

De jaren van het Koninkrijk *Tien knooppunten*

Onder redactie van drs. D.P. van den Bosch

Foto omslag

Knooppunten

Willy Tieman 2013

ISBN/EAN

978-90-807334-5-9

Uitgave

Ministerie van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties

Directie Constitutionele zaken en wetgeving

Den Haag 2014

Voorwoord

Van 2013 tot 2015 gedenken wij het 200-jarige bestaan van het Koninkrijk der Nederlanden. De wortels van ons Koninkrijk liggen weliswaar in een veel verder verleden. Maar in die 200 jaar zijn de fundamenten gelegd voor onze moderne tijd. In die 200 jaar kregen het openbaar bestuur, de parlementaire democratie, de Nederlandse rechtsstaat de vorm die we nu kennen. Maar dat was geen vanzelfsprekendheid. Het gaat om zaken die aanvankelijk helemaal niet onomstreden waren en soms zelfs zwaar moesten worden bevochten.

Dit boek beschrijft tien knooppunten in de ontwikkeling van het Koninkrijk. Tien cruciale momenten (jaartallen) waar langs democratische weg beslissingen werden genomen die bepalend zijn geweest voor het bestuur van het Koninkrijk. Tien gebeurtenissen die mede van invloed zijn geweest op de wijze waarop onze constitutie is opgebouwd. De grondwet, de grondrechten en de geschreven en ongeschreven constitutionele principes vormen de basis van waaruit de samenleving wordt geordend. Die constitutie verdient onze voortdurende zorg.

Het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties heeft onder meer tot taak de democratische rechtsstaat in het gehele Koninkrijk te waarborgen, de Grondwet te bewaken en zorg te dragen voor een goed functionerend openbaar bestuur. Deze publicatie kan bijdragen aan kennis over hoe onze samenleving is geworden tot wat hij nu is. Vooral ook omdat daar de wortels liggen van de ontwikkelingen die nog zullen volgen.

Met dit boek wil het ministerie stil staan bij de viering van 200 jaar Koninkrijk, in de verwachting dat de historische knooppunten in de geschiedenis een solide fundament vormen voor een ordelijke en rechtvaardige samenleving in de toekomst.

Richard van Zwol
Secretaris-Generaal
Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

Inhoud

	Voorwoord	iii
1853	De Aprilbeweging en scheiding van kerk en staat <i>Paul van Sasse van Ysselt</i>	1
1863	Slavernij en slavenhandel: afgeschaft, verboden, maar niet voorbij <i>Paul van Sasse van Ysselt</i>	13
1892	Wet op het Nederlandschap en het ingezetenschap <i>Dick van den Bosch</i>	27
1917	Scharnierpunt van het onderwijsbestel <i>Joris Groen</i>	45
1922	Van kolonie naar zelfstandig land <i>Marion Bense</i>	61
1940 – 1945	De regering in ballingschap <i>Lester von Meijenfeldt</i>	79
1951	De Europese Gemeenschap voor kolen en staal en de staatssteunregels <i>Angélique van Herwijnen</i>	89
1956	Hoeveel volksvertegenwoordigers heeft Nederland nodig? <i>Steven Hillebrink</i>	105
1970	Openbaarheid in ontwikkeling <i>Peter Stolk</i>	119
1983	Grondwettelijke en Europese sociale rechten: schuivende panelen? <i>John Morijn</i>	139
2014	Uitleiding: de Grondwet in de toekomst <i>Marilyn Haimé</i>	153
	Auteursinformatie	157

1853

De Aprilbeweging en scheiding van kerk en staat

Paul van Sasse van Ysselt

Religie, politiek, kerk, staat, koning en natie waren nauw met elkaar verbonden in de 19e eeuw. Eén van de markante momenten waarin deze verbondenheid tot uitdrukking kwam, was de kwestie van de zogenoemde Aprilbeweging in 1853. Een storm van protestants protest woedde door het land naar aanleiding van de invoering van de bisschoppelijke hiërarchie in Nederland door de rooms-katholieke kerk. Het protest tegen het besluit van paus Pius IX raakte ook het toenmalige kabinet-Thorbecke, dat medewerking zou hebben verleend aan het pauselijk besluit. Op 15 april 1853 bood het volk een petitionnement aan aan koning Willem III. Deze gaf publiekelijk blijk van zijn sympathie voor de protesten. Daarvoor wilde Thorbecke geen verantwoordelijkheid dragen; 'zijn' Grondwet van 1848 bood juist de ruimte voor gelovigen en de kerk om de organisatie van de kerk naar eigen inzicht te regelen. Bovendien handelde de Koning niet conform zijn toen nieuwe staatsrechtelijke positie. Thorbecke telde zijn knopen en verbond gevolgen aan zijn verantwoordelijkheid voor het gedrag van de Koning door zijn ontslag aan te bieden. Dit werd in dank aanvaard. Aldus effectueerde zich de ministeriële verantwoordelijkheid, een belangrijke stap in de ontwikkeling van de parlementaire democratie. Deze bijdrage staat nader stil bij de aanleiding en achtergrond van de Aprilbeweging en in het bijzonder bij de betekenis van de scheiding van kerk en staat, toen en nu. Daar was het Thorbecke immers eigenlijk om te doen.

1. Inleiding

Religie, politiek, kerk, staat, koning en natie waren nauw met elkaar verbonden in de 19e eeuw. Eén van de markante momenten waarin deze verbondenheid tot uitdrukking kwam, was de kwestie van de zogenoemde Aprilbeweging in 1853. Een storm van protestants protest woedde door het land naar aanleiding van de invoering van de bisschoppelijke hiërarchie in Nederland door de rooms-katholieke kerk. Het protest tegen het besluit van paus Pius IX raakte ook het toenmalige kabinet-Thorbecke, dat medewerking zou hebben verleend aan het pauselijk besluit. Op 15 april 1853 bood het volk een petitionnement aan aan koning Willem III. Deze gaf publiekelijk blijk van zijn sympathie voor de protesten. Daarvoor wilde Thorbecke geen verantwoordelijkheid dragen; 'zijn' Grondwet van 1848 bood juist de ruimte voor gelovigen en de kerk om de organisatie van de kerk naar eigen inzicht te regelen. Bovendien handelde de Koning niet conform zijn toen nieuwe staatsrechtelijke positie zoals neergelegd in artikel 53 Grondwet

(oud, nu artikel 42, tweede lid, Grondwet). Thorbecke telde zijn knopen en verbond gevolgen aan zijn verantwoordelijkheid voor het gedrag van de Koning door zijn ontslag aan te bieden. Dit werd in dank aanvaard, want de Koning had in de gaten dat het kabinet in de ogen van de publieke opinie nog moeilijk te handhaven was. Aldus effectueerde zich de ministeriële verantwoordelijkheid, een belangrijke stap in de ontwikkeling van de parlementaire democratie. Nieuwe krachtmetingen zouden nodig blijken om de nieuwe krachtverhoudingen verder duidelijk te krijgen.¹ In deze bijdrage wordt stil gestaan bij de aanleiding en achtergrond van de Aprilbeweging en in het bijzonder bij de scheiding van kerk en staat, waarom het Thorbecke eigenlijk te doen was. Daartoe wordt eerst de ontwikkeling van de scheiding van kerk en staat tot aan de Aprilbeweging geschetst, wordt daarna ingegaan op de Aprilbeweging en vervolgens de ontwikkeling van de scheiding van kerk en staat na de Aprilbeweging. Tot slot volgt een beschouwing over de betekenis van het beginsel vandaag de dag.

