestand, alsmede de overgang van de ene naar de andere uitzonderingstoestand. De wet kent twee, naar zwaarte opklimmende, uitzonderingstoestanden: de beperkte en de algemene noodtoestand. Conform de grondwettelijke eis geschiedt afkondiging van de ene dan wel de andere noodtoestand bij koninklijk besluit, op voordracht van de minister-president (artikel 1 CWU). Dit koninklijk besluit wordt terstond aan de Staten-Generaal medegedeeld, die in verenigde vergadering besluiten of de (beperkte dan wel de algemene) noodtoestand mag voortduren (artikel 2 CWU). De opheffing van een uitzonderingstoestand kan op twee wijzen geschieden: door een besluit van de Staten-Generaal in verenigde vergadering of bij koninklijk besluit op voordracht van de minister-president (artikel 3 CWU). De beperkte noodtoestand eindigt van rechtswege bij het inwerkingtreden van de algemene noodtoestand en vice versa (artikel 4 CWU). Het instellen van een noodtoestand houdt op zich niet de mogelijkheid tot de toepassing van noodbevoegdheden in. Daartoe is een afzonderlijk koninklijk besluit vereist. Indien de beperkte of de algemene noodtoestand is afgekondigd worden bij koninklijk besluit (wederom op voordracht van de minister-president) voor heel Nederland of een gedeelte daarvan bepalingen in werking gesteld die voorkomen op twee bij de CWU behorende lijsten: een lijst A en een lijst B. Van de eerste lijst kunnen bepalingen in werking worden gesteld in het geval dat de beperkte noodtoestand is afgekondigd (artikel 7, eerste lid, CWU), van de tweede als de algemene noodtoestand is uitgeroepen (artikel 8, eerste lid, CWU). Beide lijsten bevatten een, grotendeels gelijklopende, opsomming van (nood)bepalingen uit een veertigtal wetten.

Van ongeveer de helft van de op lijsten opgenomen wetten kan overigens niet worden gezegd dat ze in eerste instantie geschreven zijn met het oog op de regulering van buitengewone omstandigheden. Deze wetten bevatten dan ook vaak maar één of een summier aantal bepalingen voor buitengewone omstandigheden. Het gaat dan om wetten als: de Vreemdelingenwet, de Comptabiliteitswet, de Dienstplichtwet, de Onteigeningswet, de Spoorwegwet, de Luchtvaartwet, de Wegenverkeerswet, de Woningwet en de Postwet. Voor de andere helft van de op de lijsten A en B figurerende wetten ligt dat duidelijk anders, hun 'noodkarakter' blijkt al uit de naamgeving, zoals onder meer: de Rampenwet, de Wet militaire inundaties, de Havennoodwet, de Prijzen-noodwet, de Noodwet financieel verkeer, de Noodwet rechtspleging en de Noodwet voedselvoorziening.

Het verschil tussen beide lijsten is dat in lijst B ook bepalingen zijn opgenomen, waarin van de Grondwet wordt afgeweken. Daarbij gaat het om de

213 *Stb.* 1996, nrs. 365-368. Zie voor de totstandkoming van deze wetten: *Kamerstukken II* 1986-1987, 20 028, nrs. 1-4; *Kamerstukken II & I*, 23 788 (OWN), 23 789 (Wet bbbg), 23 790 (CWU), 23 791 (Invoeringswet); *Handelingen II* 1994-1995, nr. 95, p. 5833-5855.

bepalingen van een viertal wetten, te weten: de hierboven reeds genoemde Wet bbbg (artikel 11-28) en OWN (artikel 24-53) en daarnaast de Mediawet (artikel 174 lid 1) en de Noodwet rechtspleging (artikel 17). De Wet bbbg en de OWN vormen de kern van de Nederlandse noodwetgeving. Onder de OWN concentreren zich de buitengewone bevoegdheden bij de Minister van Defensie en het militair gezag. Onder de Wet bbbg blijven de buitengewone bevoegdheden berusten bij burgerlijke ambten zoals de Commissaris van de Koning en de burgemeester, die deze bevoegdheden slechts uitoefenen voor zover dit naar hun oordeel nodig is met het oog op de handhaving van de openbare orde en veiligheid (artikel 3 Wet bbbg). Met betrekking tot de afwijking van de in artikel 103, tweede lid, Grondwet genoemde grondrechtenartikelen bevat de Wet bbbg grotendeels dezelfde mogelijkheden als de OWN. Beide wetten verschaffen het burgerlijke respectievelijk militaire gezag buitengewone bevoegdheden voor crisisbeheersing onder buitengewone omstandigheden, zoals:

- Het vorderen van inlichtingen en van inzage in bescheiden of andere informatiedragers (artikel 5 Wet bbbg, artikel 9 OWN),
- het ontzeggen van de toegang tot en het gebruik van bepaalde gebouwen, verblijfplaatsen of terreinen (artikel 9 Wet bbbg, artikel 10 OWN),
- de beperking van het verblijf in de open lucht (artikel 8 Wet bbbg, artikel 11 OWN),
- het verbieden van vertoningen en het vorderen van het gebruik over inrichtingen van telecommunicatie (artikel 19 OWN),
- het ontruimen van bepaalde gebieden (artikel 21 OWN),
- het maken van inbreuken op het communicatiegeheim (artikel 14 Wet bbbg, artikel 31-32 OWN),
- het vrijwel algeheel verbieden van de publicatie van uitingen via de drukpers en van betogingen, van vergaderingen en van andere openbare samenkomsten (artikel 11-13 Wet bbbg, artikel 34-36 OWN),
- het verrichten van onderzoek aan kleding of lichaam en het betreden van woningen tegen de wil van de bewoner (artikel 15-16 Wet bbbg, artikel 38-39 OWN) en
- het interneren van bepaalde (groepen van) personen die geacht worden een gevaar voor de staatsveiligheid te vormen (artikel 18-28 Wet bbbg, artikel 44-59 OWN).

De systematiek van de noodwetgeving zoals die in 1996 met de CWU tot stand is gekomen, is opgezet vanuit de idee van een 'flexibele crisisbeheersing'.²¹⁴ De gedachte daarbij is dat alleen die buitengewone bevoegdheden ter beschikking dienen te komen die door de situatie geboden zijn. Zo is het denkbaar dat bij een ramp van beperkte omvang wordt volstaan met toepassing van buitengewone bevoegdheden uit één of een beperkt aantal op de situatie

214 *Kamerstukken II 1986-1987, 20 028, nrs. 1-2, p. 9 en 11.*

toegesneden wetten, zoals de Rampenwet, de Wet verplaatsing bevolking en de Noodwet geneeskundigen, zonder dat behoeft te worden overgegaan tot inwerkingstelling van bijvoorbeeld de bepalingen uit de Wet bbbg of OWN die de bevoegdheid verlenen om bepaalde (groepen van) burgers te interneren. Die laatste bevoegdheid zou in beeld kunnen komen als de ramp gepaard gaat met grootschalige ordeverstoringen. Ook bij internationale spanningen laat zich een in zwaarte oplopende schaal denken van buitengewone bevoegdheden die gelijke tred houdt met de ernst van de crisis. Al naar gelang het verloop van de crisis zullen de buitengewone bevoegdheden kunnen worden opgevoerd c.q. teruggebracht: van uitsluitende toepassing van buitengewone bevoegdheden in de sfeer van het goederenvervoer (Vervoersnoodwet) tot het volledige scala van crisisbestrijdingsmiddelen, inclusief de zware bevoegdheden uit de Wet bbbg en de OWN.

Het uitgangspunt van een flexibele crisisbeheersing brengt ook met zich dat het gebruik van buitengewone bevoegdheden niet uitsluitend hoeft plaats te vinden in het kader van één van de twee door de CWU voorziene uitzonderingstoestanden, maar ook daarbuiten. Het in werking stellen van noodwetgeving buiten een uitzonderingstoestand wordt wel 'separate toepassing' van noodwetgeving genoemd. Alle op de (bij de CWU behorende) lijsten A en B voorkomende wetten kennen daartoe een standaardbepaling die voorziet in een procedure voor de inwerkingstelling van één of meer noodbepalingen van de betreffende wet.²¹⁵ Die procedure bestaat daarin dat bij koninklijk besluit, op voordracht van de minister-president, wordt kenbaar gemaakt welke bepaling(en) van de wet in werking wordt (worden) gesteld. Daarna wordt onverwijld een voorstel van wet (ook wel verlengingswet genoemd) aan de Tweede Kamer gezonden omtrent het voortduren van die inwerkingstelling. Wordt het voorstel door de Staten-Generaal verworpen, dan wordt (worden) bij koninklijk besluit de aanvankelijk in werking gestelde bepaling(en) onverwijld buiten werking gesteld. In geval van separate toepassing van noodwetgeving mag, evenmin als onder de beperkte noodtoestand, worden afgeweken van de in artikel 103 genoemde grondwetsbepalingen. Hoewel Nederland in recente jaren is geconfronteerd met activiteiten van (vermeend) terroristische organisaties van Islamistische signatuur (de zogenoemde 'Hofstadgroep') en met een moordaanslag met een terroristisch oogmerk (de moord op filmregisseur en columnist Theo van Gogh, d.d. 2 november 2004),²¹⁶ is dit geen aanleiding geweest om delen van de Nederlandse noodwetgeving in werking te

215 Zie voor voorbeelden van deze standaardbepaling o.m. art. 1 Wet bbbg en art. 1 OWN.

216 Zie Rb. Amsterdam 26 juli 2005, LJN AU0025. De rechtbank merkt de moord aan als een handeling met een terroristisch oogmerk, dat wil zeggen met het oogmerk om de bevolking of een deel der bevolking van Nederland ernstige vrees aan te jagen, dan wel een overheid of internationale organisatie wederrechtelijk te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden, dan wel de fundamentele politieke, constitutionele, economische of sociale structuren van een land of een internationale organisatie ernstig te ontwrichten of te vernietigen (zie art. 83a Wetboek van Strafrecht).

stellen. In antwoord op Kamervragen gaf de regering aan dat de inwendige veiligheid van Nederland door deze gebeurtenissen niet dusdanig in gevaar was dat er reden was voor gebruikmaking van enige van de noodbevoegdheden zoals voorzien in de Nederlandse noodwetgeving.²¹⁷

Artikel 103 Grondwet bevat geen algemene grondslag voor overheidsoptreden in situaties van staatsnood. Bij de totstandkoming van de Grondwet 1983 is het door de regering niet uitgesloten geacht dat zich situaties zouden kunnen voordoen die – ook buiten artikel 103 om – tot afwijking van de in de Grondwet neergelegde constitutionele ordening zouden noodzaken (zoals ook tijdens de Tweede Wereldoorlog was gebeurd). De regering achtte het echter niet wenselijk een algemene en naar zijn aard vrijwel onbegrensde bevoegdheidsgrondslag voor overheidsoptreden in situaties van staatsnood te codificeren, onder meer vanwege het potentiële gevaar van misbruik (er zou te snel een beroep op die bevoegdheid kunnen worden gedaan).²¹⁸ Terecht merkt Kortmann op dat deze argumentatie van de regering niet sluitend lijkt als wel aangenomen wordt dat er een ongeschreven bevoegdheid bestaat.²¹⁹

Sinds juni 2004 kent Nederland ook een ‘alerteringsstelsel terrorismebestrijding’. Dit stelsel voorziet in een drietal alerteringsfasen, afhankelijk van het dreigingsniveau van een terroristische aanslag. Aan de hand van dreigingsinformatie van de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding worden in de verschillende alerteringsfasen meer of minder (pakketten van) beveiligingsmaatregelen getroffen, zowel door de overheid als door bedrijfssectoren, ter voorkoming van een aanslag of ter beperking van het effect ervan. Bij het treffen van deze beveiligingsmaatregelen gaat het echter in beginsel niet om het uitoefenen van noodbevoegdheden of het in werking stellen van noodwetgeving. Het gaat veeleer om intensivering van het gebruik van ‘nor-

217 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 754, nr. 6, p. 9-10. In antwoord op een vraag waarom de regering niet bereid is om vermeende terroristen preventief te detineren antwoordt de regering: ‘Het Wetboek van Strafvordering voorziet niet in de mogelijkheid iemand preventief te detineren zonder dat daaraan de verdenking van een strafbaar feit ten grondslag ligt (interneren). Deze wetgeving is in overeenstemming met het EVRM. Op grond van de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden en de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag mag in Nederland wel in tijd van oorlog of in geval van enig andere algemene noodtoestand die het bestaan van het land bedreigt, maar alleen in die gevallen dat de ernst van de situatie deze maatregelen strikt vereist, worden overgegaan tot internen. Van een dergelijke toestand is geen sprake.’

218 *Kamerstukken II* 1978-1979, 15 681, nr. 3, p. 4: ‘Een veel ernstiger bezwaar is echter, dat zulke bepalingen, hoe zorgvuldig ook geformuleerd, het gevaar opleveren van te worden gebruikt in gevallen waarvoor zij niet zijn geschreven. Het gevolg van het geen melding maken in de Grondwet van de mogelijkheid van afwijking bij staatsnood zal zijn, dat in geval van staatsnood, wanneer het niet anders kan, aan bepaalde voorschriften voorbij moet worden gegaan, maar dat dan ook alle betrokkenen zich bewust zijn, dat dit constitutioneel gedrag slechts te rechtvaardigen is voor zover het onvermijdelijk is, en dat de afwijking slechts zo klein mogelijk moet blijven. In stilzwijgen van de Grondwet zit, zo gezien een waarborg, dat niet onverantwoord een beroep op staatsnood zal worden gedaan.’

219 Kortmann 1984, p. 183 en Kortmann 2000, p. 186.

male' bevoegdheden van politie- en andere autoriteiten, zoals intensieve politieursurveillance in bepaalde gebieden, grenscontrole, bewaking van bepaalde objecten, installaties en personen, verscherpen dan wel extra invoeren van cameratoezicht of preventief fouilleren (bijvoorbeeld op luchthavens of stations), het uitvaardigen van verboden om bepaalde gebieden te betreden, het evacueren van personen uit gebieden waar een aanslag verwacht wordt (of is aangekondigd).²²⁰ Het alerteringssysteem verandert derhalve niets aan het Nederlandse stelsel van noodwettelijke maatregelen. Afhankelijk van de specifieke situatie kunnen in het kader van het alerteringssysteem eventueel wel noodwettelijke bevoegdheden nodig zijn en zal dus deze wetgeving in werking gesteld moeten worden op de in de wet aangegeven wijze.²²¹ De niet noodwettelijke beveiligingsmaatregelen kunnen uiteraard – zoals uit de bovenstaande opsomming ook duidelijk wordt – wel een inmenging opleveren in de uitoefening van bepaalde grondrechten, bijvoorbeeld de bewegingsvrijheid, het huisrecht en de privacy.

2.4.3 Slotopmerkingen

De ontwikkelingen op het terrein van het staatsnoodrecht vanaf de Eerste Wereldoorlog leveren, kort weergegeven, wat Nederland betreft het volgende beeld op. Enerzijds de erkenning van het bestaan van een subjectief (staats-)noodrecht, aangezien uit het veranderende karakter van de oorlogvoering voortvloeit dat niet alle mogelijke noodsituaties vooraf voorzienbaar en in objectief noodrecht te vatten zijn. Anderzijds, en ondanks de erkenning van een subjectief (staats)noodrecht, vindt een enorme uitbreiding van het objectieve staatsnoodrecht plaats (dit overigens niet alleen in Nederland, maar ook in andere landen). Aanvankelijk gaat die uitbreiding gepaard met een grote versnippering en onduidelijke afstemming, later volgen wetgevingsoperaties om een verduidelijking van de structuur en betere afstemming van de noodwetgeving te bewerkstelligen. Bij de uitbreiding van het objectieve staatsnoodrecht is leidraad dat zoveel mogelijk garanties voor inbreng van de volksvertegenwoordigende organen worden opgenomen (onder meer met betrekking tot de besluitvorming over het uitroepen van een uitzonderingstoestand) en het zo lang en zoveel mogelijk vasthouden aan de normale constitutionele ordening en structuren.

In vergelijking met de negentiende eeuw wijzigt de functie van het objectief staatsnoodrecht van het limitatief opsommen van gebeurtenissen en daaraan gekoppelde bevoegdheden in het bieden van een leidraad voor de overheid in *voorziene* of *voorzienbare* buitengewone omstandigheden. Het objectieve

220 Zie de notitie 'Alerteringssysteem Terrorismebestrijding – Achtergrondinformatie' van de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding, Den Haag, Juni 2005.