2. Het beginsel van scheiding van kerk en staat tussen 1798 en 1853²

In 1798 werd het beginsel van scheiding van kerk en staat verankerd in de Staatsregeling voor het Bataafse volk. Artikel 21 van deze Staatsregeling bepaalde dat elk Kerkgenootschap zorgt voor het onderhoud van zijn 'Eerdienst, deszelfs Bedienaren en Gestichten'. Daarmee kwam een einde aan de sinds de Unie van Utrecht (1579) bevoorrechte status van de Gereformeerde Kerk. In deze tijd werd behalve de eenheid van de staat ook die van de natie bevorderd, namelijk door nadruk te leggen op de christelijke identiteit, zoals mede tot uitdrukking komend in de Staatsregeling van 1798. Godsdienst werd beschouwd als een zaak van 'algemeen nut'. Gaandeweg werd wel het toezicht op de kerken aangescherpt. Artikel 6 van de Constitutie van 1806 gaf de koning het recht regels te stellen ten aanzien van de organisatie, bescherming en uitoefening van alle Erediensten.³ In 1808 stelde Koning Lodewijk een afzonderlijk departement van Eredienst in dat toezag op de kerkgenootschappen en dat bedoeld was om financiële bezuinigingsmaatregelen te treffen. In 1810 en 1811, na de inlijving bij Frankrijk, werd in respec-

¹ Zoals de kwestie rondom de benoeming van Minister van Koloniën Mijer tot gouverneur-generaal van Nederlands-Indië in 1866 en de Luxemburgse kwestie in 1867-1868, beide kwesties gedurende het ministerie (kabinet) Van Zuijlen van Nijenvelt – Heemskerk (1866-1868). Zie C.W. van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*. Bewerkt door D.J. Elzinga en R. de Lange, 15e druk. Deventer: Kluwer, 2006, p. 146-148. Vgl. R.K. Visser, *In dienst van het Algemeen belang*, Amsterdam: Boom, 2008, p. 45.

² Gebaseerd op: P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, 'Financiële verhoudingen tussen overheid, kerk en religieuze organisaties', *Tijdschrift voor Religie, Recht en Bestuur*, Den Haag: Boom 2013 (4) 1, p. 65-86.

³ Uitvoeriger over deze periode: D.J. Schoon, Lodewijk Napoleon en de regeling der godsdiensten in Holland, in: J. Hallebeek en A.J.B. Sirks (red.), *Nederland in Franse schaduw. Recht en bestuur in het Koninkrijk Holland (1806-1810)*, Hilversum 2006.

tievelijk de zuidelijke en noordelijke Nederlanden de ‘Loi relative a l’organisation des Cultes du 18 Germinal, an X (1802)’ van kracht. Daarin was het concordaat, dat Napoleon in 1801 had gesloten met de paus, vastgelegd, overigens met de toevoeging van 77 Organieke artikelen ter beperking van de vrijheid van de Rooms Katholieke Kerk.⁴

Met het herstel van de onafhankelijkheid in 1813 werd de eenheidsstaat grotendeels gecontinueerd; de band tussen kerk en staat werd wel weer wat inniger. Artikel 139 van de Grondwet erkende ‘*Onverminderd het regt en de gezindheden van den Souvereinen Vorst, om zoodanig toezigt over alle de godsdienstige gezindheden uit te oefenen, als voor de belangen van den Staat dienstig zal bevonden worden*’. De betekenis van godsdienst voor staat en samenleving werd geëxpliciteerd in artikel 140 van de Grondwet van 1814, dat bepaalde dat de ‘bevordering van godsdienst, als een vaste steun van den Staat’ tot de taken van de overheid behoorde. Het gereformeerde geloof en de gereformeerde kerk waren weer een geprivilegieerde positie toegekend. Artikel 133 bepaalde: ‘*De christelijke hervormde Godsdienst is die van den Souvereinen Vorst*’. De christelijk hervormde kerk werd bovendien met publieke middelen ondersteund (artikel 136). Het collatierecht dat de staat het recht gaf om bij een vacature een predikant voor te dragen of te benoemen, werd eveneens hersteld. De financiële steun bracht met zich dat de Soevereine Vorst toezicht kon uitoefenen op de kerk en in het bijzonder ‘het regt (heeft) van inzage en beschikking omtrent de inrigtingen van die gezindheden, welke, volgens een der voorgaande artikelen, eenige betaling of toelage uit ‘s Lands kas genieten’ (artikel 139).

De bevoorrechte positie veranderde na de toetreding van België tot het Koninkrijk als gevolg van het Verdrag van Londen en het Congres van Wenen. Vanaf 1815 konden alle bestaande kerken aanspraak maken op overheidsfinanciering. Artikel 194 van de Grondwet van 1815 bepaalde dat ‘De traktementen, pensioenen en andere inkomsten, van welken aard ook, thans door de onderscheidene godsdienstige gezindheden of derzelve leeraars genoten wordende, blijven aan dezelve gezindheden verzekerd. Aan de leeraars, welke tot nog toe uit ‘s Lands kas geen, of een niet toereikend traktement genieten, kan een traktement toegelegd, of het bestaande vermeerderd worden.’ Voorts werd het ministerie van Eredienst gesplitst in een ‘Ministerie van Zaken van de Hervormde en andere Erediensten, behalve die der rooms-katholieke’ en een ‘Ministerie van Zaken der Rooms-Katholieke Eredienst’. Met deze ministeries en financiering nam de overheid tevens het recht zich stevig te bemoeien met de interne organisatie van de kerkgenootschappen en in het bijzonder die van de gereformeerde kerk. Volgens artikel 195 Gw 1815 diende de koning erop toe te zien dat het uitgekeerde geld ook daadwerkelijk werd besteed aan ‘den openbaren godsdienst’. Op grond van

⁴ E. Bos, *Soevereiniteit en religie. Godsdienstvrijheid onder de eerste Oranjevorsten*, Hilversum: Verloren 2009, p. 69-75.

deze bevoegdheid legde de koning in 1816 en 1818 een algemeen reglement op aan respectievelijk de hervormde kerk en de evangelisch-lutherse kerk. Ook de opleiding van predikanten werd van overheidswege geregeld en gefinancierd, en tevens diende de koning ervoor te zorgen dat ‘alle godsdienstige gezindheden zich houden binnen de palen van gehoorzaamheid aan de wetten van den staat’ (art. 196 Gw 1815). De koning ging zelfs over tot vervolging van afgescheidenen van de hervormde kerk in 1834. Die werd gestaakt onder koning Willem II, die ook overigens meer ruimte liet aan de kerken.

Met de Grondwet van 1848 trad een nieuwe periode in. Daarin zou de bemoeienis van de staat met de kerkgenootschappen, in het bijzonder met het hervormde kerkgenootschap, tot een einde komen. De macht van de koning werd ingeperkt en de bevoegdheden van het parlement uitgebreid. Er ontstond een ‘nieuwe politieke ruimte’.⁵ De scheiding van kerk en staat werd nadrukkelijk bevestigd. Afgeschaffd werd het recht van verplichte tussenkomst van de regering bij de briefwisseling van Nederlandse kerken met hun (buitenlandse) hoofden en bij de afkondiging van voorschriften (recht van placet) (artikel 170 Grondwet 1848). Paus Pius IX zag zijn kans schoon.

3. Aanleiding, achtergrond en gevolg van de Aprilbeweging

Op 4 maart 1853 deed paus Pius IX een ‘breve’ uitgaan waarin hij het herstel van het bisschoppelijk bestuur in Nederland aankondigde. Dit deed de gemoederen onder de protestantse bevolking fors oplaaien. Daarvoor kunnen ten minste drie redenen worden aangewezen. In de eerste plaats was het pauselijk besluit gedaan in bewoordingen ‘die het deden voorkomen alsof de jaren sinds 1581 slechts een interim waren geweest’;⁶ het besluit sprak van de ‘regiones Hollandiae et Brabantiae’ en het land van de ‘Calvinistische ketterij’. In de tweede plaats stak het de protestanten dat de aartsbisschop werd geplaatst in Utrecht. In deze stad had weliswaar vanaf Willibrord in 695 tot 1559 een bisschop gezeteld, maar de stad had zich sindsdien ontwikkeld tot bolwerk van protestants behoud. Daarbij gold de stad als hét symbool van de protestantse natie sinds 1579, toen er de grondslag voor de Republiek der Nederlanden werd getekend.⁷ Een derde en belangrijker reden betrof de vermeende medewerking van de Nederlandse regering. De vraag is echter of daarvan daadwerkelijk sprake is geweest. De Nederlandse regering was wel op de hoogte gebracht van de eerste voorbereidingen voor de definitieve instelling van de katholieke kerkorde, nadat eerdere pogingen tot de herinvoering waren mislukt in 1827 en 1841. In 1827, omdat de invloed van de protestantse

⁵ I. de Haan, *Het beginsel van leven en wasdom. De constitutie van de Nederlandse politiek in de negentiende eeuw*, WB: Amsterdam 2003, p. 62.