221 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 754, nr. 6, p. 14.

staatsnoodrecht biedt op die manier houvast voor de burgerlijke en militaire autoriteiten en voorziet in een bepaalde mate van rechtszekerheid voor de burgers die met maatregelen op grond van dit noodrecht te maken krijgen.²²² Daarnaast zorgt het tevoren vastleggen van noodbevoegdheden in wetgeving voor een democratische legitimatie van de te treffen maatregelen. De volksvertegenwoordigende organen zijn dan betrokken geweest bij de belangenafweging die aan de uitoefening van noodbevoegdheden ten grondslag ligt.

In landen als Duitsland en het Verenigd Koninkrijk speelt het probleem van en de discussie over de al of niet erkenning van een subjectief staatsnoodrecht een veel minder grote rol als in Nederland. In beide landen is voorzien in zeer ruime objectieve noodregelingen voor tijden van oorlog en andere buitengewone omstandigheden. In het bijzonder het functioneren van de noodregeling opgenomen in de *Weimarer Reichsverfassung* maakt echter duidelijk welke gevaren kleven aan een zeer ruimhartige toekenning van noodbevoegdheden aan de regering. De slechte ervaringen uit de periode van de Weimar republiek zullen bepalend zijn voor een grote beduchtheid ten aanzien van het vastleggen van regels van staatsnoodrecht na de Tweede Wereldoorlog; zowel in Duitsland als in andere landen.²²³

2.5 STAATSNODRECHT: RECHTVAARDIGING EN BESTRIJDING

2.5.1 Inleiding

Het denken over de rechtmatigheid van overheidshandelingen in tijden van nood zonder inachtneming van de wettelijke voorschriften verricht, heeft een lange voorgeschiedenis. De ontwikkeling ervan loopt grotendeels gelijk op met de ontwikkeling van het recht zelf, in het bijzonder het staatsrecht, en met de theorievorming over machtsuitoefening door de staat.

In de Nederlandse staatsrechtelijke handboeken staat over het subjectieve staatsnoodrecht dikwijls niet veel meer vermeld dan dat deze term van natuurrechtelijke oorsprong is en dat het rechtspositivisme van de 19e eeuw leidde tot een streven om de gevallen van nood, waarin en de wijze waarop alsdan van de wet kon worden afgeweken, in wetten te regelen.²²⁴ Inderdaad is

222 Brainich von Brainich Felth 1993, p. 76-77.

223 Zie voor een beknopt overzicht van de discussies in Duitsland over de *Notstandsverfassung* in de jaren '60 en de actuele discussies over de vraag of de Duitse *Notstandsgesetzgebung* aanpassing behoeft in het kader van de hedendaagse bedreiging van massaal/grootschalig terrorisme dat wellicht de inzet vergt van de luchtmacht om bijvoorbeeld aanslagen met gekaapte vliegtuigen te verijdelen: Schily 2005 en Schäuble 2005.

224 Zie o.a.: C.W. van der Pot, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, 1940, p. 425; in latere drukken van ditzelfde handboek welhaast ongewijzigd, 5e druk (1953), p. 488-489, 8e druk (1968) bewerkt door A.M. Donner, p. 484-485, 12e druk (1989) bewerkt door L. Prakke, p. 551, 14e druk (2001) bewerkt door L. Prakke, J.L. de Reede en G.J.M. van Wissen, p. 626;

de discussie omtrent het staatsnoodrecht tot ver in de twintigste eeuw altijd sterk beheerst door de tegenstelling natuurrecht-rechtspositivisme. Met betrekking tot de rechtvaardiging van het afwijken van het objectieve recht en het opschorten van mensenrechten door overheidsoptreden in uitzonderingssituaties speelt echter ook nog een aantal andere filosofische stromingen, theorieën en leerstukken een rol: onder meer de waarde die aan de staat als politiek instituut wordt toegedacht, het leerstuk van het verzetsrecht en de democratieopvatting. Om enigszins een beeld te geven van de verschillende invalshoeken die bij de rechtvaardiging of juist de bestrijding van het staatsnoodrecht een rol spelen, passeren deze onderdelen van het (rechts)filosofisch gedachtegoed in het onderstaande kort de revue.

2.5.2 Oppereigendom van de vorst: dominium eminens

In West-Europa hangt de theorievorming omtrent het staatsnoodrecht aanvankelijk nauw samen met het leerstuk van de inbreuk door de staat op het private eigendom, de onteigening. In de Middeleeuwen was de patrimoniale staatsleer, volgens welke het staatsgezag uitvloeisel was van de eigendom over de bodem, een van de meest voorkomende theorieën tot verklaring en rechtvaardiging van dit staatsgezag.²²⁵ De vorst had het oppereigendom²²⁶ over de bodem en ontleende daaraan zijn rechten die hij in het publieke belang uitoefende, de *regalia*.²²⁷ De omvang van de rechten van de vorst werd in principe begrensd door de onvervreemdbare rechten van de onderdanen: die rechten die op een bijzondere titel berustten, zodat het recht van de overheid hiervoor

Kranenburg 1958, p. 261; Koopmans e.a. 1994, p. 142.

225 Jellinek 1920, p. 199-200

226 Prins 1911, p. 6, meldt dat reeds de Romeinse *caesars* als 'domini mundi' beschouwd werden en dat in hun navolging de Duitse Keizers zich diezelfde bevoegdheden en waardigheid aanmaten. In Engeland werd de koning voor hoogste eigenaar van alle grond en bodem gehouden; in Frankrijk was hij de opperste leenheer, zonder echter de oppereigendom te hebben. Van den Bergh 1988, p. 22, beschrijft een ontwikkeling die in dat verband in de 16e eeuw in Engeland plaatsvond, nl. de zgn. *enclosure movement*. In die periode begonnen de feodale heren steeds meer woeste gronden onder hun heerschappij te brengen en te omheinen. De common law begunstigde die aanspraken met een voordelige bewijsregel: voor zover niets anders bewezen kon worden, werd woeste grond geacht van de heer te zijn. Een regel van gelijke strekking werd door de Franse koning gebruikt om zoveel mogelijk grond in zijn rijk onder zijn heerschappij te brengen.

227 Vgl. Van den Bergh 1988, p. 8-9 die een schets geeft van de verwevenheid tussen eigendomsverhoudingen en politieke structuur. In vroegmiddeleeuwse bronnen duidt de term eigendom niet louter op zaken en goederen, maar ook op politieke bevoegdheden of jurisdictie. Het middeleeuwse eigendomsbegrip kon derhalve allerlei rechten omvatten, die wij tegenwoordig niet meer als private rechten zien: bijv. rechtspraak, bestuur en tolheffing.

halt moest houden. Het eigendomsrecht nam hieronder de voornaamste plaats in, de private eigendom beperkte derhalve de overheid in haar gezag.²²⁸

In tijden van nood en gevaar werd het eigendomsrecht van het individu echter immer aan het 'staats'belang opgeofferd. Zo vormde zich naar analogie van de andere *regalia* een nieuw majesteitsrecht om in tijd van nood overigens onschendbare rechten te beperken. De basis voor deze ingrijpende bevoegdheid zocht en vond men in het oppereigendom van de vorst over de bodem. Aan zijn oppereigendom ontleende de vorst zijn bevoegdheid om onderdanen de eigendom te ontnemen.²²⁹ Hiermee ontstond de leer van het *dominium eminens*.²³⁰

Grotius ontwikkelde, hoewel hij de patrimoniale staatsleer niet als enige grond voor de rechtvaardiging van het staatsgezag aannam,²³¹ de theorie van het *dominium eminens* verder. Inbreuk op het eigendomsrecht van onderdanen acht hij geoorloofd, indien het 'ten algemenen nutte' geschiedt en de overheid, zo mogelijk, de schade vergoedt.²³² Grotius vindt de grondslag voor eigendomsontneming in tijden van nood meer in het bijzonder in het recht, dat in die tijd ook de particulier toekwam, om het eigendom van een ander aan te tasten indien het eigen eigendom gevaar loopt. Daarnaast wijst hij op het in tijden van nood terugkeren tot voormaatschappelijke toestanden, waarin nog geen privaat bezit bestond.²³³

228 Discussiepunt onder de natuurrechtsdenkers was daarbij wel of het bestaan van privaat eigendom nu aan de staat voorafging (zoals o.m. Locke stelde) of door de mensen op basis van een (fictieve) overeenkomst was ingesteld met het doel een vreedzame samenleving tot stand te brengen (Van den Bergh 1988, p. 12).

229 Voor deze stelling werden door diverse personen vele argumenten aangevoerd. Zo werd o.a. een beroep gedaan op de rechtsopvatting in het bijbelse Israël en er werd gewezen op uitspraken van Augustinus en de gedachten die Thomas van Aquino in de loop van de dertiende eeuw had ontwikkeld met betrekking tot het gezag van de vorst.

230 Zie uitgebreider hierover Prins 1911, p. 6-11 en de daar aangehaalde literatuur: G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1905, p. 391; G. Meyer, *Der Staat und die erworbene Rechte*, 1895.

231 Hij aanvaarde ook de theorie van het maatschappelijk verdrag. Zie Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, II, 7, 12: 'Sed in regnorum successionem distinguere debent regna quae pleno modo possidentur et in patrimonio sunt ab his quae modum habendi accipiunt ex populi consensu.'

232 Een vergelijkbaar idee treft men aan het begin van de veertiende eeuw ook aan bij Bartolus de Saxoferrato. Hij stelt dat overheidsingrijpen op een aantal terreinen ook is toegestaan als daarbij de vrijheid van de burger in het gedrang komt, mits aan twee voorwaarden is voldaan. Er moet een *iusta causa* zijn, een wettige titel die is gelegen in de *publica utilitas*, het algemeen welzijn. Daarnaast moet het optreden van de overheid verlopen volgens een rechterlijke procedure (*A quolibet iusto iudice*: door tussenkomst van een rechtvaardige rechter). Zie Coopmans 1990, p. 1-2.

233 Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, II, 14, 7; II, 20, 7 en III, 2, 6. Vgl. ook Prins 1911, p. 9: 'Deze vergelijking van de bevoegdheid der overheid met die van het individu is niet nieuw; ze is reeds te vinden in een vonnis van het hof van Vriesland van 17 mei 1611: het recht der Staten om bij nadering van den vijand een huis te vernielen, dat "den vijant bequaem was om daar uyt de belegerden te beschadigen" staat vast; Baldus en Ulpianus immers beweren dat men 's buurmans huis in geval van brand mag omver halen, om zijn eigen huis te beschermen.'

De leer van het *dominium eminens* werd, voor wat betreft de noodonteigening, snel en zonder grote tegenwerpingen door zowel aanhangers van het natuurrecht als meer positiefrechtelijk ingestelde juristen aanvaard. Prins stelt dat:

‘den oppereigendom van den bodem, voor zover deze in den 17e of 18e eeuw erkend wordt, den vorst de bevoegdheid geeft om *in gravissima necessitate* den overigens onschendbaren eigendom te beperken, of zelfs aan den eigenaar te ontnemen, wordt door geen schrijver ontkend.’²³⁴

De meeste auteurs menen met Grotius dat na een dergelijke onteigening noodzakelijkerwijs schadevergoeding moet volgen, al is er discussie over de omvang daarvan.²³⁵

2.5.3 Ius eminens; groei naar een algemeen staatsnoodrecht

De oppereigendom van de vorst over de bodem, werd, o.a. met een beroep op Seneca (*omnia rex imperio possidet, singuli dominio*), wel bestreden: de vorst had slechts imperium, gezag over mensen.²³⁶ Door auteurs na Grotius werd het maatschappelijk verdrag steeds meer als enig juiste rechtvaardiging van het staatsgezag aanvaard. Dit betekende echter niet dat men ook bezwaar maakte tegen het principe van de noodonteigening. Het gezag van de vorst, dus niet *dominium eminens* maar *ius eminens*, bood daartoe voldoende grondslag.

In de loop der tijden bleef de afwijking in perioden van staatsnood van het in normale tijden geldende recht echter niet meer beperkt tot inbreuken op het eigendomsrecht.²³⁷ Prins beschrijft de wijze waarop zich uit de speciale bevoegdheid langzamerhand een meer algemene ontwikkelde: van het opheffen van privileges, de opheffing van de vrijstelling van krijgsdienst voor geestelijken, de heffing van speciale oorlogsbelasting (zonder voorafgaande parlementaire goedkeuring), tot het uitvaardigen van noodverordeningen met formele wetskracht en opschorting van de burgerlijke vrijheidsrechten.²³⁸ In de staatspraktijk ontstond derhalve een algemeen recht van de overheid (vorst) om, in tijd van gevaar, niet alleen inbreuk te maken op de subjectieve rechten van burgers, maar ook overigens af te wijken van het objectieve recht en dus de

²³⁴ Prins 1911, p. 11.

²³⁵ Zie Prins 1911, p. 16-17.

²³⁶ Prins 1911, p. 11-15, geeft een analyse van de strijd om dit punt tussen de 17e-eeuwse juristen Horn en Leiser.

²³⁷ De verschuiving in de theorie van *dominium eminens* naar *ius eminens* maakt deze ontwikkeling ook mogelijk. Het *dominium eminens* als oppereigendom kon immers noodzakelijkerwijs alleen inbreuk op het eigendomsrecht met zich meebrengen.

²³⁸ Prins 1911, p. 18-22.

wet te schenden: staatsnoodrecht.²³⁹ Dit uitgebreide noodrecht – hoofdzakelijk in de Duitse literatuur ontwikkeld – moest voornamelijk dienen voor opschorting van de vrijheidsrechten en uitvaardiging van de noodverordeningen. Aan deze twee instituten ontstaat pas aan het eind van de 18e en in de 19e eeuw behoefte omdat daarvoor de vrijheidsrechten nog vrijwel onbekend zijn en de bevoegdheid tot wetgeving in de regel ongeclausuleerd aan de vorst toekwam. De ontwikkeling van het *ius eminens* tot een *algemeen staatsnoodrecht* valt dus samen met de opkomst van deze instituten.

2.5.4 Natuurrecht

Het natuurrecht – als een systeem van recht en gerechtigheid voor alle gemeenschappen, los van ruimte of tijd – werd beschouwd als verheven boven het onvolmaakte positieve recht. Als bron van dit natuurrecht werd aanvankelijk, in de vroege Middeleeuwen en daarvoor,²⁴⁰ vooral de goddelijke openbaring aangemerkt. Met de Renaissance, de Verlichting en de opkomst van het rationalisme wordt meer en meer de (nog niet door positief recht bedorven) bij iedereen gelijkelijk aanwezige menselijke rede als basis van het natuurrecht aangenomen.²⁴¹

De natuurrechtstheorie beheerst het juridische denken van de zestiende tot in de negentiende eeuw. Dit betekent echter niet dat de antwoorden op juridische vraagstukken in deze periode aan geen enkele verandering onderhevig zijn.²⁴² In de Middeleeuwen en bijvoorbeeld ook bij Hobbes wordt

239 Deze omvorming kwam niet geheel zonder strijd tot stand. Sommige schrijvers meenden dat de noodbevoegdheden beperkt moesten blijven tot inbreuk op eigendomsrechten en daarmee vergelijkbare rechten. Prins 1911, p. 21-22.

240 Onder meer onder invloed van de christelijke denkers Augustinus, Gregorius en Thomas van Aquino.

241 Hierbij is de kanttekening op zijn plaats dat deze twee bronnen niet geheel tegenover elkaar, maar ook naast elkaar staan. In de Middeleeuwse filosofie wordt herhaaldelijk, maar ook door Grotius, een synthese voltrokken waarbij de rede, als gave Gods, het instrument is dat de mens weer bewust maakt van de openbaring. Zie Kisch 1950, p. 474.