⁶ Van der Pot (2006), p. 146.

⁷ A. Houkes, *Christelijke vaderlanders. Godsdienst, burgerschap en de Nederlandse natie (1850-1900)*, Amsterdam: WB 2009, p. 32.

regeringsfunctionarissen nog erg groot was en het concordaat dat koning Willem I met de paus had gesloten niet werd uitgevoerd. In 1841 kwam het protest tegen de toestemming die koning Willem II toen wilde geven van protestanten en voor-aanstaande leiders uit de hervormde kerk. Nadat de Nederlandse regering ditmaal op de hoogte was gesteld, werd niets meer vernomen uit Rome. De geruchtenstroom zwol echter aan vanaf maart 1853 toen bekend werd dat de paus in december 1852 had vastgesteld dat de aartsbisschop zijn zetel in Utrecht zou krijgen en dat er vijf bisdommen zouden komen: naast Utrecht ook Haarlem, Roermond, 's-Hertogenbosch en Breda. Op 24 maart kondigde de Engelse krant *The Times* aan dat de bisschoppelijke hiërarchie was ingevoerd op verzoek van de Nederlandse regering, een bericht dat werd overgenomen door de Nederlandse kranten met daarbij afgedrukt voormelde tekst van het pauselijk besluit. Protestante bladen wakkerden de ongenoegens onder de protestantse bevolking verder aan. De Utrechtse hoogleraar staatsrecht Vreede gaf de schuld van de komst van de bisschoppen aan het kabinet-Thorbecke.⁸ In een antipapistisch pamflet werd gesteld dat er geen volkomen scheiding tussen kerk en staat mocht zijn, want '*de geest der Kerk [...] moet als een zuurdesem den Staat doordringen en heiligen*', zodat de een in de ander op kon gaan.⁹

Dit alles bracht een antipapistische beweging tot stand 'die hysterische trekken kreeg'¹⁰ en die oversloeg van lokaal niveau naar nationaal niveau, leidend tot een grootschalige petitiebeweging vanuit de Nederlands Hervormde Kerk, de tot dan toe grootste petitiebeweging binnen de landsgrenzen met meer dan 200.000 handtekeningen, meer dan het dubbele van het aantal kiesgerechtigden. Dat wil niet zeggen dat er in de Tweede Kamer niets over de kwestie werd gezegd. Daar interpelleerde op 13 april het lid Doorn de minister voor de zaken van de rooms-katholieke eredienst en de minister van buitenlandse zaken. Kamerleden, waaronder behalve Doorn, ook Groen, van Lynden en (de liberaal) Metman wezen vooral op de ongelijke behandeling tussen de hervormde en rooms-katholieke kerk: waarom toezicht op de hervormde kerk en verregaande vrijheid voor de rooms-katholieke?¹¹

Op 15 april ontving koning Willem III, die voor zijn jaarlijks verblijf in Amsterdam was, de afvaardiging van de protestantse gemeenschap onder leiding van predikant en dichter Bernard ter Haar. Deze bood de koning het adres van de Utrechtse kerkenraad aan en een petitie van verschillende Amsterdamse protestantse gemeenten, alsmede een oproep van oud-katholieken.¹² Daarbij ging een pakket aan vele

⁸ Houkes (2009), p. 31-32.

⁹ De Haan (2003), p. 65.

¹⁰ J.Th.J van den Berg en J.J. Vis, *De eerste honderd vijftig jaar parlementaire geschiedenis van Nederland 1796-1946*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 2013, p. 369. Zie voor een uiteenzetting van dat lokaal protest als 'repertoire van actie': Houkes (2009), p. 32-34.

¹¹ J.Th. de Visser, *Kerk en staat (deel III)*, Leiden: A.W. Sijthoff's, 1927, p. 385.

¹² D. van der Meulen, *Koning Willem III. 1817-1890*, Amsterdam: Boom 2013, p. 274.

handtekeningen. Voor de Amsterdamse afgevaardigden zat de pijn voornamelijk in de vermeend actieve betrokkenheid van de regering bij het pauselijk besluit. De ontkrachting van het voornoemde bericht uit *The Times* door het kabinet was toen vermoedelijk nog niet bij alle kerkraden bekend.¹³ Mogelijk kwam die ontkrachting hen ook niet goed uit. De vermeende betrokkenheid van de regering met de (rooms-katholieke) kerkelijke aangelegenheden bood immers de mogelijkheid in bredere zin te ageren tegen Thorbeckes beleid en wetgevingsprogramma, waaronder wetgeving die eraan zat te komen op het terrein van onderwijs en de armenzorg. Ter Haar refereerde bij de aanbieding van de petitie aan de koning nadrukkelijk aan de aankomende Armenwet. Daarmee werd de (protestants) kerkelijke onvrede met het politieke beleid duidelijk zichtbaar, evenals het belang dat werd toegedicht aan de symbolische rol van de koning voor de (protestantse) natie.

Het antwoord van de koning konden de ministers paar dagen later uit de ‘Amsterdamsche Courant’ vernemen. Het antwoord bleek ronduit instemmend en week daarmee af van het advies dat de ministers de koning hadden meegegeven op 8 april, toen de ministers lucht hadden gekregen van de Utrechtse pogingen om koning Willem III tot een stellingname te verleiden. De ministers hadden een dringend beroep gedaan op de koning om de petitie ‘terzijde te leggen en buiten beschikking te houden’ en de protestanten uit te leggen dat de invoering van het bisschoppelijk bestuur in Nederland volkomen in overeenstemming was met de Grondwet. Even later bleek zelfs dat de koning nog veel verder was gegaan dan de krant deed vermoeden.¹⁴ Zoals in de inleiding reeds weergegeven, leidde deze ‘oorlogsverklaring’ aan de grondwet en de ministers ertoe dat Thorbecke en zijn ministers hun ontslag aanboden aan de koning. Het meningsverschil met de koning over de uitleg van de Grondwet was onoverbrugbaar.

Het ontslag werd door de koning verleend op 19 april. De koning had daarvoor nog wel het Kamerdebat afgewacht dat zou plaatsvinden over de kwestie betreffende de ‘onderhandelingen over de regeling der kerkelijke aangelegenheden van de Rooms-Katholieken hier te lande’. Dat debat werd gehouden op 18 april en afgesloten met een motie-Van Doorn. Daarin werd tot uitdrukking gebracht dat kennis was genomen van de ‘krachtige verzoeken (die) aan het Hof van Rome zijn of zullen worden gedaan’ en verklaarde vervolgens over te gaan tot de orde van de dag. De motie werd aanvaard met veertig tegen dertien stemmen.¹⁵ Van de Kamer had de regering dus niets te vrezen. Het door de koning verleende ontslag kwam dan ook tot algemene verrassing en liberale ontsteltenis.¹⁶ Verondersteld wordt dat de koning welbewust heeft aangestuurd op het vertrek van Thorbecke. Immers had de koning van tevoren, op 16 april, al contact opgenomen met oud-minister van Justitie en toen Tweede Kamerlid Van Hall die het nieuwe kabinet zou gaan lei-

¹³ Houkes (2009), p. 42-43.

¹⁴ Van der Meulen, *Koning Willem III. 1817-1890*, Amsterdam: Boom 2013, p. 275-276.

¹⁵ Van den Berg en J.J. Vis (2013), p. 371.

¹⁶ Van den Berg en J.J. Vis (2013), p. 372.

den. Daarnaast had de koning zich regelmatig kritisch uitgelaten over Thorbecke, onder andere tegenover de minister van Buitenlandse zaken Van Zuylen van Nijevelde op 10 april aan de vooravond van zijn vertrek naar Amsterdam. Toen Van Zuylen voor zijn partijgenoot opkwam, had de koning hem toevertrouwd: *'Ik had gewenscht dat gij die zaak voor rekening uwer ambtgenoten hadt willen laten, maar gij verkiest U liever aan een drenkeling vast te houden.'*¹⁷ Bovendien is er een brief aan zijn broer Hendrik bewaard gebleven waarin de koning zijn voldoening uitsprak over de politieke ontwikkelingen.¹⁸ Overigens is het maar de vraag of Thorbecke zelf het allemaal zo erg vond: *'Ich bade im Genuss einer lange nicht gekannten Freiheit. Nichts zu thun zu haben ist, finde ich, eine herrliche Sache'*, aldus een opgeluchte Thorbecke kort na de val van zijn ministerie aan zijn oud-student Conway, die inmiddels als secretaris van de Belgische koning Leopold I werkzaam was. De Aprilbeweging was volgens Thorbecke *'eine exaltirte Bewegung, die, sich selbst überlassen bald ausgetobt hätte.'*¹⁹

Het nieuwe kabinet-Van Hall (1853-1856) voorzag problemen met de Tweede Kamer en verzocht daarom binnen een week na zijn aantreden de koning om tot ontbinding van de Kamer over te gaan, aan welk verzoek Willem III voldeed. Ter (nadere) beteugeling van de onvrede onder de (protestantse) bevolking bracht Van Hall een Wet op de kerkgenootschappen tot stand in 1853.²⁰ Over het ontwerp ervan werd een stevig debat gevoerd in verband met de (on)verenigbaarheid met de Grondwet van 1848. Kamerleden Thorbecke en Storm meenden dat het ontwerp in strijd was met de Grondwet, Donker Curtius en de Kempenaar waren de tegengestelde opvatting toegedaan.²¹ Na een debat van 12 tot 25 augustus werd het voorstel aangenomen met 41 tegen 27 stemmen. De Rooms-katholieken en Thorbeckianen stemden tegen, de overige liberalen en conservatieven met de anti-revolutionairen stemden voor. De Eerste Kamer nam het wetsontwerp aan met 22 tegen 16 stemmen. De wet stelde echter niet veel meer voor, de vrijheid van kerkgenootschappen werd met de wet herbevestigd in lijn met de Grondwet van 1848. De berg had een muis gebaard.²² Dit was het povere resultaat van de Aprilbeweging op het terrein van de wetgeving.

Al met al kan de Aprilbeweging worden gezien als de eerste grote crisis over de inrichting van de nationale politieke ruimte die werd mogelijk gemaakt door de Grondwet van 1848.²³ Enerzijds leidde de beweging tot een bevestiging van de grondwet van 1848. In de praktijk werd vorm gegeven aan de scheiding van kerk en staat zoals neergelegd in de Grondwet. Daarnaast werd invulling gegeven aan

¹⁷ Van der Meulen (2013), p. 274.

¹⁸ Van der Meulen (2013), p. 277.

¹⁹ J. Drentje, *Thorbecke. Een filosoof in de politiek*, Amsterdam: Boom 2004, p. 424.

²⁰ Wet tot regeling van het toezicht op de onderscheidene kerkgenootschappen, 10 september 1853 (*Stb.* 102).

²¹ De Visser (1927), p. 389-390.

²² De Visser (1927), p. 402-409. In deze lijn ook de andere hiervoor aangehaalde auteurs.

²³ De Haan (2003), p. 62.

de nieuwe plaats van de koning in het politieke bestel. Geheel eenduidig waren de verhoudingen daarmee overigens nog niet. Anderzijds werd een kloof zichtbaar tussen staat en natie. De liberale natie bleek de protestante niet. De beweging had duidelijk gemaakt dat godsdienst als maatschappelijke kracht een heel ander potentieel deelnemers voor de publieke ruimte en het politieke speelveld aanboorde dan waarmee de liberalen rekening hielden.²⁴ De Aprilbeweging was dan ook de eerste en heftigste uitbarsting van de passie waarmee gedebatteerd werd over de vraag in hoeverre de staat rekening moest houden met het godsdienstig karakter van de natie, en welke natie dat dan was.²⁵ Politiek en het godsdienstig karakter van dat debat vloeiden daarbij in elkaar over.

4. Doorontwikkeling van de scheiding van kerk en staat na 1853²⁶

Na de Aprilbeweging werd de vrijheid van kerkgenootschappen in lijn met de Grondwet herbevestigd in de Wet op de Kerkgenootschappen (1853). Daarmee werd voormelde ‘Loi relative a l’organisation des Cultes du 18 Germinal, an X (1802)’ afgeschaft. Het bleef daar niet bij. Even later werd het oude collatierecht afgeschaft (1861), evenals de departementen van eredienst (1870) en de bemoeienis van de staat met de inhoud van de predikantenopleiding (1876). Na de afschaffing van de departementen voor de erediensten werd de minister van Justitie belast met de contacten met de kerkgenootschappen, een situatie die tot de dag van vandaag nog bestaat.²⁷

Aldus voltrok zich met name in de negentiende eeuw een toenemende ontvlechting van kerk en staat. In dit proces, dat nog steeds voortduurt, voltrok zich echter een kentering; in de negentiende eeuw verwierf de kerk meer vrijheid ten opzichte van de overheid, waarbij met de verzuiling de rol van religie in het publieke/maatschappelijke domein overigens toenam, zowel door de opkomst van politieke

²⁴ Vgl. Houkes (2009), p. 44-45; J. Turpijn, *Mannen van gezag, De uitvinding van de Tweede Kamer 1848-1888*, Amsterdam: WB 2008, p. 53.

²⁵ Dit debat werd aanzienlijk heftiger gevoerd dan dat over het concrete leed van velen in het kader van de slavernij. Zie daarover o.a.: P.B.C.D.F. van Sasse van Yssel, ‘Slavernij en slavenhandel: verboden, afgeschaft, maar niet voorbij’, *NJB*, 2013 (26), p. 1694-1701, in licht bewerkte vorm opgenomen in deze bundel onder het jaar ‘1863’.

²⁶ Gebaseerd op: P.B.C.D.F. van Sasse van Yssel, ‘Financiële verhoudingen tussen overheid, kerk en religieuze organisaties’, *Tijdschrift voor Religie, Recht en Bestuur*, Boom: Den Haag 2013 (4) 1, p. 65-86.

²⁷ Koninklijk Besluit van 29 oktober 1870, *Stb.* 173. Een uitzondering betreft evenwel de periode van het kabinet-Rutte I, gedurende welke de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties was belast met deze taak.

partijen als van tal van organisaties op religieuze grondslag; het accent verschoof daarbij van de rol en functie van de kerk naar die van de politiek.²⁸

In het begin van de tweede helft van de twintigste eeuw vond vervolgens een accommodatiefase plaats gedurende de aanloop en ontwikkeling van de sociale verzorgingsstaat; het betreft accommodatie van wederzijdse activiteiten die nodig werd door de expansie van de overheid en daarmee ook de regulering van terreinen waarop de kerk of hieraan gelieerde confessionele organisaties actief waren, zoals op het terrein van onderwijs, gezondheidszorg, geestelijke verzorging, media. Een fase die haar langste tijd lijkt te hebben gehad. In de laat-twintigste eeuw daarentegen wilde juist de overheid zich losmaken van de kerk. Dat was onder meer het geval bij de afkoop van oude traktementverplichtingen en de beëindiging van enkele andere specifieke financiële regelingen bij wet van 1983.²⁹ In 1988 werd de Wet op de Kerkgenootschappen van 1853 ingetrokken met de inwerkingtreding van de Wet openbare manifestaties. Het beginsel van scheiding van kerk en staat is aldus mede een product van rechtsontwikkeling. De vraag is: waar staan we nu?