242 Kisch 1950, p. 476, stelt m.i. zeer terecht: 'Ten onrechte heeft men wel getracht een meer speciale connectie te leggen tussen natuurrechtelijke theorieën en argumenten en een bepaalde maatschappelijke programmatiek, waarbij dan bijvoorbeeld is verondersteld, dat het natuurrecht in het conflict tussen kerk en staat bovenal aan de zijde van de kerk, in de strijd om de emancipatie der slaven bovenal aan de zijde van de abolitionisten in het veld zou zijn gebracht. In feite is, in het conflict tussen kerk en staat, tegenover het natuurrechtelijke pleidooi voor de suprematie der kerk, gevoerd door de meesters der scholastiek, te stellen het evenzeer natuurrechtelijke pleidooi voor de machtspositie van de staat, gevoerd door Marsilius van Padua en Dante, gelijk ook, ter zake van de slavernij en haar opheffing, tot diep in de negentiende eeuw van beide kanten natuurrechtelijke argumenten zijn gelanceerd, argumenten soms zelf ontleend aan dezelfde bronnen, zoals de H. Schrift en Aristoteles. Zo is het ook onjuist om te menen dat het natuurrecht bovenal diensten zou hebben verleend bij overwinningen van progressieve op meer behoudende ideeën — bepaaldelijk in de strijd om ruimer zeggenschap van de burgerij in staatszaken is van liberale

het natuurrecht geplaatst in het teken van gezagsonderwerping aan de overheid. In de zeventiende en de achttiende eeuw wordt, onder invloed van Locke, Montesquieu en Rousseau, meer een verband gelegd tussen het natuurrecht en het maatschappelijk verdrag (*contrat social*) en komt het accent meer te liggen op de verdediging van de persoonlijke vrijheid van het individu.²⁴³

Hoewel de vroege natuurrechtelijke auteurs hier niet of zeer omzichtig op in gaan, wint met Locke en Rousseau de stelling dat de verhevenheid van het natuurrecht boven het positieve recht met zich brengt dat positief recht dat strijdig is met het natuurrecht als ongeldig moet worden beschouwd, aanhang. De uiterste consequentie hiervan is dat een burger geen gehoorzaamheid verschuldigd is aan overheidsvoorschriften die strijdig zijn met het natuurrecht. De natuurrechtstheorie geeft zo een voedingsbodem aan de ontwikkeling van de idee van 'natuurlijke rechten'. In de loop van de achttiende eeuw vinden met name in Frankrijk, Engeland en de Verenigde Staten deze door de rede aangewezen rechten van het individu jegens de staat, de waarborgen tegen aantasting van de persoonlijke, geestelijke, politieke en economische vrijheid – of in moderne termen: de mensenrechten – hun oorsprong in het natuurrechtsdenken.

Nu valt echter te constateren dat waar de natuurrechtstheorie enerzijds voeding geeft aan het ontstaan van de mensenrechten, datzelfde natuurrecht ook wordt ingeroepen ter rechtvaardiging van het algemene staatsnoodrecht, dat juist een opschorting van die mensenrechten met zich kan brengen. Zoals Grotius het *dominium eminens* nadrukkelijk uit het natuurrecht afleidt,²⁴⁴ acht(t)en velen de basis van het algemene staatsnoodrecht gelegen in het typisch natuurrechtelijke adagium '*salus populi (of: rei publicae) suprema lex*': het welzijn van het volk (resp. de staat) is de hoogste wet.²⁴⁵

Anderen baseren het noodrecht op het beginsel dat bij een conflict het belang van het geheel voorgaat boven dat van de delen. Het belang van het individu als vormend bestanddeel van de staat moet wijken voor het belang van het geheel, de staat zelf. Net als het individu, mag de staat in nood zich verweren. Het individu mag zichzelf daarbij wellicht opofferen, de staat niet.²⁴⁶ Indien de staat in zijn voortbestaan wordt bedreigd, heeft hij dan

én van conservatieve zijde gelijkelijk natuurrecht aangevoerd.'

243 In vervolg op de in de voorgaande voetnoot aangehaalde voorbeelden van tegengestelde hypothesen en conclusies die allen op het natuurrecht werden gebaseerd, valt nog op te merken dat Grotius met natuurrechtelijke argumenten het beginsel van de vrije zee en Selden dat van de 'mare clausum' verdedigt. Waar voor Grotius het natuurrecht uitgangspunt is voor de veronderstelling van onderlinge aantrekking tussen mensen, is het voor Hobbes juist grond voor de onderlinge afstoting (*homo homini lupus*). Hobbes fundeert de macht van de vorst op het natuurrecht en Rousseau juist de macht van het volk.

244 Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, II, 14, 9.

245 O.a. Bischof 1860.

246 Aldus H.A. Zachariae en R. von Jhering, zie Prins 1911, p. 25-26.

ook niet alleen het recht, maar ook de plicht, om de noodzakelijke maatregelen te treffen, menen Gmelin en Meißner.²⁴⁷

2.5.5 Volkssoevereiniteit, rechtspositivisme en geslotenheid van het rechtssysteem

Rousseau ontwikkelt uit de idee van natuurlijke rechten en de theorie van het sociaal contract als grondslag voor de staat de gedachte dat het volk soeverein behoort te zijn. Alleen een vergadering van alle volwassenen, die de *volonté générale* van de gemeenschap, voor allen bindend uitspreekt, is met de eisen van vrijheid en gelijkheid verenigbaar. Hieruit vloeit voort dat de volkswil wordt uitgedrukt door de wetgevende macht, de geschreven wet vormt de uiting van de volkswil. Ook al werken de wetten verkeerd, ze moeten in deze opvatting gehoorzaamd worden tot ze formeel zijn afgeschaft. Een andere opvatting zou volgens Rousseau tot willekeur en despotisme leiden.

Het is duidelijk dat deze leer – hoewel in zekere zin de natuurrechtstheorie aan de grondslag ervan ligt – haaks staat op de natuurrechtelijke gedachten met betrekking tot het staatsnoodrecht, die er makkelijk toe konden leiden dat de vorst zich niet aan de wet gebonden achtte (*princeps legibus solutus*). De leer van de volkssoevereiniteit staat centraal in de Franse revolutie. De *Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen* uit 1789 draagt dan ook duidelijke sporen van deze gedachte. Zo zegt artikel 5: 'Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.' In de *Déclaration* die vooraf gaat aan de Franse Grondwet van 1793 wordt zelfs aan iedere burger het recht gegeven zich tegen elke overheidsdaad die geen wettelijke grondslag heeft, met geweld te verzetten.²⁴⁸

Ook de theorieën van Bentham uit het begin van de 19e eeuw staan afwijzend tegenover het staatsnoodrecht. Zij gaan uit van de geslotenheid van het rechtssysteem: het positieve recht geeft voor elk probleem een oplossing, dus ook in noodsituaties dient het positieve recht te gelden. De overheid kan alleen bevoegdheden ontleen aan de wet, alle bevoegdheden die niet aan de wet ontleend zijn, dus ook het subjectieve staatsnoodrecht, worden ontkend.

De positivistische rechtsopvatting betekent dat het (ongeschreven) subjectieve staatsnoodrecht niet langer als recht wordt erkend: de wetgever mag alleen van de wet afwijken waar de wet de bevoegdheid daartoe met zoveel woorden

247 Gmelin 1921, p. 156; Meißner 1923, p. 165.

248 Art. 11: 'Tout acte exercé contre un homme hors des cas et sans les formes que la loi déterminera est arbitraire et tyrannique; celui contre lequel on voudrait l'exécuter par la violence a le droit de le repousser par la force.'

geeft.²⁴⁹ Het rechtspositivisme gaat het juridische en staatkundige denken in de loop van de negentiende eeuw steeds meer beheersen. Prins geeft een aantal voorbeelden waaruit blijkt dat ook in het Nederlandse parlement in deze periode de altijd geldende kracht van de wet – en in het bijzonder van de Grondwet – voorop staat.²⁵⁰ Zo ontstaat in 1875 discussie in de Tweede Kamer over de instructie die de verplichtingen van vestingcommandanten moet regelen. Een groot deel van de Kamer blijkt dan van oordeel te zijn dat de regering geen bevoegdheid heeft om, onder welke omstandigheid ook, van de Grondwet af te wijken. Het Kamerlid Kappeyne van de Coppello stelt bijvoorbeeld: 'Onze wetten regelende de bevoegdheden van de verschillende overheden, regelen die bevoegdheden niet alleen voor een staat van vrede, maar voor altoos; zij maken geen onderscheid.'²⁵¹

Het is duidelijk dat het overheidsgezag, dat voor de Franse revolutie nog voor een groot deel was vervat in allerlei subjectieve rechten (van de vorst), door de centralisatie van alle gezag in de wetgevende macht alleen nog gebaseerd kan worden op het objectieve, positieve recht. Een overheidsbevoegdheid die zijn grondslag niet vindt in wet of Grondwet wordt in de negentiende eeuw algemeen van de hand gewezen.²⁵² In de Duitse staatsrechtelijke literatuur van eind negentiende, begin twintigste eeuw wordt dit wellicht in zijn meest extreme vorm aangehangen. Daarin overheerst de gedachte dat de staat de bron is van alle recht (staatssoevereiniteit), het recht is verbindend omdat en voorzover het van de overheid afkomstig is, uit de wil van de wetgever voortvloeit. Consequentie daarvan is dat de gebondenheid aan de wet 'bijna tot een dogma' wordt.²⁵³

2.5.6 Rechtssoevereiniteit

Ook de rechtspositivistische opvattingen blijven echter weer niet onbestreden. Het extreem legistische standpunt dat zelfs voor noodsituaties geen aparte regels vereist zijn, omdat de wet geschreven zou zijn voor elke situatie, wordt in toenemende mate als onhoudbaar gekenschetst. Prins is hierover duidelijk:

249 In de woorden van Projahn (aangehaald in Prins 1911, p. 36): 'Es ist unmöglich, dem Staatsnotrecht eine andere als naturrechtliche Grundlage zu geben. Deshalb ist es aber gerade im Rahmen der herrschenden Rechtsanschauung unkonstruierbar. Solange die positivistische Rechtsauffassung herrscht, kann das Staatsnotrecht als Recht nicht anerkannt werden.'

250 Prins 1911, p. 36-38.

251 *Handelingen II 1875-1876*, p. 788.

252 Voor een uitgebreider opsomming van opinies van verschillende auteurs verwijs ik opnieuw naar Prins 1911, p. 39-40.

253 Zoethout 1991, p. 469.

‘De handelingen der regeering in tijd van nood buiten de wet om verricht, verliezen daardoor hunnen grondslag en worden (...) als met de wet strijdend, als onrechtmatig beschouwd. Het wil mij echter voorkomen, dat deze oplossing niet bevredigen kan; dat men, het bestaan van een subjectief staatsnoodrecht ontkennende, toch niet gedwongen is die handeling als onrechtmatig te beschouwen. Wanneer men de daad, die het vaderland wellicht van den ondergang redt, in strijd met het recht verklaart, brengt men, meen ik, het recht en den staat met elkaar in tegenspraak.’²⁵⁴

Prins vervolgt hierna met de stelling dat de wetgever in de regel zijn voorschriften geeft voor normale omstandigheden en niet voor zeldzaam voorkomende of abnormale situaties. Het optreden van de uitvoerende macht in tijd van nood is niet onrechtmatig, ook al wordt daarbij niet volgens de wet gehandeld. Het optreden van de overheid, gericht op het behoud van de staat of van zijn delen is onder die omstandigheden ‘weder erlaubt, noch verboden, sondern unverboden’.²⁵⁵

Hij meent dat de rechtsorde zich bij dergelijke handelingen neerlegt, omdat het niet mogelijk is voor alle tijden een regeling te treffen. Hieraan staat niet in de weg dat de wet voor sommige abnormale tijden wel een regeling geeft. Zo’n regeling is slechts voor de normaal-abnormale gevallen geschreven. Als zich omstandigheden voordoen die de wetgever in de bijzondere regeling niet heeft voorzien, dan moet die wet voor die buitengewone omstandigheden als niet-geschreven beschouwd worden.²⁵⁶

De Leidse hoogleraar Krabbe geldt wellicht als de felste bestrijder van het rechtspositivisme en de daarmee samenhangende leer van de staatssoevereiniteit.²⁵⁷ Zijn brochure *Ongezonde Lectuur* uit 1913 is in de aanval op de positivistische rechtsopvatting en de rigiditeit van de Nederlandse Grondwet het scherpst van toonzetting. Hij bekritiseert de ‘positivisten’ daarin aldus:

‘Deze (...) meenen in alle waarachtigheid, dat zij het in de macht hebben eene staatkunde te kunnen voorschrijven voor reeksen van jaren, terwijl zij toch tenauwernood in staat zijn den eigen tijd waarin zij leven te begrijpen.’²⁵⁸

Krabbe stelt dat de bron van alle recht, dus ook van de wet, het ‘met den mensch gegeven *rechtsbewustzijn*’ is. Het hoogste gezag waaraan de mens onderworpen is niet het overheidsgezag, maar het rechtsgezag: geen staatssoevereiniteit, maar rechtssoevereiniteit.²⁵⁹ Het recht bezit een zelfstandige gelding tegenover de staat. Rechtsnormen komen niet tot stand op grond van

254 Prins 1911, p. 40.

255 Prins 1911, p. 43.

256 Prins 1911, p. 43.

257 Vgl. Zoethout 1991, p. p. 468-470.

258 Krabbe 1913, p. 21.

259 Krabbe 1906, p. 4.

persoonlijk gezag van een vorst of op grond van het abstracte gezag van een geconstrueerde wetgever, maar op grond van de altijd werkzame psychische macht van het rechtsgevoel dat bij het hele volk in meer of mindere mate aanwezig is.²⁶⁰ De wet is naar zijn mening dan ook slechts een van de wijzen waarop het recht tot openbaring komt.²⁶¹ Daarnaast staat

‘met volkomen gelijkwaardigheid in gezag, alle ander intern of extern levend recht, zooals dat bij rechtspraak, in gedragingen der volksgenooten, door handelingen van constitutionele machten, uit constellatie van feiten, aan den dag treedt of in zijn werking wordt ondervonden. (...) De inhoud van het ongeschreven recht moge minder dadelijk zijn te bepalen – zoodra de wet niet in het recht heeft voorzien moet het en kan het worden gelezen uit gedragingen en feiten en heerschende sociale gevoelens, welke voor de niet door de wet geregelde verhouding het rechtsgareel aanwijzen. (...) Voorzover dus de wet zwijgt of haar verbindende kracht heeft ingeboet, heersche: niet de juridische dialectiek – het noodzakelijk kwaad als alle recht tot den wil van een wetgever moet worden teruggebracht – maar het *ongeschreven recht*.’²⁶²

Het is duidelijk dat deze leer van de rechtssoevereiniteit²⁶³ weer heel wat positiever kan staan tegenover het bestaan van een ongeschreven, subjectief staatsnoodrecht. Volgens Krabbe heeft de overheid het recht en de plicht om, als de voor noodsituaties geldende regels tekort blijken te schieten, ongeschreven noodrecht toe te passen.²⁶⁴ Hij stelt echter tegelijkertijd dat dit niet betekent dat een wettelijke regeling van het noodrecht wel achterwege kan blijven. Het ongeschreven recht kan een grote mate van onzekerheid bezitten en juist in buitengewone omstandigheden is het belangrijk dat de rechten en plichten van overheid en burgers hen duidelijk voor ogen staan. Dit geschreven recht is echter een uitwerking van het ongeschreven noodrecht en ook naast dit geschreven recht moet de staat altijd kunnen terugvallen op ongeschreven

260 Krabbe 1913, p. 24-27. Zie ook Krabbe 1915, p. 43.

261 Krabbe zag de wet als één van de wijzen waarop het rechtsbewustzijn tot uitdrukking zou kunnen worden gebracht in gemeenschappelijke normen. Weliswaar vormde het individuele rechtsbewustzijn het uitgangspunt van zijn gedachtegang, maar het rechtsbewustzijn van de enkeling, van het individu, vormde bij hem niet de maatstaf voor het recht. Hij was zich bewust van de verschillen binnen de ‘rechtsbewustzijnen’ van individuen. Zoekend naar een mogelijkheid om tot een gemeenschappelijke norm te komen die voor allen gelding heeft en door alle individuen wordt erkend, komt hij uit bij een vorm van representatieve democratie (zonder overigens deze term te gebruiken) waarin diegenen met kennis van de belangen waarvoor recht moet worden gevormd, indien zij t.a.v. een bepaalde norm consensus kunnen bereiken (of het er althans in meerderheid mee eens zijn), deze norm tot gemeenschapsnorm mogen maken. In die zin vormt zijn leer van de rechtssoevereiniteit ook een pleidooi voor een daadwerkelijke democratische legitimatie van wetgeving; er was in die tijd nl. nog geen sprake van algemeen kiesrecht. Vgl. Zoethout 1991, p. 477-478.