5. Hedendaagse verankering, betekenis en interpretatie

De formulering van artikel 6 van de Grondwet dateert van de algehele grondwethervorming van 1983. Met die hervorming verdween Hoofdstuk 6 “over religie”, die zijn oorsprong vond in de Grondwet van 1814 en was geamendeerd in 1815, 1848, 1917 en 1972. Twee van de meest opvallendste wijzigingen van de hervorming van 1983 die hier relevant zijn, zijn het feit dat “kerken” niet langer meer worden genoemd in de Grondwet en dat de levensovertuiging opgenomen werd als even beschermwaardig. Kerken en religieuze organisaties genieten evenals individuen bescherming van de artikelen 1 en 6 van de Grondwet.

Het beginsel van scheiding van kerk en staat wordt vandaag de dag nogal eens overvraagd.³⁰ Er wordt dan voorbij gegaan aan de relatief beperkte, institutionele, betekenis van het beginsel: zowel de staat als kerken en andere genootschappen op geestelijke grondslag functioneren als zelfstandige lichamen. Voor de genootschappen op geestelijke grondslag houdt dit onder meer in dat zij zelfstandig hun functionarissen kiezen en dat zij (en hun leden afzonderlijk of gezamenlijk) hun godsdienst of levensovertuiging vrijelijk kunnen bepalen of belijden. Zij bepalen naar eigen inzicht hun geestelijke en institutionele orde. De staat respecteert deze

²⁸ Houkes (2009); J. de Bruijn, ‘Kerk en Staat - historisch. De verhouding tussen kerk en staat in Nederland (1579-2003)’, in: L.C. van Drimmelen & T.J. van der Ploeg (red.), *Kerk en Recht*, Utrecht: Lemma 2004, p. 60.

²⁹ Wet tot beëindiging van de financiële verhouding tussen Staat en Kerk, *Stb.* 1983, 638.

³⁰ Vgl. Van Bijsterveld in WRR, *Religie in het publieke domein*, 2006, p. 227-260 (m.n. p. 229, 251).

zelfstandigheid. Hij mag geen dwang uitoefenen ten aanzien van de bestuurlijke organisatie. De staat moet zich onthouden van elke bemoeienis met de belijdenis van de godsdienst of levensovertuiging, onverminderd zijn bevoegdheid en plicht op te treden tegen wie daarbij de wet overtreedt. De genootschappen op geestelijke grondslag dienen door de staat gelijk te worden behandeld. De overheid mag aldus geen partij kiezen voor een bepaalde godsdienstige of levensbeschouwelijke overtuiging. Zij is, in de bewoordingen van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, een ‘neutral organizer’.³¹ Anderzijds komt de zelfstandigheid van de staat ten opzichte van de genootschappen tot uitdrukking in het gegeven dat de genootschappen en hun functionarissen als zodanig geen publiekrechtelijke bevoegdheden bezitten.³² Het beginsel staat er niet aan in de weg dat de overheid zich onder omstandigheden mag inlaten met religieuze organisaties of aan religie gerelateerde zaken. Soms is zij zelfs gehouden dat te doen, bijvoorbeeld om omstandigheden te creëren waarin een pluriform aanbod van opvattingen en meningen kan bestaan.

Een belangrijke aanvulling op het beginsel van scheiding van kerk en staat is het constitutioneel beginsel van de neutrale overheid. In de literatuur is herhaaldelijk gewezen op drie modaliteiten van neutraliteit: exclusieve, inclusieve en compenserende neutraliteit.³³ De eerste impliceert de uitsluiting van religieuze uitingen in het publieke domein, de tweede modaliteit sluit hen daarentegen in. De compenserende modaliteit impliceert de mogelijkheid van positieve actie en beoogt de accommodatie van bepaalde religieuze organisaties en praktijken toe te staan met als doel hen de laten functioneren of rechten te laten genieten op gelijke voet als andere. Deze actieve bemoeienis van de regering dient overigens te worden onderscheiden van actieve bemoeienis van de overheid die soms noodzakelijk kan zijn om mogelijkheden en faciliteiten te creëren waardoor de vrijheid van godsdienst daadwerkelijk kan worden beleefd of beleden. Een dergelijke (positieve) (zorg) verplichting tot facilitering van godsdienstige manifestaties – zoals het bieden van geestelijke verzorging, een gebedsruimte en speciaal dieet – doet zich voor waar sprake is van bijzondere rechtsverhoudingen, zoals bij gedetineerden. Traditioneel bezien behelst het Nederlandse neutraliteitsmodel het inclusieve model. De financiering van algemene sociale activiteiten van organisaties of religieuze of levens-

³¹ en idem (deel II), *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid (TRRB)*, 2013 (4) 2, p. 34-58. Vaste jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Zie daarover o.a. S. van Bijsterveld, De staat als ‘neutral organiser of religions’? Een analyse van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (I), *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid (TRRB)*, 2013(4) 1, p. 44-64

³² Vgl. Nota grondrechten in een pluriforme samenleving, *Kamerstukken II 2003/04*, 29 614, nr. 2; Eindrapport *Overheid, godsdienst en levensovertuiging*, Commissie van advies inzake de criteria voor steunverlening aan kerkgenootschappen en andere genootschappen op geestelijke grondslag (commissie-Hirsch Ballin), Den Haag 1988.

³³ W. van den Burg, *Het ideaal van de neutrale staat. Inclusieve, exclusieve en compenserende visies op godsdienst en cultuur*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009. Nadien vaak herhaald en overgenomen.

beschouwelijke grondslag op de gebieden van onderwijs, sociaal werk, hulp e.d. is aanvaard, evenals de indirecte ondersteuning in de vorm van algemene subsidietoekenning voor monumenten, waaronder begrepen kerkgebouwen. Deze inclusieve modaliteit van neutraliteit is evenwel, met de teruggang van de sociale verzorgingsstaat, voortdurend onderwerp van maatschappelijk en politiek debat.

De constitutionele geschiedenis laat aldus zien dat er weliswaar sprake is geweest van ontvlechting van kerk en staat en overheid en religie, maar dat zeker tussen deze laatste altijd legitieme (financiële) relaties aanwezig zijn geweest. Het is even legitiem daarin tot op zekere hoogte verandering te (willen) aanbrengen, mits op goede gronden en zonder verleden en geldende betekenissen geweld aan te doen. Het debat en de bevraging van de relaties tussen religie en het publieke domein verwonderen niet, gelet op ontwikkelingen zoals individualisering, secularisering of transformatie van religie³⁴, de transformatie van de (sociale) verzorgingsstaat en de overgang van zogenoemde zware naar lichte gemeenschappen. Deze ontwikkelingen en het mede daaruit voortvloeiende debat reflecteren tegenwoordig een tendens om de publieke rol van religie te verminderen en de pluralistische accommodatie om te buigen naar monistisch secularisme.³⁵ Instituties en regelgeving die de godsdienstvrijheid respecteren bestaan nog wel, ofschoon ook deze (juridische) kaders ter discussie zijn komen te staan. Een domein waarop overheid en religieuze organisatie elkaar nog steeds vinden betreft het algemeen belang. In dit kader is het nuttig te realiseren dat ook kerkgemeenschappen (financiële) publieke waarde vertegenwoordigen. Publieke financiering van religieuze organisaties is geaccepteerd en legitiem zolang zij het algemeen belang dient. Uiteraard is het algemeen belang in zichzelf geen neutrale waarde. Het geeft niettemin een richtsnoer aan overheid en religieuze en levensbeschouwelijke organisaties en wordt door beide aanvaard als gemeenschappelijk doel. Belangrijke voorwaarden voor de legitimiteit van financiering is dat het discriminatieverbod wordt nageleefd en dat de desbetreffende ondersteunde activiteit geen evangelisatie of zending beoogt of betreft. Anderzijds verplichten mensenrechten de staat of overheid soms om te financieren of anderzijds religieuze praktijken te (helpen) realiseren. Tegen deze achtergrond is het een uitdaging om te proberen niet te interveniëren in de inhoud van religie of geloof (massamedia, belastingen) bij de financiering van bedoelde organisaties en om een politiek en publiek klimaat te organiseren waarin tolerantie en respect voor religieuze minderheden, religieuze orthodoxie en niet-gelovigen wordt gerealiseerd. Dit vergt een voortdurend proces dat nooit af is in een democratie.

³⁴ Zie o.a. Van Bijsterveld, in WRR (2006), en C. Taylor, *A Secular Age*, Cambridge (Mass.): HUP 2007.

³⁵ Vgl. B.P. Vermeulen, 'On freedom, equality and citizenship. Changing fundamentals of Dutch minority policy and law (immigration, integration, education and religion)', in: M.-C. Foblets, J.-F. Gaudreault & A. Dundes Renteln (red.), *The Response of State Law to the Expression of Cultural Diversity*, Brussel: Bruylant (Editions Yvon Blais) 2010, p. 45-143 (par. 12-13).

1863

Slavernij en slavenhandel: afgeschaft, verboden, maar niet voorbij³⁶

Paul van Sasse van Ysselt

Op 1 juli 1863 werd de slavernij officieel afgeschaft in ons Koninkrijk. Maar de afschaffing van de slavenhandel en slavernij in de negentiende eeuw ten spijt duikt het fenomeen in vele landen, maar ook bij ons, nog steeds en in vele varianten de kop op. De Internationale Arbeidsorganisatie schat het aantal slachtoffers wereldwijd op zo'n 21 miljoen mensen. Dit artikel beoogt inzicht te geven in de uitdagingen waarvoor de overheid zich geplaatst ziet in de bestrijding van de mensenhandel als moderne vorm van slavernij. De internationale rechtsontwikkeling, waarbij in het bijzonder wordt ingegaan op recente Straatsburgse jurisprudentie, en de hardnekkigheid van het fenomeen worden gezien vanuit de historische achtergrond van de betrokkenheid van Nederland bij de voormalige slavenhandel, de aanloop naar de afschaffing van de slavernij en de nasleep daarvan.

1. Inleiding

Ruim 150 jaar geleden, op 1 juli 1863, werd de slavernij afgeschaft in het Koninkrijk der Nederlanden. Die dag werden in de toenmalige kolonie Suriname zo'n 35.000 van de ruim 60.000 inwoners uit de slavernij verlost. Kanonschoten vanaf het fort Zeelandia kondigden hun nieuw verkregen vrijheid aan. Tegelijkertijd werden op de Antillen ongeveer 12.000 mensen van de 33.000 inwoners in vrijheid gesteld. Dat ging niet van de een op de andere dag. Bovendien kende de afschaffing van de slavernij in 1863 nog een overgangstermijn van tien jaar. Daarop volgden strafbaarstellingen van slavernij en slavenhandel in het Wetboek van Strafrecht in 1886, bepalingen die vandaag de dag nog steeds rechtskracht hebben, hoewel obsoleet. Dit laatste heeft lange tijd eveneens gegolden voor de verdragsrechtelijke verbodsbepaling die daarover is vastgelegd in artikel 4 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Hierin is pas de laatste jaren enige verandering gekomen. Tegelijkertijd is met name de laatste twee decennia een specifieke en meer eigentijdse vorm van slavernij en slavenhandel tot ontwikkeling gekomen: mensenhandel. Dit heeft mede geleid tot nieuwe verdragen, EU-regelingen en een uiterst complexe delictomschrijving in het Wetboek van Strafrecht. Dit laatste heeft de Nationale

³⁶ Deze bijdrage is in licht ingekorte en gewijzigde vorm en onder dezelfde titel gepubliceerd in: *NJB* 28 juni 2013, afl. 26, p. 1694-1701.

Rapporteur Mensenhandel er in 2012 toe bewogen verschillende aanbevelingen uit te brengen, waaronder een tot specialisatie binnen de rechterlijke macht. De effectieve aanpak van mensenhandel vergt echter uiteraard meer dan dat alleen. Dit artikel beoogt enig inzicht daarin te geven, alsmede in de uitdagingen waarvoor de overheid zich tegenwoordig geplaatt ziet in de bestrijding van de mensenhandel als moderne vorm van slavernij. Deze uitdagingen van de staat worden geplaatt in het licht van het juridisch instrumentarium dat is ontwikkeld in de 20e eeuw tot op heden, waarbij in het bijzonder wordt ingegaan op de plichten die op hem rusten, zoals pregnant blijkt uit recente Straatsburgse jurisprudentie. Voorts worden de rechtsnormontwikkeling en de hardnekkigheid van het fenomeen gezien vanuit de (constitutioneel) historische achtergrond van de betrokkenheid van Nederland bij de voormalige slavenhandel en de aanloop naar de afschaffing van de slavernij en de nasleep daarvan.

2. Nederland en de slavenhandel

De Nederlandse slavenhandel ging hand in hand met de beginperiode van de West-Indische Compagnie (WIC) sinds 1621. Het kapen van de Spaanse zilvervloot door Piet Hein in 1628 maakte het mogelijk dat er tussen 1630 en 1635 een belangrijk deel van Brazilië op de Portugezen kon worden veroverd. De noodzaak voor arbeidskrachten op de suikerplantages bracht de Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden ertoe om een eigen geregelde slavenhandel op te zetten. Deze kende een snelle start: tussen 1635 en 1645 werden vanuit Afrika 25.000 slaven naar Brazilië overgebracht die daar onder erbarmelijke omstandigheden te werk werden gesteld bij de veelal Portugese bezitters van suikermolens en -rietvelden. Deze slavenhandel was afgekeken van de Portugezen die hem vanaf 1500 bedreven. Aanvankelijk had de nog jonge Republiek de slavenhandel van de Spanjaarden en Portugezen afgewezen. Willem van Oranje hekelde hem in zijn Apologie. Dichter en toneelschrijver Bredero noemde in zijn *Moortje* uit 1615 de slavenhandel een 'Onmenschelick gebruyck! Godloose schelmerij!'. De principiële stellingname verwaterde echter al snel wegens de handelsbelangen. Van 1642 tot 1645 was sprake van een eerste 'hoogconjunctuur' toen gemiddeld 4000 slaven per jaar naar Nederlands Brazilië werden overgebracht. Na de Portugese opstand tegen het Nederlandse koloniaal gezag ging het snel berg afwaarts en koos de WIC in 1654 eieren voor haar geld, althans in Brazilië. De WIC zocht een nieuw afzetgebied. Zij verlegde haar koers naar de Engelse en Franse eilanden in de Caribische Zee. Met enig succes, maar niet voor lang. Staatshoofd Cromwell van het Engelse Gemeenbest grendelde de vaarwateren af in 1651, de Franse minister Colbert volgde in 1670. De Nederlandse slavenhandel kwam daardoor opnieuw in een crisis terecht en deed de WIC haar koers nu verleggen naar Curaçao, dat door de Nederlandse kolonisten tot een van de belangrijkste doorvoerhavens in de regio werd gemaakt. Tussen 1658 en 1730 werden in totaal ongeveer 100.000 slaven via dit eiland verscheept naar Spaans Amerika. Ondertussen stuurden de Nederlandse

slavenhandelaars hun schepen ook steeds vaker naar de vier Nederlandse planta-gekolonisten op de noordkust van Zuid-Amerika, waaronder Suriname, dat was gaan uitgroeien tot het belangrijkste productiegebied van koffie en suiker; 200.000 slaven zijn daar naartoe gebracht. Het failliet van plantages bracht de slavenhandel vanaf 1775 in een neerwaartse spiraal. De Vierde Engelse Oorlog van 1780 tot 1784 bracht de Nederlandse slavenhandel verder in het nauw wegens de buitmaking van schepen. De genadeslag werd toegebracht met de Franse inval in de Bataafse Republiek in 1795.