262 Krabbe 1913, p. 45-47.

263 Door Krabbe nog verder uitgewerkt en verdedigd in zijn latere werken *De moderne staatsidee* (1915) en *Het Rechtsgezag* (1917).

264 Krabbe 1913, p. 48.

recht. Dat ongeschreven noodrecht is ook niet zozeer een recht dat, om redenen van nut of noodzaak, strijdig is met of (tijdelijk) afwijkt van het ‘normale’ geschreven recht, maar veeleer een recht dat naast het (geschreven) wettenrecht staat en op precies dezelfde gelding aanspraak kan maken, omdat het een ‘regeling bevat van andere verhoudingen dan de wet in het vizier had’ en rechtstreeks zijn grondslag vindt in het rechtsbewustzijn.²⁶⁵

2.5.7 Waarde van de staat als politiek instituut

Waarom verdient de staat bescherming indien deze in zijn voortbestaan wordt bedreigd? Deze vraag hangt naar mijn mening nauw samen met de vraag waaraan ‘de staat’ zijn bestaansrecht ontleent. Het is misschien niet zozeer een juridische, maar meer een sociologische of zelfs psychologische vraag, waarvan het antwoord ook nog eens een keer afhangt van de vraag wat nu precies onder ‘de staat’ wordt verstaan. De veelheid van factoren die bij de ontwikkeling van de staatsidee een rol hebben gespeeld maakt een kort antwoord daarop dan ook onmogelijk. Zelfs een korte samenvatting van de vele verschillende theorieën die hierover zijn geformuleerd zou het bestek van deze studie nog te buiten gaan.²⁶⁶ Ik beperk mij hier tot een zeer grove schets waarin slechts aan enkele staatkundige denkers wat uitvoeriger aandacht wordt besteed. Daarbij zij opgemerkt dat het gedachtegoed van deze denkers niet altijd direct betrekking heeft op ‘de staat’ in zijn moderne vorm van nationale staat. Het begrip staat wordt in deze paragraaf gemakshalve – en in lijn met wat in de staatsrechtelijke literatuur niet ongebruikelijk is²⁶⁷ – ook gebruikt ter aanduiding van pre-statelijke samenlevingsverbanden waarbij sprake was van een vorm van uitoefening van overheidsgezag over een bepaalde gemeenschap.²⁶⁸

De visie op het staatsdoel is van primair belang voor de waardering en ordening van het staatsbestel. Wanneer men als doel van de staat stelt de verkrijging van zo groot mogelijke macht kan en moet men de orgaan-samenstelling, de orgaan-functionering en de orgaan-verhouding anders construeren dan wanneer men – à la Montesquieu – de vrijheid, het rustig en onbezorgd

²⁶⁵ Krabbe 1913, p. 49. Zie ook Zoethout 1991, p. 472-473.

²⁶⁶ Ik volsta hier met de verwijzing naar het overzicht van deze theorieën in Van der Pot/Donner/Prakke e.a. 2001, afdeling I; Kranenburg 1949, hfdst. 1-4, Couwenberg 1991 en (in het bijzonder) Meinecke 1984.

²⁶⁷ Vgl. Van der Pot/Donner/Prakke e.a. 2001, p. 3: ‘Het zal (...) tot de negentiende eeuw duren voordat over de staat en staten wordt gesproken als over vaststaande en vergelijkbare zaken: “staat” is dan een gewoon begrip geworden. Dat betekent niet dat de zaak zelf niet vóór die tijd aanwezig is. De geschiedenis toont ons in de oudheid en in de middeleeuwen verbanden en instellingen die wij zonder de feiten geweld aan te doen met ons woord staat mogen aanduiden.’

²⁶⁸ Zie ook § 2.3.1.

leven der staatsburgers als doel voorop stelt.²⁶⁹ Nu is in de Europese geschiedenis het blote streven naar zo groot mogelijke macht nooit, ook niet door Machiavelli (zie hieronder), in absolute zin als staatsdoel verdedigd.²⁷⁰ Wel zien we dat reeds in de antiek-Griekse staatsidee en in de klassiek Romeinse *imperium*-idee de staat wordt verheven tot een alomvattende religieuze cultuurgemeenschap, waarbinnen de mens uitsluitend zijn ware tijdelijke bestemming kan vinden. Dit valt te illustreren met de bekende uitspraak van Aristoteles: 'Wie niet in de polis leven kan of, omdat hij zelfgenoegzaam is, deze niet nodig heeft, is geen lid van de polis, en daarom of een dier of een god.'²⁷¹ De alomvattende en allesbeheersende staat is geen doel op zich, maar dient ertoe dat de goddelijke bedoeling met het menselijk geslacht het best wordt bereikt. Binnen de staat spelen belangen van individuen dan ook geen rol en zijn er geen grenzen gesteld aan de staatsmacht, zo verklaart Meinecke:

'At the period when the city-state was flourishing, the thing most worth living for was the State itself. The ethics of individual and of national conduct thus coincided, and so there was no conflict between politics and ethics. There was also no universal religion, to try and restrict by its commands the free exercise of State powers. The national religion which existed tended rather to favour this free exercise, by glorifying heroism.'²⁷²

In de late Middeleeuwen vinden we de gedachte van 'de staat' als bron van menselijk welzijn terug bij Dante (1265-1321). Het hoogste doel van de mensheid is de hoogste geestelijke volkomenheid: 'De taak, eigen aan het menselijk geslacht, als een geheel genomen, is het steeds tot werking brengen van de gehele macht van de geestelijke vermogens.'²⁷³ Dante constateert dat de mensheid in de rust of ongestoordheid van de vrede zich het liefst en het gemakkelijkst aan deze, zijn meest eigen, taak wijdt.²⁷⁴ Hij verbindt hieraan de conclusie dat er één grote machtige (wereld)staat nodig is om die vrede te bewerkstelligen. In deze lijn verklaarde Jean François de Gerson (1363-1429) in 1404 dat indien een wet strijdig is met het staatsdoel van de handhaving van de vrede,

269 Kranenburg 1949, p. 49.

270 Kranenburg 1949, p. 50-55, stelt dat hij machtsverwerving als absolute en enige staatsdoel alleen is tegengekomen in het werk van de Chinese geleerde Shang Yang.

271 Aristoteles, *Politica*, I. 1253a. Meinecke 1984, p. 25 geeft aan de hand van teksten van Thucydides en Tacitus enkele andere uitingen van deze opvatting weer.

272 Meinecke 1984, p. 26. Hierbij moet echter opgemerkt worden dat de Griekse mythologie zoals verteld door Sophocles in de tragedie 'Antigone' reeds een vroege manifestatie bevat van het denken in termen van 'hogere' recht, recht dat superieur is aan het recht van de vorst. Antigone negeert het verbod van de vorst om haar broer te begraven met een beroep op het goddelijk recht op een fatsoenlijke begrafenis, hetgeen zij overigens met de dood moet bekopen. Zie Cliteur 1999, p. 17.

273 Dante Alighieri, *De Monarchia Libri III*, Caput IV. In Nederlandse vertaling weergegeven door Kranenburg 1949, p. 54.

274 Vergelijkbare gedachten kunnen wij aantreffen in de *Defensor pacis* van Marsilius van Padua (1280-1343).

deze wet zodanig geïnterpreteerd zou moeten worden dat deze meer met het staatsdoel in overeenstemming is ofwel geheel afgeschaft zou moeten worden.

Ook na de Middeleeuwen blijven op de klassieke leest geschoeide gedachten een belangrijke rol spelen in het West-Europese staatkundige denken. We vinden ze onder meer terug in het renaissancistische gedachtegoed van Niccolo Machiavelli (1469-1527). Zijn theorieën over de bevoegdheidenuitoefening door de vorst of de staat, zoals onder meer neergelegd in zijn bekendste werk *Il Principe*,²⁷⁵ worden veelal samengevat in de adagia 'might makes right', 'Not kennt kein Gebot' en 'het doel heiligt de middelen'. Hij wordt wel beschouwd als grondlegger van een doctrine met een volstrekt a-morele taakopvatting voor de heersers over staten, waarin het doel van de instandhouding van de staat en het behoud van de machtspositie van de heerser alle middelen (hoe weerzinwekkend ook) heiligt.²⁷⁶ Over de achtergrond van zijn ideeën vallen echter wel wat genuanceerder opmerkingen te maken.

Door Friedrich wordt Machiavelli gekenschetst als 'a true Renaissance thinker in that he wished to bring about a rebirth of that spirit of classical antiquity which was manifest in Athenian, Spartan and Roman patriotism'.²⁷⁷ Zijn theorieën moeten vooral worden gezien als geïnspireerd door een diep verlangen om het in zijn tijd welig tierende ongeremde egoïsme van de politieke leiders (en van hemzelf) te vervangen door 'hogere waarden'.²⁷⁸ Hij grijpt daartoe terug op de gedachte dat de staat, zoals in de klassieke oudheid de *polis* of de *civitas*, een essentiële voorwaarde is voor alle deugdzaamheid en rechtschapenheid van de mens. De staat is een door de mens gecreëerd (kunst-)werk waarin de gunstigste voorwaarden geschapen worden voor de verwezenlijking van *virtù*, waarbij die term (hoewel door Machiavelli zelf niet expliciet gedefinieerd) zo ongeveer omschreven kan worden als 'de uitmuntende eigenschappen die zowel de burger binnen een republiek nodig heeft als ook

275 In het Nederlands uitgegeven als: Niccolo Machiavelli, *De Heerser* (vertaald, ingeleid en toegelicht door Frans van Dooren), Amsterdam: Athenaeum-Polak/Van Gennip 1990.

276 Meinecke 1984, p. 30 meldt dat onderdelen van het gedachtegoed dat doorgaans als machiavellisme wordt aangeduid ook al terug te vinden zijn bij auteurs vóór Machiavelli. Zo stelde Philips van Leiden (1328-1382), een priester in dienst van de Graaf van Holland, in zijn *De cura reipublicae et sorte principantes* reeds dat de heerser over een gebied een aan een bepaalde stad toegekend privilege zou moeten intrekken indien het privilege de *publica utilitas* schade toebracht. In maart 1408 presenteerde Jean Petit, een theoloog in dienst van de Hertog van Bourgondië, een uitvoerige dissertatie, waarin hij zijn baas verdedigde voor de moord op Hertog Lodewijk van Orléans en tevens verklaarde dat edellieden zich niet aan onderlinge beloften en verbondsafspraken hoefden te houden indien deze de heerser of de gemeenschap schade zouden kunnen toebrengen.

277 Friedrich 1957, p. 17. Vgl. Meinecke 1984, p. 30-31.

278 Meinecke 1984, p. 29-32, Friedrich 1957, p. 17. Op p. 23 merkt Friedrich zeer terecht op dat de passages uit Machiavelli's werk waaraan zijn theorieën hun 'infame' karakterisering ontleenen, feitelijk slechts een beschrijving bevatten van de wijze waarop Machiavelli de heersers om zich heen ziet handelen en niet als normatieve maatstaf gepresenteerd worden.

de leider of regeerder daarvan'.²⁷⁹ Binnen een goed geconstrueerde gemeenschap of staat bereikt de mens een 'morele superioriteit'. Tegen deze achtergrond is het bouwen van een politieke gemeenschap of staat en het instandhouden daarvan het allerhoogste belang, waaraan alle andere belangen ondergeschikt zijn. 'The accomplishment is the condition of all moral conduct and hence cannot in turn be made to depend upon the laws which govern this conduct', zo vat Friedrich samen.²⁸⁰ In het denken van Machiavelli is een nadere rechtvaardiging van optreden dat dient ter bescherming en handhaving van de staat simpelweg niet noodzakelijk, dergelijk optreden beschouwt hij als een empirische noodzakelijkheid.²⁸¹ Desalniettemin is Machiavelli in het algemeen voorstander van een terughoudende uitoefening van staatsbevoegdheden²⁸² en spreekt hij zich ook uit ten faveure van gepositieerd noodrecht en goed afgebakende noodbevoegdheden. Hij toont zich met name bijzonder gecharmeerd van de regeling van het Romeinse dictatorschap en de daarin opgenomen mechanismen om misbruik van de noodbevoegdheden te voorkomen. Hij acht het essentieel dat een goed georganiseerd rechtssysteem voorziet in dergelijke noodmaatregelen, zodat men geen toevlucht hoeft te nemen tot geheel buitenwettelijke maatregelen, omdat die een gevaarlijke precedentwerking zouden kunnen hebben.²⁸³ Situaties van staatsnood moeten volgens Machiavelli in beginsel bestreden worden binnen de grenzen van het geschreven recht, zo analyseert Meinecke, maar in uiterste nood moet daarvan afgeweken kunnen worden als het nodig is om het land te redden.²⁸⁴

'[W]e see no signs in Machiavelli of *raison d'état* taking precedence over statute law, which in the seventeenth century (...) was to constitute the principle importance of *raison d'état*. On the contrary a fundamental respect for the existing laws was part of the very essence of his rational autocracy. (...) All this shows that he moved on the ethical heights of a *raison d'état* which within the limits of his time could only have limited aims indeed, but which was capable of a vital consciousness of the good of the community, the *bene commune* of the whole people. And ultimately he was even capable of rising to the highest ethical feeling which is possible

279 Friedrich 1957, p. 18. Meinecke 1984, p. 32 omschrijft *virtù* als volgt: 'It (...) embraced the civic virtues and those of the ruling class; it embraced a readiness to devote oneself to the common good, as well as the wisdom, energy and ambition of the great founders and rulers of states'.

280 Friedrich 1957, p. 1-2.

281 Friedrich 1957, p. 23. Hij wijst erop dat Machiavelli wel onderscheid maakt tussen de privébelangen van de vorst en het staatsbelang. Zie ook Meinecke 1984, p. 39-40.

282 Meinecke 1984, p. 43, die dit ontleent aan passages uit Hoofdstuk 3 van *Il Principe* waar Machiavelli adviseert om in nieuw veroverde gebieden die dezelfde taal spreken de bestaande wetten en belastingen te handhaven.

283 Friedrich 1957, p. 28-29. Dit is met name terug te vinden in boek 1, hoofdstuk 34, van Machiavelli's *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, in het Nederlands uitgegeven als *Discorsi. Gedachten over staat en politiek* (vertaald ingeleid en toegelicht door Paul van Heck), Amsterdam/Antwerpen: Ambo/Kritak 1997.

284 Meinecke 1984, p. 44.

for action prompted by *raison d'état*; this sacrifice consists in taking on oneself personal disgrace and shame; if only it offers a means of saving the Fatherland.'

Hierbij moet overigens worden opgemerkt dat Machiavelli in zijn tijd situaties van staatsnood om zich heen vooral zag ontstaan door samenzwering van om de macht strijdende facties en families *binnen* de staat zelf.²⁸⁵ Waar hij stelt dat de staat zich zo nodig *rücksichtslos* en eventueel met afwijking van het geschreven recht tegen aantasting moet kunnen verdedigen, ziet hij derhalve op aantasting van binnenuit. Dit is de reden waarom Meinecke in het bovenstaande citaat spreekt van de 'limited aims' van de Machiavelliaanse *raison d'état*. Dat neemt niet weg dat de gedachtelijn van Machiavelli die historisch gezien de meeste impact heeft gehad en ook een voedingsbodem vormde voor het vorstelijk absolutisme van de zeventiende en achttiende eeuw juist de verheerlijking van de staatsordening als 'hoogste waarde' is.²⁸⁶ Een hoogste waarde die ten koste van alles verdedigd moet worden, zonder acht te slaan op de rechtvaardigheid van de betreffende staatsordening, en die Machiavelli in het fameuze hoofdstuk 18 van *Il Principe* brengt tot zijn 'advies' aan de Florentijnse heersers van zijn tijd (de Medici's) om zich niet zonder meer te houden aan eenmaal gemaakte afspraken en in geval van een noodzaak tot zelfhandhaving af te wijken van de wetten van menselijkheid, barmhartigheid en vroomheid.²⁸⁷

285 Meinecke 1984, p. 43-44.

286 Waarbij overigens wel goed het oog gehouden moet worden dat Machiavelli bij zijn beschrijving van politiek 'nuttige' gedragingen van de heerser niet het oog heeft op materialistisch-egoïstische gedragingen van die heerser. Een daad die enkel en alleen het eigenbelang dient veroordeelt hij zonder meer, maar een daad die gericht is op het belang van de staat vindt hij te allen tijde gerechtvaardigd.