Legitimatie voor de Atlantische slavenhandel werd gevonden bij Hugo de Groot's 'Het recht van oorlog en vrede' (1625), waarin De Groot slavenhandel niet afwees als instituut, indien zij voortvloeide uit 'rechtvaardige oorlogen' in bijvoorbeeld Afrika. Die oorlogen leverden slaven op en de overwinnaars hadden het recht hen als oorlogsbuit te verkopen aan de Europeanen. De klassieke verdediging van de slavenhandel en slavernij in de Republiek zou echter worden de Leidse *dissertatio* van de Afrikaanse slavenjongen en aspirant-dominee Capitein uit 1742. Daarin betoogde hij dat de slavernij niet strijdig was met de christelijke leer, omdat de lichamelijke vrijheid weliswaar ontnomen, maar de geestelijke vrijheid behouden zou blijven; een filosofisch dualistische redenering die eerder ook door John Locke lijkt te zijn aangehangen.³⁷

Overigens werd er ook slavenhandel gedreven in 'de Oost' door de Verenigde Oost-Indische Compagnie (VOC); schattingen van de omvang van die handel liggen rond de half miljoen, ongeveer dezelfde orde van grootte als de Atlantische slavenhandel. Deze handel door de VOC is vaak onderbelicht gebleven vanwege conceptuele en methodologische problemen bij het onderzoek naar deze handel. Er was slavernij en – handel, maar voornamelijk uit de eigen regio, veel minder dominant en veel minder bepalend.³⁸

3. Afschaffing van slavenhandel en slavernij

Aan het einde van de achttiende eeuw riep de slavenhandel in Europa steeds meer weerstand op. Daar was in Nederland weinig van te merken, waarschijnlijk omdat de handel sinds 1780 al op zijn retour was in Nederland, anders dan in Engeland,

³⁷ J. Israel, *Revolutie van het denken: Radicale Verlichting en de wortels van onze democratie*, Franeker: Van Wijnen 2011, p. 31; J. Locke, *Over het Staatsbestuur*, Amsterdam: Boom 1988 (oorspr. 1690), i.h.b. paragrafen 22-24. Locke was mede-eigenaar van de slavenhoudende kolonie Carolina, aandeelhouder van de in slaven handelende *Royal African Company* en tweemaal lid van de Raad voor Handel en Koloniën.

³⁸ G.J. Oostindie, *Slavernij, canon en trauma*, Rede, in verkorte vorm uitgesproken bij het aanvaarden van het ambt van hoogleraar op het gebied van de Caraïbische geschiedenis aan de Universiteit Leiden op 19 oktober 2007, p. 14.

Frankrijk en Portugal.³⁹ Dit neemt niet weg dat er wel degelijk debat werd gevoerd over de slavernij, zoals in de toenmalige kersverse Nationale Vergadering ten tijde van de Bataafse Republiek in 1797. Aanstichter van dat debat was de radicale republikein en abolitionist Pieter Vreede. Volgens hem moest het in die tijd opgekomen verlichte ideaal van gelijkheid ook worden toegepast op slaven:⁴⁰ ‘Zyn de zwarte bewoners van Afrika, menschen, of zyn zy het niet?’ Anders dan bij de gelijke berechting van de joden in die tijd, reageerde mede-volksvertegenwoordiger Schimmelpenninck, die in 1805-1806 raadpensionaris van het Bataafse Gemenebest zou zijn, onaangedaan. Hij wees op de grote economische belangen die op het spel zouden komen te staan en wees op het dreigend leed voor de blanken.⁴¹ Ook moest worden gevreesd voor chaos en anarchie zoals de slavenopstand in de Franse kolonie St. Domingue had uitgewezen in 1791 en de daarop volgende jaren;⁴² de grondwet kon en moest niet als stormram worden gebruikt om deze vraagstukken te beslechten, aldus Schimmelpenninck. De volksvertegenwoordigers besloten niet met Vreedes oproep mee te gaan. Met grote meerderheid van stemmen besloot de Nationale Vergadering om in de nieuwe grondwet te zwijgen over de afschaffing van de slavenhandel en de opheffing van de slavernij. Dat was niet anders in de daarop volgende jaren, waarin opeenvolgende nieuwe samenstellingen en inrichtingen van de volksvertegenwoording het licht zagen.⁴³ Pas in 1814 zou de ‘Nederlandse’ slavenhandel, bij koninklijk besluit, verboden worden;⁴⁴ paradoxaal genoeg dus niet gedurende de meest revolutionaire periode van de Nederlandse geschiedenis, maar tijdens de conservatieve restauratie daarna. Bovendien gebeurde dit onder grote druk van – conservatief – Engeland, dat de slavenhandel had afgeschaft in 1807 en dat na de teloorgang van het Keizerrijk Napoleon, Willem I in het zadel had geholpen en voorts van onmisbare steun was geweest voor de gebiedsuitbreiding van Willems grondgebied met de Zuiderlijke Nederlanden in 1814.⁴⁵ Er kwam wetgeving tot stand in 1818 en 1824,⁴⁶ steunend op een verdrag tussen Nederland en Engeland van 4 mei 1818 ter wering van de

³⁹ P.C. Emmer, *De Nederlandse slavenhandel (1500-1850)*, Amsterdam-Antwerpen: Uitgeverij De Arbeiderspers, 2000, p. 185.

⁴⁰ Uitvoering over de opkomst en betekenis van het gelijkheidsbeginsel mede in betrekking tot de slavernij: S. Stuurman, *Uitvinding van de mensheid. Korte wereldgeschiedenis van het denken over gelijkheid en cultuurverschil*, Amsterdam: Bert Bakker 2009; J. Israel (2011).

⁴¹ E. Hagen, *President van Nederland. Rutger Jan Schimmelpenninck (1761-1825)*, p. 97-98.

⁴² Deze zou leiden tot de afschaffing van de slavernij in 1794, herinvoering ervan in 1802 en uiteindelijk de onafhankelijkheid van het eiland in 1804, dat zou voortbestaan onder de naam Haïti. Een slavenopstand had overigens ook plaats gevonden in de Nederlandse kolonie Berbice in 1763 en op Curaçao onder leiding van Tula in 1795, maar zij bleken slechts tijdelijk succesvol.

⁴³ De tweede Nationale Vergadering heette na de coup van Vreede e.a. in 1798 voortaan Constituerende Vergadering. Deze riep zich zelf, na aanneming van de Staatsregeling in 1798, uit tot Vertegenwoordigend lichaam.

⁴⁴ Koninklijk besluit van 13 augustus 1814.

⁴⁵ A. Zamojski, *De ondergang van Napoleon en het congres van Wenen*, Amsterdam: Uitgeverij Balans 2007, p. 140, 395; J. van Zanten, *Schielijk, Winzucht, Zwaarhoofd en Bedaard. Politieke discussie en oppositievorming (1813-1840)*, Amsterdam: Wereldbibliotheek, p. 32-34.