287 In dit hoofdstuk schrijft Machiavelli onder meer (Nederlandse vertaling ontleend aan Van Dooren, zie voetnoot 275 *supra*): 'Hoe prijzenswaardig het is als een machtig man zijn woord houdt en rechtschapen en eerlijk leeft, begrijpt iedereen. Toch leert de ervaring dat in onze dagen juist die machthebbers die zich aan hun woord weinig gelegen lieten liggen, grote dingen tot stand hebben gebracht en op sluwe wijze de geest van de mensen hebben weten te bespelen. En ten slotte zijn ze zelfs hen die zich op eerlijkheid baseerden, de baas geworden. (...) [M]en moet goed voor ogen houden dat een heerser, vooral als hij pas aan de macht is, niet alle dingen in acht kan nemen op grond waarvan de mensen als goed beschouwd worden. Want om zijn machtspositie te handhaven, is hij dikwijls genoodzaakt te handelen in strijd met de betrouwbaarheid, de barmhartigheid, de menselijkheid en de godsdienstigheid. En daarom is het nodig dat hij mentaal bereid is een andere koers te gaan varen, als de grillen van het lot en de veranderende situaties hem dat voorschrijven. En hij moet, zoals ik al zei, het goede niet achterwege laten wanneer dat mogelijk is, maar van de andere kant moet hij in staat zijn om over te stappen op het kwade wanneer de noodzaak hem daartoe dwingt.' Het hoofdstuk maakt duidelijk dat Machiavelli tot dit advies komt onder invloed van zijn zeer negatieve mensbeeld: 'Een verstandig heerser kan noch mag zijn woord houden wanneer dit hem schade berokkent en wanneer de redenen die hem tot zijn belofte gebracht hebben zijn weggevallen. Als de mensen allemaal goed waren, zou dit advies niet juist zijn. Maar omdat ze slecht zijn en ze ook ten opzichte van jou hun woord niet zullen houden, hoef jij dit evenmin tegenover hen te doen.'

Auteurs na Machiavelli kunnen min of meer in twee stromingen worden onderverdeeld. Enerzijds is er de autocratisch-absolutistische stroming die de staat 'zonder meer' op een voetstuk plaatst, zonder acht te slaan op de interne rechtvaardigheid van de staatsordening (onder meer Botero, Bodin, Hobbes, Richelieu). Anderzijds zijn er denkers die – ook al gaan hun staatkundige ideeën soms evenzeer in een monarchaal absolutistische richting – onder invloed van het christendom en de christelijke moraliteit, nadrukkelijker geconfronteerd worden met de vraag of optreden tot behoud en bescherming van de staat in christelijk-ethische zin 'gerechtvaardigd' is. Zij kunnen de staatsordening niet zonder meer verheerlijken als 'hoogste waarde', zonder aandacht voor de rechtvaardigheid van of binnen die staatsordening.²⁸⁸ Dat neemt echter niet weg dat ook binnen deze stroming veelal weinig beperkingen worden opgelegd aan vormen van staatsnoodrecht. Zo staat in het protestants-Calvinistische denken overheidswerk in dermate hoog aanzien dat de staat of overheid ook veel ruimte wordt gelaten om zich te weren indien ze bedreigd wordt. Wel kan gezegd worden dat deze stroming een extra 'diepgang' toevoegt aan het denken over staatsnoodrecht. Immers, in de woorden van Friedrich:

'only those political theorists who subject government and politics to law and/or a transcendent moral order, who put justice ahead of or at least on a level with peace and order are confronted with the problem of reason of state in its most perplexing form. For if the constitutional order's survival is threatened by an enemy who does not acknowledge the validity of this law and moral order, what is the defender of the constitutional order permitted to do? How far may he go in violating the norms which he is supposedly bound to respect? This is not merely or simply the question of moral conduct of the individual involved in the situation; it may well raise the issue with reference to the conduct of the constitutionally organized community itself.'²⁸⁹

Een exponent van deze stroming bij wie de calvinistische leer wel heel nadrukkelijk op de voorgrond staat is Althusius (1557-1638). Als het gaat om de bescherming van de staat acht deze op zich alle maatregelen die noodzakelijk zijn ook gerechtvaardigd, inclusief het gebruik van informanten, spionnen of het toepassen van martelingen om samenzweringen aan het licht te brengen.²⁹⁰ Bescherming van de staat is bij hem echter geen bescherming van de machthebbende personen, maar van de staatsfuncties welke op hun beurt – in overeenstemming met de christelijke moraal – weer ten dienste dienen

288 Zie in dit verband ook de volgende paragraaf over het 'verzetsrecht'.

289 Friedrich 1957, p. 66.

290 Onder meer onder verwijzing naar het feit dat ook de Bijbelse koning David van spionnen gebruik maakte.

te staan aan de belangen en noden van de gemeenschap, de volksgenoten.²⁹¹ De staat die zichzelf beschermt, treedt dus op als vertegenwoordiger van de belangen van de gemeenschap en als zodanig komt de vorst of machthebber grote vrijheid toe om alle noodzakelijke maatregelen te treffen. Tegelijkertijd wijst Althusius er echter op dat bij interne conflicten binnen de staat, zoals afscheidingsbewegingen, de vorst zich voortdurend dient te hoeden voor overhaaste of gewelddadige acties aangezien dergelijke conflicten doorgaans juist te wijten zijn aan het onethische gedrag van de machthebber zelf.²⁹² Als de intenties van de machthebber echter juist zijn, gericht op christelijke doelstellingen, dan heiligt het doel alle middelen.

Deze benadering is in zoverre onbevredigend dat ze geen antwoord geeft op de vraag wat er dient te gebeuren indien de machthebbers als vertegenwoordigers van de gemeenschap in het kader van staatsnoodrecht besluiten iets te doen wat lijnrecht tegen Gods geboden of de christelijke moraal ingaat. In zijn bespreking van wat hij noemt de 'Christian slant' in de ontwikkeling van het denken over staatsnoodrecht merkt Friedrich hierover op:

'This question remains unanswered, but undoubtedly the answer would be: they will never make such a decision, if they are of the true Christian faith. They may do something which is an adaptation of these commandments to the conditions of time, place and so on, but they will never do anything wholly contrary to them, unless in the strictest sense necessary for survival. At this point, we are face to face with the ultimate religious foundation of the political thought of Althusius and the Calvinists. We are confronted with a faith.'²⁹³

Waar Althusius nog niet of nauwelijks aandacht heeft voor begrenzing van noodbevoegdheden is bij een andere, minder direct in de Calvinistische traditie staande, exponent van deze stroming, Harrington (1611-1677), wel aandacht voor vormen van democratie en voor begrenzing en inkadering van het staatsnoodrecht. In zijn belangrijkste boek, *The Commonwealth of Oceana*,²⁹⁴ ontwerpt Harrington een speciale regeling voor noodbevoegdheden (binnen de imaginaire staat Oceana). Hij concipieert die zodanig dat de 'normale' wetgevende autoriteiten een raad – bestaande uit minimaal tien ridders – dienen in te stellen die zich bezig moet houden met de veiligheid en het voortbestaan van de staat. De bevoegdheden van deze raad, die Harrington aanduidt als *junta* en *dictator*, zijn strikt gelimiteerd in tijd en kunnen ook herroepen worden. De raad kan allerhande noodzakelijke maatregelen treffen, onder meer heffingen opleggen, en ook wetten vaststellen, maar deze zijn slechts een jaar geldig

291 Carney 1964, p. 147-148 en 153-162.

292 Carney 1964, p. 113-114.

293 Friedrich 1957, p. 74.

294 Door mij werd geraadpleegd: J. Harrington, *The Commonwealth of Oceana and A System of Politics* (edited by J.G.A. Pocock), Cambridge: Cambridge University Press 1992. Het oorspronkelijke werk stamt uit 1656.

en kunnen zonodig herroepen worden door de normale wetgevende macht. Bovendien mag de raad slechts maatregelen treffen ter bescherming van de bestaande orde, hij mag deze niet omverwerpen.²⁹⁵ In Harrington's benadering van staatsnoodrecht staan twee punten centraal: (1) de noodbevoegdheden moeten worden uitgeoefend door een orgaan dat niet permanent is en (2) dat orgaan moet gescheiden zijn van de normale autoriteiten. Verder moeten binnen dat orgaan op collegiale wijze besluiten worden genomen, de noodbevoegdheden liggen niet in handen van één individu.

Geconcludeerd kan worden dat ook binnen de stroming in het politieke denken die ervan uitgaat dat regeermacht uitgeoefend dient te worden in het belang van de gemeenschap en die de overheid ziet als vertegenwoordiger van de gemeenschap uiteindelijk toch ruim baan wordt gelaten voor staatsnoodrecht en afwijking van de normale constitutionele orde in tijden van (staats)nood. Zelfs een auteur als Locke (1632-1704) die nadrukkelijk aandacht heeft voor een recht van verzet voor de leden van de gemeenschap indien de regeermacht in strijd met hun rechten en belangen – en dus in strijd met de afspraken in het sociaal contract – wordt uitgeoefend (zie daarover de volgende paragraaf) gaat voor situaties van bedreiging van de staat uit van een 'koninklijk prerogatief' voor de vorst om zonodig af te wijken van de wet ter bescherming van de gemeenschap.²⁹⁶

Een zekere samensmelting van beide hierboven geschetste stromingen treffen we aan in de politieke filosofie van Hegel (1770-1831). In zijn bespreking van het werk van diverse filosofen rondom het thema *raison d'état* plaatst Meinecke Hegel zonder meer in de traditie van het absolutisme en de zogenaamde *Machtsstaatsgedanke*.²⁹⁷ maar dat is wellicht een wat te eenzijdige karakterisering, want in het denken van Hegel zijn ook constitutionalistische trekken waarneembaar: binding van de overheid aan het recht en een overheid die een kader dient te scheppen voor de verwezenlijking van individuele vrijheid.²⁹⁸ In zijn historische benadering van het politieke denken beschouwt hij de ontwikkeling van de staat in de richting van een constitutionele monarchie als een 'onvermijdelijk' resultaat van de historische ontwikkeling van de moderne wereld. De constitutionele monarchie is de hoogstontwikkelde staatsvorm die de historische evolutie heeft voortgebracht en in die zin is de staat de ware *Gestaltung* van de zedelijke idee of het ethische leven, voortvloeiend uit een in zekere zin universele 'volksgeest'.²⁹⁹ De staat is daarmee niet slechts een noodzakelijke voorwaarde voor, maar zelf de belichaming van, wat Hegel noemt, *nomos* (rechtvaardig gedrag).³⁰⁰ Hegel duidt de ontwikke-

295 Harrington 1992, p. 129-130.

296 Friedrich 1957, p. 83.

297 Meinecke 1984, p. 343-369.

298 Friedrich 1957, p. 91-92.

299 Friedrich 1957, p. 103-104.

300 Friedrich 1957, p. 107.

ling van de staat zelfs aan als ‘der Gang Gottes in der Welt’.³⁰¹ Niettegenstaande het feit dat de staat in Hegel’s denken opgevat moet worden als een constitutionele staat, leidt de deificatie van de staatsidee in zijn denken ertoe dat indien de veiligheid of het voortbestaan van de staat in gevaar is – of de dreiging nu een buitenlandse of interne is – de monarchale macht zal optreden en ongeclausuleerd alles zal doen wat noodzakelijk is om de staat te handhaven: ‘The deified, the sanctified state as the end of all political activity is given so transcendent a value that the means for its preservation do not need any justification’.³⁰² Uiteindelijk is daarmee Hegel’s standpunt met betrekking tot staatsnoodrecht niet zoveel anders dan dat van Machiavelli.

Het Machiavelliaans-Hegeliaanse denken is dominant in de algemene staatsleer, die sinds de 19e eeuw in Europa beoefend wordt. Couwenberg wijst op een aantal extreme uitingen van deze stroming.³⁰³ Zo gaat de Duitse theoloog Schleiermacher in zijn romantische staatswaardering zo ver, dat hij de staat prijst als ‘das herrlichste Kunstwerk des Menschens’.³⁰⁴ Ook in het katholieke politieke denken wordt de staat lange tijd als *societas perfecta* gekarakteriseerd, waarin in principe alle tijdelijke behoeften van de mens bestreken konden worden. In deze traditie wordt door vele schrijvers aan de staat, net als aan het individu, een recht op zelfbehoud toegekend,³⁰⁵ omdat ‘der Mensch in der Unstaatlichkeit des Naturstandes buchstäblich nicht existieren kann’ en hij zelfs ‘dort einer menschlichen Existenz überhaupt ermangelt’ en ‘erst in der Verbundenheit als Staat aus einem Naturwesen ein Mensch’ wordt.³⁰⁶ In de *reine Rechtslehre* van Kelsen worden recht en staat als identiek aangemerkt. Hij erkent weliswaar dat de staat aan het recht is onderworpen, maar komt vervolgens tot de conclusie dat de staatsorde en de rechtsorde eigenlijk hetzelfde zijn: de staat is het normensysteem zelf. Zodra de staat als ordeningseenheid is geaccepteerd, bestaat er geen mogelijkheid meer, hem te stellen tegenover het recht. Staat en recht vallen beide onder dezelfde categorie, de ‘normatieve’ ordening. En als men het wezen van de rechtsnorm in het dwang-karakter ziet, dan zijn recht en staat op gelijke wijze dwangordeningen in de zin van een systeem van dwang-regelende normen.³⁰⁷ Zijn stelling is dan ook dat:

301 Hegel 1955, p. 398

302 Friedrich 1957, p. 107

303 Couwenberg 1979, p. 10-11.

304 Schleiermacher 1843, p. 57

305 De vergelijking tussen het zelfbeschermingsrecht van de staat en het noodweerrecht van het individu wordt met name in de Duitse dogmatiek naar voren gebracht. Tammes 1947, p. 15 verklaart dit door er op te wijzen dat in de 19e eeuw het volkenrecht in Duitsland gedoceerd werd door de hoogleraren strafrecht.

306 Krüger 1966, p. 191.

307 Kelsen 1928, p. 86 e.v.

‘das Recht, ganz ebenso wie der Staat, als nichts anderes erkannt werden [kann] denn als eine Zwangsordnung menschlichen Verhaltens, über deren Moral- oder Gerechtigkeitswert damit nichts ausgesagt ist. Dann läßt sich der Staat nicht mehr und nicht weniger juristisch begreifen als das Recht selbst.’³⁰⁸

Uit het bovenstaande komt het beeld naar voren dat de staat in de eerste plaats zijn waarde ontleent aan zijn ordescheppende kracht, die nodig is om een gemeenschap van mensen, een samenleving, te kunnen laten bestaan. Met Renaissance, Reformatie en Humanisme en daarna vooral in de achttiende eeuw met de Verlichting en de grote politieke en industriële omwentelingsprocessen die dan op gang komen, worden de grondslagen gelegd van het moderne cultuurpatroon, waarin de staat zich ontwikkelt tot de belangrijkste politieke institutie, de voornaamste ordescheppende kracht. De staat wordt als politieke institutie zo dominerend, dat men de staat in woord en geschrift vaak zonder meer vereenzelvigt met de gemeenschap, de samenleving. De staat wordt beschouwd als kostbaar cultuurgoed en aan de handhaving en verdediging ervan wordt hoge prioriteit gegeven. Eigenlijk wordt in het West-Europese staatkundige denken het bestaan van de staat meer en meer als een soort noodzakelijkheid gezien. De ‘natuurlijke’ noodzaak van het bestaan van een staat brengt mee dat de staat elke situatie aan moet kunnen. Dit betekent dat de omvang van de ‘staatsmacht’ niet een optelling van losse bevoegdheden kan zijn die vooraf is vastgelegd, maar dat het een ‘blanco volmacht’ moet zijn om alles te kunnen doen wat een bepaalde situatie eist. Het bestaan van staatsnoodrecht (geschreven of ongeschreven) is in deze gedachtegang een vanzelfsprekendheid.

2.5.8 Verzetsrecht

Min of meer tegenover de natuurlijke bestaansnoodzaak van de staat, staat het leerstuk van het verzetsrecht. In wezen is het probleem van het ‘recht van verzet’ tegen de staatsmacht gelijk aan de vraag naar de grenzen van de rechtsmacht van de staat. Erkenning van het bestaan van een verzetsrecht is van invloed op de vraag of in bepaalde omstandigheden een beroep op (ongeschreven) staatsnoodrecht gerechtvaardigd is. Verzet tegen overheidsmaatregelen of opstand zal doorgaans gepaard gaan met verstoringen van de openbare orde en in zijn uiterste consequenties kunnen leiden tot burgeroorlog. Juist in dergelijke situaties zal de overheid een beroep doen op staatsnoodrecht.

De Grieks-Romeinse Oudheid kent, ondanks de tendens tot alomvattende macht voor de staat, reeds vormen van verzetsrecht. Aan een onrechtmatig aan de macht gekomen of een op onrechtmatige wijze macht uitoefenende

308 Kelsen 1960, p. 320.

tiran mag, desnoods met geweld, verzet geboden worden.³⁰⁹ Voorbeelden hiervan zijn te vinden in de *Antigone* van Sophocles³¹⁰ en in de werken van Plato, Aristoteles, de Stoïcijnen, Cicero en Seneca.³¹¹ Tirannenmoord wordt zonder veel onderbouwing als rechtmatig en natuurlijk aangemerkt.³¹²

De idee van grenzen aan de rechtsmacht van de staat krijgt in het Westerse denken over recht en staat een eenduidiger basis met de opkomst van het christendom. Augustinus geeft aan dat regeren slechts dient te geschieden ten dienste van de gerechtigheid, want *remota iustitutia quid sunt regna nisi magna latrocinia?*³¹³ Aan de rechtsmacht van de staat worden grenzen gesteld door de dienst aan God en het onderhouden van Zijn geboden. De christelijke houding is dan ook: in wereldse zaken gehoorzamen aan de overheid, ook aan de ‘slechte’ overheid, maar in gewetens-, geloofs- en zedelijkheidsvragen verzet bieden (passief en in het uiterste geval ook actief), want ‘iets wat niet rechtvaardig is, kan geen wet zijn’.³¹⁴ Zo komen in de Middeleeuwen, hoewel dan nog bijna geen sprake is van enig staatsidee of -concept, reeds situaties voor waarin het recht voorrang heeft boven de macht van de vorst. Men moet immers God meer gehoorzaam zijn dan de mens. De vorst is pas een goed regent als hij zich als Gods dienaar ziet en zich onderwerpt aan Zijn heerschappij. Bij de kroning of zalving van een vorst vanwege de kerk werd hem immer voorgehouden zijn ambt niet ten eigen bate uit te oefenen, maar in dienst van de *res publica* en het recht en de plicht om weerlozen (weduwen, wezen en de geestelijkheid) te beschermen.³¹⁵ Deze elementen kwamen ook naar voren in de eedaflegging door de vorst. Indien de vorst inging tegen Gods geboden was het volk aan hem geen gehoorzaamheid verschuldigd.

Ditzelfde beginsel kwam echter ook bij heidense stammen voor, meldt Weinkauff:

‘In den Germanischen Stämmen des 1. Jahrtausends und im Deutschland des frühen Mittelalters galt – und zwar vor und nach seiner lehensrechtlichen Umwandlung – gewohnheitsrechtlich der Satz: “Der Herrscher hat das überkommene Recht zu

309 Weinkauff 1962, p. 678.

310 Zie *supra* voetnoot 272.

311 Zie Störig 2000, p. 53-210 en Friedrich 1964, p. 17-30. Zo kan er volgens Cicero geen twijfel aan bestaan dat in geval van strijd tussen ‘de eeuwige wet van de natuur’ (*recta ratio*) en het positieve recht, dit positieve recht niet kan worden aangemerkt als recht in de ware zin (Friedrich 1964, p. 28, onder verwijzing naar *De Legibus* I, 28).

312 Weinkauff 1956, p. 3.

313 De bekende woorden van Augustinus uit *De Civitate Dei* – zonder gerechtigheid, wat zijn koninkrijken anders dan grote roversbenden? – die in de rechtsfilosofische literatuur op verschillende wijzen geïnterpreteerd zijn, maar waaruit in alle interpretaties een concept van gerechtigheid met een nadrukkelijk transcendente moraal wordt afgeleid, gericht op God en op de liefde die de rechtvaardige mens van hem ontvangt (Friedrich 1957, p. 16; Störig 2000, p. 239-249).

314 Friedrich 1964, p. 34, verwijzend naar *De Civitate Dei* 19, 21.

315 Van der Pot/Donner/Prakke e.a. 2001, p. 4-5.

schützen; tut er Unrecht, so darf man ihm widerstehen, auch gewaltsam widerstehen." Dieser Widerstand war – abgesehen von einer späteren teilweisen Einschaltung des Lehensgerichts – ganz formlos, stand jederman zu und wurde oft, zu Recht und zu Unrecht, geübt. Die Herrscher erkannten in ihrem Krönungsgelübde ihre strenge Rechtsunterworfenheit selbst ausdrücklich an.³¹⁶

De Taiwanese rechtsfilosoof Shing-I Liu merkt op dat in China reeds in de voor-confucianistische tijd sprake is van de idee van een recht van verzet, ook in het confucianisme komt deze idee voor.³¹⁷ Men kan dus stellen dat als algemeen – en misschien wel wereldwijd – rechtstheoretisch beginsel geldt *'Rex eris si recte feceris, si non feceris non eris'*: 'Gij zult koning zijn als gij rechtvaardig bestuurt, doet gij dit niet dan houdt gij op (koning) te zijn'.³¹⁸

Waar de grenzen van de staatsmacht eerst werden getrokken door de kerk, komen later in de Middeleeuwen wereldlijke politieke machten – met name de standen – die een tegenwicht tegen vorstelijke willekeur en machtsverschrijding gaan vormen. De vorstelijke eed wordt op papier uitgewerkt en garandeert de standen een aantal collectieve vrijheidsrechten.³¹⁹ In de vorm van privileges, landbrieven, *Wahlkapitulationen* en dergelijke³²⁰ trekken zo de standen grenzen aan de rechtsmacht van de vorst.³²¹

Kenmerkend voor deze documenten is de uitdrukkelijke erkenning hierin van een collectief recht van verzet door de representanten van het volk. Aanvankelijk wordt vooral een tijdelijk verzetsrecht toegekend: men mag, zolang de oude rechten niet zijn hersteld, de vorst gehoorzaamheid weigeren. Later komt ook een definitief verzetsrecht, een opstandrecht voor. Het volk mag in opstand komen en een vorst verlaten of afzetten.³²² Zo is dan een positief-rechtelijk recht van verzet ontstaan. In de opstand van de Nederlanden in de zestiende eeuw speelt dit recht een belangrijke rol.³²³

316 Weinkauff 1962, p. 678. Zie ook Weinkauff 1956, p. 3.

317 Shing-I Liu 1990, p. 38-41.

318 Coopmans 1990, p. 3; Weinkauff 1956, p. 6.

319 Wührer 1973, p. 53 geeft aan dat het niet alleen gaat om vrijheidsrechten. Het verzetsrecht wordt vooral in stelling gebracht ter bescherming van de volgende 'standenrechten': 'dem recht der Steuerbewilligung, der Münzprägung, der Verpfändung der von Landesbestandteilen, des Kriegsbeginns, der Teilnahme an der Landesherrlichen Verwaltung, und dem Recht auf unparteiischen Rechtsschutz. Daneben wurden noch viele andere rechte und Berechtigungen geschützt, z. B. für Handel, Verkehr, Gewerbe, Landwirtschaft und vor allem freie Religionsausübung.'

320 In de wetenschap doorgaans aangeduid met de term 'Herrschaftsverträge' of 'gezagsovereenkomsten'. Vgl. Wührer 1973, p. 52-56.

321 Wührer 1973, p. 49-50, die naast de Middeleeuwse leenverhoudingen ook het oud-germaanse volksrecht en het kerkrecht als bron van c.q. basis voor een recht van verzet aanmerkt.

322 Coopmans 1990, p. 3 en de daar aangehaalde literatuur.

323 Men treft het aan in het Plakkaat van Verlatinge (1581), dat in aansluiting op formuleringen uit de Blijde Incomste (1356), door Karel V en op zijn beurt door Philips II in 1549 bezworen, het onderdrukken van de onderdanen, en de behandeling als slaven beschouwde als een schending van de juridische verplichting. Het Plakkaat stelt: de landen hebben hun vorst

Als in de zestiende en zeventiende eeuw op het Europese continent de standenstaat langzamerhand plaats moet maken voor de zogenaamde absolute vorstenstaat, met een boven alle wetten verheven vorst (*princeps legibus solutus*) verdwijnt het verzetsrecht uit de staatsrechtelijke praktijk. In de theorie van de natuurrechtelijke verdragsconstructie en de idee van natuurlijke, onvervreemdbare rechten (zie § 2.4.4.) steekt het echter weer de kop op. Wanneer de staat zijn grenzen overschrijdt en in strijd handelt met het doel, waarvoor de staat in het leven is geroepen, herleeft de natuurrechtelijke bevoegdheid van het volk tot handhaving van de oorspronkelijke vrijheidsrechten.³²⁴ Een dergelijke opvatting valt terug te vinden in het politieke denken van Milton (1608-1674) die als eerste een recht voor de burgers formuleert om hun regering vorm te geven op een wijze die zij als passend ervaren, waarbij dat recht niet slechts uitgeoefend kan worden indien de machthebber tiranniek begint op te treden, maar ook reeds in een vroeger stadium.³²⁵ In de sociaal-contracts-theoriën van Locke wordt deze idee nog nader uitgewerkt.

Is de staat echter een *rechtsstaat*, die de 'aangeboren' rechten van het individu respecteert, dan is een actief of passief verzet van de onderdanen tegen de wettige maatregelen van de staat niet meer gerechtvaardigd. Het rechtspositivisme (zie § 2.4.5.) dat in de negentiende eeuw de boventoon voert, erkent als enige grens aan de rechtsmacht van de staat de formeel-juridische noodzaak van medewerking van de volksvertegenwoordiging aan de bepaling van de inhoud van wetten. In deze formele rechtsstaatidee is voor een natuurrechtelijk of positiefrechtelijk recht van verzet in het geheel geen plaats meer, evenmin voor ongeschreven staatsnoodrecht overigens.

In de twintigste eeuw blijkt het formele rechtsstaatidee echter toch niet te voldoen. Na de Eerste Wereldoorlog wordt in Rusland een communistisch regeerstelsel ingevoerd, dat met formele handhaving van de grondwettelijke rechten, volksvertegenwoordiging en dergelijke een terreur invoert die ontelbare slachtoffers eist. Het Nazi-regime komt tot de meest grove schendingen van mensenrechten van Joden en andere 'niet-Ariërs' en stort Europa in een Tweede Wereldoorlog. Dan breekt het besef door dat men er niet aan ontkomt

ontvangen op condities, contracten en akkoorden, die vervallen wanneer zij worden gebroken. In dat geval (aldus de oudere Joyeuse Entrée) zullen de onderdanen geen diensten meer doen, 'noch Onderhoorich wesen'. Zie Wührer 1973, p. 53-54 voor verdere voorbeelden van documenten waarin een recht van verzet wordt geproclameerd.

324 Aldus ook de Amerikaanse onafhankelijkheidsverklaring van 4 juli 1776: 'We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain inalienable rights; that among these, are life, liberty and the pursuit of happiness. That to secure these rights, governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed; that whenever any form of government becomes destructive of these ends, it is the right of the people to alter or abolish it, and to institute a new government, laying its foundation on such principles, and organizing its powers in such form as to them shall seem most likely to effect their safety and happiness.' Zie voor verdere voorbeelden Shing-I Liu 1990, p. 37 en Honoré 1988, p. 42.

325 Friedrich 1957, p. 82.

om de grenzen van de rechtsmacht van de staat ook te zoeken in materiële rechtsbeginselen, die aan de willekeur van de statelijke wetgever – ook de formeel-democratische wetgever – onttrokken zijn.³²⁶

Er zijn een aantal constitutieve, typische rechtsbeginselen aan te geven, die beslissend zijn voor de vraag of een staat een *rechtsstaat* is of niet. Tot deze rechtsbeginselen behoren in ieder geval de fundamentele rechten van de mens. Van Eikema Hommes drukt het als volgt uit:

‘Waar een staat in zijn wetgeving deze constitutieve rechtbeginselen met voeten treedt, daar verliest de staat zijn karakter van rechtsstaat. Hij wordt terreurstaat, “Unrechtsstaat”. (...) Dan is de wetgeving ofschoon formeel-juridisch correct tot stand gekomen, geen geldend recht in materiële zin, maar ‘non-recht’ dat geen aanspraak kan maken op bindende kracht. Tegen zulk “gesetzliches Unrecht” is actief en passief verzet geoorloofd.’³²⁷

Hier tegenover staat dan dat in een staat die zich binnen de materiële grenzen van zijn rechtsmacht beweegt, iedereen die bezwaren heeft tegen bepaalde wetgeving de constitutionele wegen om daar verandering in te brengen kan bewandelen (rechterlijke toetsing, adres aan de volksvertegenwoordiging, wettig toegestane en geregelde demonstratie etc.). Een uitgebreider verzetsrecht komt de burger in die situatie volgens velen niet meer toe, dat zou de rechtsstaat ondermijnen.³²⁸ Weliswaar is onder meer door Rawls en Schuyt betoogd dat zelfs in een bijna ideale samenleving illegale (protest)acties een belangrijk correctiemechanisme kunnen vormen wanneer democratische instituties tekortschieten en zou dus kunnen worden gezegd dat in de werkelijke, verre van ideale samenleving voor burgers een recht bestaat om bij protestacties de wet

326 Van Eikema Hommes 1975, p. 3-7. Zie ook Wührer 1973, p. 16: ‘Die Geschichte der jüngsten Vergangenheit hat uns die Erfahrung machen lassen, daß zur Wirklichkeit des Rechts mehr gehört als seine Positivität, daß es Rechts-Existenz nur dann besitzt, wenn es Rechts-Wesenheit enthält, wenn es in seinem Inhalt wenigstens annähernd richtiges, wahres Recht darstellt.’

327 Van Eikema Hommes 1975, p. 16. Hij baseert zich daarbij met name op de werken van Gustav Radbruch, die van grote betekenis zijn voor het moderne rechtsstaatsdenken. ‘Fünf Minuten Rechtsphilosophie’ (1945) en ‘Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht’ (1946), in: E. Wolf/H.-P. Schneider (ed.), *Gustav Radbruch. Rechtsphilosophie*, Stuttgart: Koehler, 8. Aufl., 1973.

328 Doehring 1984, p. 540-541. Zie ook Shing-I Liu 1990, p. 36: ‘Erst dort, wo der Staat sich rechtswidrig verhält, kann ein Widerstandsrecht seinen Anwendungsbereich haben. Zum Beispiel setzt der Staat Unrechtsakte und versucht, Rechtsbrüche durchzusetzen, oder er unterläßt etwas zu tun, was rechtlich zum Schutz der Menschenrechte dringend geboten ist.’ En op p. 41-42: ‘Wenn ein gewaltsamer Widerstand nach Ermessen nur zu größerem Unrecht und oder gar zum Chaos führt, müßte eher die bestehende Gewaltherrschaft ertragen werden. (...) Gewaltsamer Widerstand kommt immer nur subsidiär in Betracht, d.h. wenn alle legalen und friedlichen Mittel erschöpft sind.’ Evenzeer Honoré 1988, p. 38: ‘The right to rebel (...) must be a secondary rather than a primary right. It exists only when a wrong has been committed. Its point is to provide a remedy in the event of the violation on a large scale of primary rights like the right to freedom from arbitrary arrest.’

te overtreden,³²⁹ maar hier hebben zij meer het oog op illegale, buiten-wettelijke acties die te karakteriseren zijn als burgerlijke ongehoorzaamheid (bijvoorbeeld in de vorm van het ondanks een verbod toch houden van een demonstratie, het weigeren van de betaling van bepaalde belastingen of het zich onttrekken aan de militaire-dienstplicht) en niet op een verzetsrecht in de zin van een recht op gewelddadige omverwerping van de democratische gelegitimeerde regering. De rechtsstaat heeft het recht om zich tegen dergelijke ernstige gewelddadige inbreuken te verdedigen, desnoods met een beroep op staatsnoodrecht.

Daarmee is het verzetsrecht teruggebracht tot een uiterste, laatste middel tegen zeer grof statelijk onrecht.³³⁰ Honoré tracht dit exacter te omschrijven:

‘[T]o justify withdrawal or rebellion, the state’s breach of duty must be *weighty, crucial and severe*. These words are chosen, however inadequately, to make the point that, to justify rebellion, the respects in which a citizen complains of the state’s dereliction of duty must be important both to him and to the society of which he is part. The dereliction must, that is, relate to matters which (a) are important (weighty) in the society in question and which (b) are felt to be central (crucial) to his interests by the individual who suffers from being deprived of them. Besides this, he must also be affected (c) to a serious (severe) extent, so that in sum his situation becomes unendurable.’³³¹

Naar het *ultimum-remedium* karakter van het verzetsrecht wordt ook verwezen in de preambule van de UVRM: ‘opdat de mens niet gedwongen worde om in laatste instantie zijn toevlucht te nemen tot opstand tegen tyrannie en onderdrukking’. In deze zin is het verzetsrecht ook opgenomen in – niet verwonderlijk – de Duitse grondwet van 1949 (artikel 20, vierde lid, *Grundgesetz* (GG)).³³² Waarbij overigens dan opgemerkt moet worden dat dit verzetsrecht in de Duitse grondwet vooral geldt als waarborg voor het behoud van de Duitse grondwettelijke vrije en democratische rechtsorde en niet uitgeoefend mag worden om die rechtsorde te veranderen.³³³ Het verzetsrecht van artikel

329 Rawls 1971, p. 363-391; overgenomen en nader uitgewerkt door Schuyt in zijn proefschrift uit 1972. Zie ook Van der Burg & Pierik 2003, p. 918.

330 Al is er, met name in Duitsland, veel gediscussieerd over het moment waarop en de omstandigheden waarin het recht van verzet mag worden uitgeoefend, waarbij er ook stemmen opgingen om het moment van uitoefening van het verzetsrecht ‘naar voren te halen’ en niet uit te stellen tot de situatie van zeer ernstig onrechtvaardig en onrechtmatig staatsoptreden. Dit om de zinvolle werking van het verzetsrecht te garanderen. Zie Wührer 1973, p. 96 en Doebring 1984, p. 534-535.

331 Honoré 1988, p. 51

332 Veel auteurs gaan er daarbij vanuit dat het *Widerstandsrecht* zoals gecodificeerd in de Duitse grondwet een ‘prepositief’ karakter heeft. Art. 20 lid 4 GG heeft in hun ogen geen constitutief, maar een declaratoir karakter. Zie Wührer 1973, p. 88 en Shing-I Liu 1990, p. 36. Laatstgenoemde kenschetst het *Widerstandsrecht* zelfs als een algemeen mensenrecht dat onontbeerlijk is voor een humane rechtsordening.

333 Honoré 1988, p. 42. Zie hiermee sterk samenhangend ook de volgende paragraaf.

20, vierde lid, GG is ook niet alleen aan de orde in geval van tirannie en onderdrukking vanwege het overheidsapparaat, maar ook in geval van een zogenaamde 'Staatsstreich "von unten": een situatie waarin de rechtsorde door revolutionaire krachten van buiten de overheid omver geworpen dreigt te worden.³³⁴

2.5.9 Democratieopvatting

Een materieel rechtsstaatbegrip hangt nauw samen met een bepaalde opvatting van democratie die in de literatuur menigmaal ter rechtvaardiging van (het subjectieve) staatsnoodrecht wordt aangehaald: *streitbare Demokratie*.³³⁵ De betekenis van dit begrip wordt misschien nog het meest duidelijk aan de hand van de, doorgaans aan Saint Just toegedichte, woorden: 'Keine Freiheit für die Feinde der Freiheit'.³³⁶ Dat is namelijk de kern van de gedachte die bij het opstellen van de naoorlogse Duitse Grondwet (*Grundgesetz*) in 1949 heeft geleid tot een principiële keuze voor een bepaalde, materiële democratieopvatting. Een opvatting die aan de Duitse Grondwet de morele eis stelt om bepaalde politieke krachten en stromingen in hun ontwikkelingsvrijheid te beperken of geheel uit het politieke proces uit te schakelen ter bescherming van de 'freiheitliche demokratische Grundordnung', dat wil zeggen: het samenstel van waarden en fundamentele rechtsbeginselen dat een liberale democratie tot het wezen van haar bestaan rekent.³³⁷

Dit principe kwam duidelijk tot uiting in het *KPD-Verbotsurteil* van het *Bundesverfassungsgericht*, waarin werd geoordeeld:

'Es nimmt sich aus dem Pluralismus von Zielen und Wertungen, die in den politischen Parteien Gestalt gewonnen haben, gewisse Grundprinzipien der Staatsgestaltung heraus, die, wenn sie einmal auf demokratische Weise gebilligt sind, als absolute Werte anerkannt und deshalb entschlossen gegen alle Angriffe verteidigt werden sollen; soweit zum Zwecke dieser Verteidigung Einschränkungen der politischen Betätigungsfreiheit der Gegner erforderlich sind, werden sie in Kauf genommen.'³³⁸

Hieruit wordt duidelijk dat onder dit principe van een *streitbare Demokratie* (ook wel 'abwehrbereite', 'militante' of 'wehrhafte Demokratie' genoemd)³³⁹

334 Zie daarover Krenzler 1973, hoofdstuk 1., m.n. p. 19-23.

335 Vgl. Nowak 1989, p. 80.

336 Zie o.a. Jasper 1978, p. 725; Steinberger 1974, p. 10.

337 Bellekom 1987, m.n. hfdst. 1

338 BVerfGE 5, 85 (139).

339 M.b.t. deze begrippen stelt Jesse 1980, p. 20-21: 'Die Begriffe "streitbar", "abwehrbereit", "militant", "wehrhaft" werden häufig synonym gebraucht. Tatsächlich ist hier jedoch eine gewisse Differenzierung angebracht. Während "militant" und auch "kämpferisch" einen offensiven Charakter besitzen, betont "abwehrbereit" eher die Bereitschaft und die Fähigkeit

begrepen wordt dat het gebruiken (misbruiken) van grondrechten om te strijden tegen de liberale ordening niet wordt geaccepteerd. *Verfassungsfeinde* kunnen niet met een beroep op en beschermd door de vrijheden en rechten, die de Grondwet hen biedt, diezelfde grondwettelijke ordening en het bestaan van de staat in gevaar brengen.

Vele auteurs geven aan dat in dit afweermechanisme een uitdrukking van de 'Wertgebundenheit' van de Grondwet gezien moet worden.³⁴⁰ Een opvatting waarin democratie niet als een waarden-neutraal begrip wordt beschouwd en waaraan een sterk natuurrechtelijk getinte visie op democratie ten grondslag ligt. In deze visie vormt een (liberaal) democratisch staatsbestel de belichaming van een aantal absolute normen en waarden, waaronder vrijheid, gelijkheid, menselijke waardigheid en het streven naar gerechtigheid.

'Die waarden, die sich verdichten in een waardenpatroon (Wertordnung) hebben de pretentie duurzaam te gelden; een democratie die op die waarden gefundeerd is, evenzeer. (...) De pretentie van duurzaamheid maakt deze waarden, en de daarop bouwende democratie, tot strijdbare, weerbare waarden. Gebruik van politieke vrijheden of ander gedrag dat tot doel heeft juist deze waarden aan te tasten verdraagt zich niet met deze waarden',

aldus Bellekom.³⁴¹ Bij een dergelijke democratie-opvatting mag het beperken of opschorten van grondrechten in toestanden waarin de staat in nood verkeert als een vanzelfsprekendheid worden gezien, de idee van de *streitbare demokratie* gaat immers nog een stap verder: voorkomen moet worden dat krachten die de 'Grundordnung' zouden kunnen aantasten überhaupt een gevaar kunnen gaan vormen, ook al is dat gevaar nog veraf of niet wezenlijk te duchten. Preventieve maatregelen, zoals partijverboden en 'Berufsverbote', worden reeds ingezet in een situatie waarin van daadwerkelijke staatsnood nog geen sprake is.³⁴²

Juist over dit punt is in de Duitse staatsrechtelijke literatuur volop discussie gevoerd. Die discussie richt zich niet zozeer op de vraag of een democratische rechtsstaat mag optreden tegen zijn vijanden, maar waar de grens ligt van dit bestrijden. De kritiek met betrekking tot het uitgangspunt van een *streitbare Demokratie* richt zich dan ook niet zozeer op de strijdbare opstelling in situaties

der Demokratie, Angriffe abzuwenden. Weitgehend eingebürgert hat sich der Begriff "streitbar", der in seinem Bedeutungsgehalt dazwischenliegt. "Streitbar", "abwehrbereit", und "wehrhaft" sind treffende Charakterisierungen; die Bezeichnungen "militant" und "kämpferisch" sollten vermieden werden, weil ein liberaler Staat wie die Bundesrepublik Deutschland nicht von sich aus gegen antidemokratische Bestrebungen aktiv wird, "er verhält sich vielmehr" – laut Bundesverfassungsgericht – "defensiv und wehrt lediglich Angriffe auf seine Grundordnung ab".'

340 O.a. Arndt 1973, p. 584; Stern 1980, p. 162.

341 Bellekom 1987, p. 20.

342 Bellekom 1987, p. 20. Zie over de problematiek van de *streitbare Demokratie* uitvoeriger: Kutscha 1979; Jesse 1980; Lameyer 1978.

waarin het bestaan van de staat bedreigd wordt, door welke oorzaak dan ook (*Staatsschutz*), maar juist op het aanvangsmoment van de bestrijding van politieke vijanden: namelijk in het stadium waarin nog van geen enkele 'nood' sprake is. De redenering van de critici is daarbij reeds terug te voeren op het gedachtegoed van Spinoza, die meent dat bij het nemen van maatregelen ter bescherming van de staat onderscheid gemaakt moet worden tussen subversieve daden en subversieve opinies, waarbij de laatste zoveel mogelijk toegelaten moeten worden, omdat hij van oordeel is dat juist de vrijheid van gedachte en de vrijheid van meningsuiting essentieel zijn voor de handhaving van de politieke ordening.³⁴³

2.5.10 Naar een conclusie: staatsdoel en algemeen belang

In de loop der eeuwen is het beroep op of het bestaan van staatsnoodrecht op velerlei wijzen gerechtvaardigd en bestreden. De theorieën en leerstukken volgen elkaar niet chronologisch op en overlappen elkaar gedeeltelijk. Bovendien is opvallend dat enkele theorieën zowel argumenten pro als contra opleveren. Het in de bovenstaande paragrafen gegeven overzicht doet dan wellicht ook wat chaotisch aan.

Een aantal hoofdlijnen is echter wel te ontdekken. Tegenover het beeld van de staat als de voor het menselijk bestaan 'noodzakelijke' ordeschepper ontwikkelt zich vanaf de Middeleeuwen ook een andere visie op het doel en de bestaansreden van het staatsinstituut. In de late Middeleeuwen zien we een herleving van het oude Romeinsrechtelijke idee van de *res publica* als typische doelstelling van de staat. Onder meer Thomas van Aquino vertolkt de gedachte dat het welzijn van de gemeenschap (*bonum commune*) richtinggevend is voor de staat; dit in tegenstelling tot het persoonlijk belang van de vorst.³⁴⁴ Hoewel de absolute vorsten in de zeventiende en achttiende eeuw zich niet meer al te veel aan deze opvatting gelegen laten liggen, groeit in deze periode wel gaandeweg weer het besef dat de staatsmacht zich in dienst behoort te stellen van a) de handhaving van orde, gezag en vrede en b) de bevordering van de 'algemene volkswelvaart' of het 'algemeen belang'. Onder invloed van de theorieën van Locke en Montesquieu wordt het doel van de staat nog nadrukkelijker losgemaakt van de belangen van vorstelijke dynastieën of bepaalde klassen en bepaalt op de bescherming van de vrije burgerlijke maatschappij en de daaraan ten grondslag liggende natuurlijke rechten van 'life, liberty and property'.

In het gedachtegoed van Kant wordt juist een verbinding gelegd tussen de staat als ordeschepper en de staat als waarborg van de individuele rechten en vrijheden. Kant stelt dat de staat een postulaat is van de wens van indivi-

³⁴³ Friedrich 1957, p. 53.

³⁴⁴ Zie ook § 2.4.8 over het verzetsrecht.

duale mensen om in een geordende rechtstoestand te leven en de eigen vrijheden zo goed mogelijk gewaarborgd te zien. Voor de mensen is de staat het ‘gemene best’, dat tot stand komt door het gemeenschappelijke belang van allen in een rechtstoestand te zijn:

‘Een zodanige gemeenschap of samenleving, in welke vrijheid onder (zelf gewenste) wetten in de hoogst mogelijke staat wordt aangetroffen, verbonden met een onweerstaanbare macht, d.i. een volkomen rechtvaardige staatsburgerlijke constitutie, is de hoogste taak van de natuur voor het mensengeslacht.’³⁴⁵

Kant ziet derhalve zowel vorming en handhaving van recht (orde) als het waarborgen van de vrijheid der staatsburgers als het doel van de staat.

Bij de burgerlijke revoluties in de achttiende eeuw wordt de gedachte van de staat die slechts dienstbaar is aan het algemene (nationale) belang in constitutionele documenten vastgelegd.³⁴⁶ Het begrip ‘algemeen belang’ ondergaat vervolgens echter een hele ontwikkeling. In de Amerikaanse *Declaration of Independence* van 1776 en in artikel 2 van de Franse *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* van 1789 wordt het algemeen belang in de lijn van Locke en Montesquieu nog omschreven als de bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden van burgers. Bentham omschrijft echter in het voetspoor van Priestly het algemeen belang als ‘the greatest happiness of the greatest number of men’ en reduceert de bescherming van grondrechten tot een van de onderdelen van het algemeen belang. Dit brengt met zich dat de grondrechten ook beperkt kunnen worden als dit nodig is ter behartiging van het welzijn van allen. In vervolg hierop ontstaat al snel de neiging om het algemeen belang te vereenzelvigen met het belang van de meerderheid.

Ook in ander opzicht verandert de invulling van het begrip ‘algemeen belang’ (en daarmee de invulling van het staatsdoel). Het primaire collectieve belang is het keren van gemeen gevaar, dat de groep van buiten bedreigt. Het orgaan dat zich daartoe vormt, pleegt zich ook de voorziening in het tweede gemeenschappelijk belang aan te trekken, de verdediging tegen de gevaren welke de groep van binnen uit bedreigen, met name de gevaren van eigenrichting der groepsgenoten. Bij het streven naar het voorzien in de (al)gemene belangen van de burgers, beperkt de staatsorganisatie zich echter niet tot de orde- en rechtshandhaving. Het gemeenschappelijk belang van de burgers wordt breder en er ontstaat een veelheid aan staatsdoeleinden: orde-bewaring, ordening van een geregelde, onpartijdige rechtsbedeling, waterstaatkundige veiligheid, volksgezondheid, infrastructuur en verkeersveiligheid. Probleem is echter dat met het toenemen van het aantal collectieve belangen die voorzie-

345 I. Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Koningsberg 1798 (tweede druk), p. 196. In het Nederlands weergegeven door Kranenburg 1949, p. 56.

346 Couwenberg 1991, p. 156-157.

ning behoeven, er een zekere strijdigheid kan ontstaan tussen de eisen die elk van die belangen stelt aan de staat of het staatsbestel.

Aanvankelijk (eind achttiende eeuw) is derhalve het waarborgen van individuele rechten en vrijheden het centrale element van het 'algemeen belang' en daarmee het belangrijkste staatsdoel. Naarmate het algemeen belang steeds meer gaat omvatten en het aantal staatsdoelen als het ware uitbreidt, raakt de bescherming van grondrechten op de achtergrond. De consequentie daarvan is dat het 'algemeen belang' als staatsdoel zijn normatieve waarde verliest en wordt gereduceerd tot een formeel en inhoudsloos begrip.

Op zo'n begrip kan en mag de rechtsmacht van een staat niet zijn gebaseerd. Door de eeuwen heen is te zien dat het overheidsgezag kennelijk een maatschappelijk sociaal-ethisch draagvlak nodig heeft.³⁴⁷ De staat is weliswaar voor een deel zelf schepper van het recht, maar is toch ook zelf gebonden aan de eerbiediging van een aantal fundamentele rechtsbeginselen. Tegen een regime dat de daarin verankerde zedelijke waarden vertrapt en verloochent, mag verzet worden geboden en zo'n regime zal, hoe sterk het ook 'uiterlijk' is, op den duur verdwijnen.³⁴⁸ Waaruit deze rechtsbeginselen worden gedistilleerd, daarover verschillen de opinies (God, natuurrecht, de rede, het rechtsbewustzijn), maar dat zij bestaan is iets wat sinds het begin van de tweede helft van de twintigste eeuw algemeen aanvaard wordt. Dat tot deze rechtsbeginselen de fundamentele rechten van de mens gerekend mogen worden, is eveneens algemeen aanvaard. Alle staatsdoeleinden en -taken hebben uiteindelijk tot strekking het leven te dienen, het leven der staatsgenoten veiliger, gezonder, beter en schoner te maken. De mens is er niet omwille van de staat, maar de staat is er omwille van de mens.

Tegen die achtergrond past het dat aan het (voort)bestaan van de staat een grote waarde wordt gehecht. Een (democratische) *rechtsstaat* heeft het recht zich tegen inbreuken op zijn (territoriale) integriteit te verweren. Dit kan betekenen dat een staat zich wapent tegen invallen van buitenlandse mogendheden, maar ook tegen inbreuken op de rechtsorde van binnen de staat zelf. Deze bevoegdheid van de staat kan met zich brengen dat rechten en vrijheden van burgers worden ingeperkt of opgeschort en dat wordt afgeweken van het geschreven recht, omdat de nood daartoe dwingt. Dit afwijken kan zelfs zo ver gaan dat ook wordt afgeweken van het geschreven noodrecht, aangezien dit noodrecht zich doorgaans zal beperken tot bepaalde, welomschreven situaties, die dan met bepaalde waarborgen worden omkleed.³⁴⁹ Van der

347 Weinkauff 1956, p. 3: 'Der Staat und die Obersten Träger der Staatsgewalt sind nicht souverän in dem Sinne, daß sie schlechthin über dem Rechte stünden. Sie haben zwar in einem gewissen Umfange das Recht zu verwirklichen und zu gestalten; sie sind aber dabei selbst an übergreifende Gebote der Rechtsordnung gebunden und dürfen sich von ihnen nicht lösen.' Zie ook Paust 1982, p. 178.

348 Vgl. Rummelink 1985, p. 318-319. Weinkauff 1956, p. 18.

349 Vgl. Van der Hoeven 1988, p. 110.

Hoeven merkt in dit verband op dat een (grond)wettelijke regeling van staatsnoodrecht niet sterker is dan het feitelijke gebeuren:

‘In geen geval heeft een grondwettelijke erkenning van het bestaan van noodrecht de betekenis, dat zonder deze erkenning dit noodrecht onbestaanbaar zou zijn, of dat buiten deze formulering geen noodrecht kan ontstaan of functioneren.’³⁵⁰

Afwijken van het geschreven (nood)recht met een beroep op de noodzaak kan echter niet gelijk staan aan verval in geweld of machtsmisbruik, onzedelijkheid of onrecht. Er is namelijk geen sprake van dat de staatsorganen vanwege een ‘blanco volmacht’ in de vorm van staatsnoodrecht van geval tot geval en al naar gelang de situatie *alles* kunnen doen om een bepaalde situatie te beheersen. Het bestaan van staatsnoodrecht wordt in de staatsrechtelijke doctrine aanvaard, maar is tegelijkertijd aan grenzen gebonden. Bij een theoretische uitwerking van die grenzen is het noodzakelijk een verband te leggen tussen de staat, het staatsdoel en de maatregelen van staatsnoodrecht die, zonodig in afwijking van het objectieve recht, worden genomen indien het voortbestaan of het belang van de staat in gevaar komt. Met onder meer Duynstee en Van Nispen tot Sevenaer kan gesteld worden dat het bestaansrecht van de staat een tamelijk absoluut karakter heeft *voor zover* die staatsgemeenschap het noodzakelijk instrument vormt voor de verwezenlijking van ‘het menselijk goed’, maar dat ‘in deze of die feitelijke vorm van staatkundige organisatie’ de staat stellig niet absoluut noodzakelijk is.³⁵¹ De noodzakelijkheid van het voortbestaan, of goed voortbestaan, van een staat fundeert dus *als zodanig* geen recht, daarvoor is meer nodig.³⁵² Er moet een verband zijn met de wil van de gemeenschap van burgers binnen die staat:

‘M.a.w. de mensch heeft de staatsgemeenschap van noode en wil deze ook in zooverre hij zichzelf wil zijn. In zooverre deze of die bepaalde nationale gemeenschap de noodzakelijke vorm is, waarin deze of die bepaalde mensen aan de cultuurontwikkeling en aan den opgang der menschheid deel hebben willen zij haar; zij moet immers al datgene willen wat noodig is om zichzelf te zijn en te blijven.’³⁵³

Wanneer als uitgangspunt wordt aanvaard dat de redelijke natuur van de mens hem als vanzelf een gemeenschap zal doen aangaan, omdat hij redelijkerwijs de noodzaak van een gemeenschap met anderen voor zijn eigen ontplooiing en zijn eigen welzijn accepteert, dan zal die gemeenschap ook geordend moeten zijn tot het doel waarvoor die gemeenschap is aangegaan.³⁵⁴ Waar dan de

350 Van der Hoeven 1988, p. 111.

351 Van Nispen tot Sevenaer 1947, p. 32; Duynstee 1946, p. 119.

352 Duynstee 1946, p. 119.

353 Van Nispen tot Sevenaer 1947, p. 33.

354 Duynstee 1946, p. 120.

staat, als formele vorm van die gemeenschap, ter bescherming van zijn veiligheid of waarborging van zijn voortbestaan, een beroep doet op staatsnoodrecht en afwijkt van de normale constitutionele ordening, moet de rechtmatigheid hiervan

‘ten slotte terug te voeren zijn op den wil der gemeenschap, die voor deze buitengewone omstandigheden deze ordening, d.w.z. de uitoefening der wetgeving door een bepaald niet normaal daartoe aangewezen orgaan wil. Een andere mogelijkheid om tot werkelijke rechtskracht te komen is er niet’.³⁵⁵

Indien ‘de wil van de gemeenschap’ als rechtsgrond voor de geldigheid van staatsnoodrecht wordt aanvaard, zullen de grenzen van het staatsnoodrecht ook door die wil worden bepaald. Dit heeft mijns inziens twee consequenties. De eerste is dat het aanbeveling verdient om die wil zoveel mogelijk tot uiting te laten komen via de normale, daarvoor gecreëerde, constitutionele organen: dus door het opstellen van objectief staatsnoodrecht. De tweede consequentie is dat – op die momenten dat het objectieve staatsnoodrecht tekortschiet, afwijken van het geschreven recht (inclusief het geschreven *noodrecht*) geboden lijkt en de wil van de gemeenschap niet op de gebruikelijke wijze tot uiting kan komen – noodmaatregelen alleen geacht kunnen worden de instemming van de gemeenschap te genieten indien deze geen afbreuk doen aan de door de gemeenschap gewilde redelijke ordening (of, zo men wil, het staatsdoel) en er voorzien is in een mechanisme om de noodmaatregelen zo spoedig als mogelijk daaraan te laten toetsen (door de wetgever of de rechter).

Welke fictie met betrekking tot het staatsdoel en de door de gemeenschap als redelijk ervaren ordening – en daarmee met betrekking tot de grenzen van het staatsnoodrecht – in een dergelijk geval moeten worden gehanteerd, zal altijd in zekere mate een kwestie van (politieke) appreciatie blijven. In het licht van de op velerlei plaatsen in constitutionele documenten neergelegde erkenning van grond- en mensenrechten als basisbeginsel voor de constitutionele ordening, meen ik dat het werk van de Amerikaanse rechtsfilosoof John Rawls een goed bij de rechtsstaat passend afwegingskader biedt.³⁵⁶ In zijn fameuze boek *A Theory of Justice* uit 1971 formuleert hij als belangrijkste principe voor de basisstructuur van het staatsbestel dat elke persoon in gelijke mate recht heeft op een zo uitgebreid mogelijk systeem van gelijke fundamentele rechten als verenigbaar is met een vergelijkbaar systeem van vrijheid voor allen.³⁵⁷ Zijn stelling is dat elke individu ‘an inviolability founded on justice’ bezit die niet ondergeschikt is aan het welzijn van de gemeenschap als geheel: ‘Justice denies that the loss of freedom for some is made right by a greater good shared

³⁵⁵ Duynstee 1946, p. 121.

³⁵⁶ Vgl. Shestack 2000, p. 52: ‘Rawls’s theory is obviously comforting for the construct of constitutional democracy as well as for the concept of the universality of human rights’.

³⁵⁷ Rawls 1971, m.n. hoofdstuk IV.

by others.’ In zijn hiërarchie van ‘principles of justice’ staat het beginsel van vrijheid op de eerste plaats. Vrijheid kan alleen ondergeschikt zijn aan de vrijheid zelf:

‘Liberty can be restricted only for the sake of liberty. There are two such cases: (a) a less extensive liberty must strengthen the total system of liberty shared by all, and (b) a less than equal liberty must be acceptable to those citizens with the lesser liberty’.³⁵⁸

De inhoud van dit beginsel van vrijheid wordt door Rawls niet heel precies gedefinieerd, maar omvat in ieder geval de politieke vrijheidsrechten als vrijheid van meningsuiting, vrijheid van vereniging en vergadering, vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst, vrijheid van beweging, vrijheid om persoonlijk eigendom te hebben en het verbod op arbitraire vrijheidsbeneming en inbeslagname.³⁵⁹

Vanuit deze optiek kan het staatsdoel – nastreven van het ‘gemeenschappelijke goed’, ‘gemene best’ of ‘algemeen belang’ – dan nooit iets worden dat totaal tegenovergesteld is aan individuele vrijheden van burgers, maar zal het altijd terug te voeren moeten zijn tot het streven naar publieke gerechtigheid en gelijke vrijheid voor allen. De ‘nationale veiligheid’ of ‘het voortbestaan van de staat’ kan – als beperkingsgrond voor individuele vrijheden – dan ook alleen worden ingeroepen als sprake is van een ernstige bedreiging van de belangen van de *gehele* gemeenschap van staatsgenoten³⁶⁰ en van het basisprincipe ‘gelijke vrijheid voor allen’.³⁶¹

2.6 STAATSNOODRECHT; UITGANGSPUNTEN

Uit het voorgaande mag worden geconcludeerd dat één van de kenmerken van een rechtsstaat is dat het doel de middelen *niet* heiligt. In buitengewone omstandigheden is de overheid bevoegd om zelf regels vast te stellen als die niet meer op de in de Grondwet voorziene wijze tot stand kunnen komen of

358 Rawls 1971, p. 250 en 302.

359 Rawls 1971, p. 201-204.

360 In tegenstelling tot de belangen van een bepaalde groep of elite. Zie McDougal, Lasswell & Chen 1980, p. 805-806 en 813-815.

361 Om situaties waarin het ‘algemene’ belang van (bijvoorbeeld) de nationale veiligheid botst met bepaalde individuele vrijheden op een bevredigende wijze op te lossen formuleert Rawls het beginsel van *reconciliation*. Conform dit beginsel kunnen individuele vrijheden alleen worden ingeperkt indien op grond van een algemeen geaccepteerde redeneerwijze duidelijk wordt dat onbeperkte vrijheden zullen leiden tot consequenties die voor iedereen schadelijk zijn. Inperking van individuele vrijheden is alleen toegestaan in gevallen waarin dit ten goede zou komen aan het totale, gemeenschappelijke, systeem van vrijheden: ‘limitations upon the extent of liberty are for the sake of liberty itself and result in a lesser but still equal freedom. (Rawls 1971, p. 247; zie ook Shestack 2000, p. 49).

om regels vast te stellen die op andere wijze indruisen tegen de Grondwet. Maar ook in tijden van nood kan de overheid niet zo maar doen en laten wat zij wil. Dit blijkt zowel uit de geschiedkundige ontwikkeling van het staatsnoodrecht als uit de theorievorming en de doctrine over dit onderwerp.

Het eerste uitgangspunt van staatsnoodrecht is *tijdelijkheid*: om dreigend gevaar af te wenden kan het noodzakelijk zijn elementaire waarborgen tijdelijk los te laten en bepaalde grondrechten op te schorten. Het noodregime mag echter niet langer worden gehanteerd dan strikt noodzakelijk.³⁶² Het tweede uitgangspunt betreft het *doel* van de noodmaatregelen: behoud (op langere termijn) van de hierboven bedoelde verworvenheden. Waar rechten worden opgeschort, zal dit het doel moeten dienen de democratie en de rechten van anderen te beschermen; waarden die in het concrete geval een hogere prioriteit hebben gekregen dan de opgeschorte rechten. Het gaat erom het staatsbelang en het individueel (grondrechts)belang met elkaar in een verantwoord evenwicht te brengen. Dat is echter niet een 'inhoudsloos' evenwicht, maar een evenwicht dat in dienst staat van publieke gerechtigheid of rechtvaardigheid en gericht is op het realiseren van een vrijheidsorde waarin gelijke vrijheid voor allen centraal staat. Individuele rechten en vrijheden van burgers kunnen worden beperkt, maar alleen omwille van de vrijheid. Een minder uitgebreide vrijheid voor individuen kan alleen worden geaccepteerd als die ertoe dient het totale systeem van vrijheid, zoals dat door allen wordt gedeeld, te versterken.

Een derde uitgangspunt is *controle ter voorkoming van misbruik*. Om daadwerkelijk recht te doen aan de eerste twee uitgangspunten moet bij het gebruik van noodmaatregelen – met name als die een afwijking van de 'normale' bescherming van de grond- en mensenrechten met zich brengen – voorzien zijn in een systeem van controle waardoor (a) voorkomen kan worden dat de zich van noodmaatregelen bedienende autoriteiten deze gebruiken voor een ander doel dan waarvoor ze zijn gegeven of anderszins misbruiken (bijvoorbeeld doordat veel ingrijpendere noodmaatregelen worden getroffen dan noodzakelijk) of (b) eventueel misbruik zonodig achteraf kan worden geredresseerd.³⁶³

Met deze drie uitgangspunten zijn de contouren van een – theoretische – begrenzing van het staatsnoodrecht aangegeven. De vraag is nu hoe die begrenzing (in het bijzonder voor zover het gaat om de bescherming van de grond- en mensenrechten) in het positieve recht is vormgegeven en in de praktijk wordt uitgewerkt. Een juiste inhoud en werking van de tijdens buitengewone omstandigheden te nemen besluiten en maatregelen wordt mede bewerkstelligd door voor de vaststelling hiervan een geordende procedure in te stellen, waarbij de bevoegde organen zijn aangewezen en hun bevoegd-

³⁶² Zie ook Camus 1965, p. 316.

³⁶³ Camus 1965, p. 333 e.v. Zij geeft aan dat deze controle kan plaatsvinden door de rechter, maar bij voorkeur dient te geschieden door de volksvertegenwoordiging.

heden zijn afgeperkt (onder meer om misbruik van noodbevoegdheden te voorkomen). Wetgeving speelt dus een belangrijke rol.³⁶⁴ Deze wetgeving is zowel op het nationale als het internationale niveau aan te treffen. Zoals aangegeven in hoofdstuk 1, concentreer ik mij in deze studie vooralsnog op het internationale niveau. In hoeverre is afwijken van het normale internationale rechtsregime met betrekking tot de bescherming van mensenrechten toegestaan? Welke grenzen stelt het internationale recht aan de opschorting van mensenrechten?

Het internationale recht kent speciale bepalingen die een afwijkend rechtsregime tijdens buitengewone omstandigheden toestaan. In het volgende hoofdstuk worden deze bepalingen nader geanalyseerd. Daarbij is er niet alleen aandacht voor de 'geregelde' afwijkingsmogelijkheden, maar ook voor de vraag of er buiten die geregelde afwijkingsmogelijkheden nog ruimte is voor verdere afwijking, gebaseerd op een ongeschreven (subjectief) statelijk noodrecht. Immers, als op nationaal niveau een subjectief staatsnoodrecht aanwezig moet worden geacht, is de vraag relevant of dit ook op internationaal niveau het geval is.

364 Krüger 1966, p. 27. Zo ook Svensson-McCarthy 1998, p. 44: 'History (...) provides the important lesson that the use of emergency powers has functioned the best when those powers, as well as the limits beyond which they cannot expand, have been relatively clearly defined in permanently applicable and non-suspendible constitutions and where, moreover, there has been a genuine desire by all the parties involved to abide by the terms of the constitutional provisions concerned (...) When, even in a democratic country, the executive possesses important emergency powers in the absence of clear judicial remedies against an abusive or wrongful application thereof (...), vigilance imposes itself, since the step of moving from a democracy to the level of a dictatorship is infinitely small.'