⁴⁶ Wet van 20 november 1818, *Stb.*, 39; Wet van 23 december 1824, *Stb.*, 75.

slavenhandel.⁴⁷ De steeds scherper wordende verbodsbepalingen tegen de slavenhandel leidden tot geen enkel protest bij de Nederlandse rederijen. Nederland kon een wit voetje halen bij Engeland en economische belangen stonden nauwelijks nog op het spel.⁴⁸

Aldus kwam zonder gemor een einde aan drie eeuwen Nederlandse slavenvaart. Nederland behoorde met Denemarken en voortrekkersland Engeland bovendien tot de selecte groep landen waar afschaffing van de slavenhandel ook daadwerkelijk werd geëffectueerd; dat kan van landen als Spanje, Portugal, Brazilië Frankrijk en de VS niet worden gezegd. Niettemin waren er weinigen die konden geloven dat Nederland als handelsnatie echt zover zou gaan. Heinrich Heine verwoorde die scepsis in zijn gedicht ‘Das Sklavenschiff’, waarin een Nederlandse illegale slavenhandelaar ‘Van Koek’ voorkomt, die al winst kon maken als slechts 300 van de 600 slaven aan boord levend in Rio de Janeiro aan land zouden stappen.⁴⁹ Natuurlijk was de mening van Engeland belangrijker dan die van de Duitse dichter. Nederland werkte daarom loyaal mee aan de oprichting van twee gemengd Engels-Nederlandse zeegerechtshoven, één in Sierre Leone en één in Suriname. Doel daarvan was de verantwoordelijken voor illegale slavenschepen te berechten. De gerechten waren evenwel geen groot succes.⁵⁰

Met de afschaffing van de slavenhandel was de slavernij zelf nog niet afgeschaft in de toenmalige koloniën, laat staan uitgebannen. Dit is voor een belangrijk deel te wijten aan het ontbreken van een afschaffingsbeweging zoals die in Engeland, en in navolging daarvan vanaf 1788 ook in Frankrijk, aanwezig was (geweest). De Nederlandse Maatschappij ter Bevordering van de Afschaffing van de Slavernij telde in haar toptijd niet meer dan 700 leden. De antislavernijbeweging moest vanuit het niets op gang komen, doordat de afschaffing van de handel per Koninklijk Besluit van bovenaf was opgelegd in 1814. Aan de (debat)cultuur in die tijd lag het overigens niet. Over andere kwesties werd namelijk wel degelijk gedebatteerd in de samenleving en kwamen er soms zelfs grote protesten en petitiestromen op gang. In het bijzonder geldt dit voor de Aprilbeweging in 1853, een massale protestbeweging vanuit protestants christelijke hoek tegen het besluit van de paus om in Nederland weer bisdommen in te stellen. Deze beweging zou zelfs leiden tot de val van het toenmalige kabinet Thorbecke.⁵¹ Ook het zogenoemde cultuurstelsel in Nederlands-Indië was – dankzij Multatuli – onderwerp van debat. Van dergelijk debat was echter nauwelijks sprake met betrekking tot de afschaffing van de slavernij. Wel vond er enige discussie over plaats binnen een kleine groep van experts. Zo werd – eveneens in 1853 – een staatscommissie ingesteld onder

⁴⁷ *Stb.* 1848, 79.

⁴⁸ Vgl. P.C. Emmer (2000), p. 189-190.

⁴⁹ Verwijzing ontleend aan P.C. Emmer (2000), p. 192. Gedicht opgenomen in: H. Heine, *Duitsland, een wintersprookje en andere gedichten*, Amsterdam: Athenaeum 2009, p. 636-637.

⁵⁰ Zie P.C. Emmer (2000), p. 193-201.

⁵¹ Zie mijn bijdrage over de Aprilbeweging elders in deze bundel.

voorzitterschap van conservatief oud-minister van Koloniën J.C. Baud,⁵² met de opdracht een plan voor de vrijmaking van de slaven te ontwerpen. Dat plan verscheen in 1855 voor de slaven in Suriname en in 1856 voor slaven 'op de West-Indische eilanden en in de bezittingen ter kust van Guinea.'⁵³ De plannen werden gevolgd door vier opeenvolgende wetsvoorstellen. Het duurde tot 1862 voordat de Staten-Generaal het vierde, door de liberale bewindspersoon J. Loudon ingediende, wetsontwerp tot opheffing van de slavernij in de toenmalige Nederlandse koloniën aanvaardde. De officiële afschaffing van de slavernij vond plaats tijdens het tweede kabinet Thorbecke onder koning Willem III, op 1 juli 1863. Dat werd wel degelijk gevierd, maar het in datzelfde jaar ingediende wetsvoorstel om 'een paleis voor de beide Kamers' der Staten-Generaal op te richten als 'uiting der nationale dankbaarheid voor het in 1813 herwonnen volksbestaan' lijkt minstens zo veel pennen en tongen in beweging te hebben gebracht.⁵⁴ Wrang is echter vooral dat de afschaffing van de slavernij mede mogelijk werd gemaakt door de baten uit voornoemd cultuurstelsel uit Nederlands-Indië. Daarmee werden behalve kanalen gegraven en spoorwegen in Nederland aangelegd, ook de slaven in West-Indië vrijgekocht. Zo gezien heeft in de Nederlandse koloniën de ene vorm van onvrije arbeid de andere afgeschaft.⁵⁵ Overigens kende de afschaffing van de slavernij in 1863 nog een overgangstermijn van tien jaar. Gedurende die periode mochten ex-slaven in 'de West' die op het veld hadden gewerkt, de plantagelandbouw niet verlaten, hoewel ze wel van werkgever konden wisselen en in het vervolg geld voor hun arbeid zouden ontvangen in plaats van loon in natura. In Suriname vond men al snel een goedkoop alternatief om aan arbeidskrachten te komen: voor een summier loon werden Javanen, Hindoestanen en Chinezen geworven als contractarbeider.⁵⁶ Hoewel ook hun vervoer-, ontvangst-, leef- en arbeidsomstandigheden vaak erbarmelijk waren, was van slavenhandel geen sprake meer.

4. Rechtsnormontwikkeling en Straatsburgse jurisprudentie

De afschaffing van de slavernij en slavenhandel stond niet op zich zelf, maar werd ondersteund door de strafbaarstelling van de slavenhandel. Dat gebeurde op 1 september 1886 in het toen nieuw ingevoerde Wetboek van Strafrecht.

⁵² Ingesteld bij Koninklijk Besluit van 29 november 1853, nr. 66.

⁵³ Eerste en Tweede Rapport der Staatscommissie tot het voorstellen van maatregelen ten aanzien van de slaven in de Nederlandse koloniën, 's-Gravenhage: Van Cleef 1855/56. Ter toelichting van de splitsing overweegt de Staatscommissie in haar Tweede rapport o.a. dat zij 'er op (was) voorbereid dat op eilanden, waar de grond over het algemeen dor en het betrekkelijk cijfer der bevolking aanzienlijk is, een andere weg zou moeten worden ingeslagen dan daar, waar een land van zeldzame vruchtbaarheid bijna eene nog onbewoonde wildernis kan worden genoemd'.

⁵⁴ J. Turpijn, *Mannen van gezag. De uitvinding van de Tweede Kamer (1848-1888)*, Amsterdam: Wereldbibliotheek 2008, p. 82-89.

⁵⁵ Vgl. P.C. Emmer (2000), p. 205-206.

⁵⁶ H. Buddingh, *Geschiedenis van Suriname*, Utrecht: Het Spectrum 1999, p. 212-220; P.C. Emmer (2000), p. 221-226. De contractmigratie vond plaats tot 1939; er zijn bijna 33.000 Javanen in Suriname aangevoerd.

Artikel 274 van het huidige Wetboek van Strafrecht (WvSr) stelt nog steeds strafbaar ‘Hij die voor eigen of vreemde rekening slavenhandel drijft of opzettelijk daaraan middellijk of onmiddellijk deelneemt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie.’ Deze bepaling is van kracht sinds de inwerkingtreding van voormeld Wetboek van Strafrecht in 1886, gewijzigd bij wet van 10 maart 1984. Dezelfde herkomst kennen de artikelen 275-277 WvSr die betrekking hebben op verschillende handelingen met betrekking tot slavenschepen.⁵⁷ Het verbod is in essentie ontleend aan de bepaling over slavernij uit voormelde wetten uit 1818 en 1824. Hoewel wordt gehandeld in mensen, in het bijzonder in de sfeer van prostitutie, wordt het artikel tegenwoordig zelden of nooit meer toegepast.⁵⁸ Het nieuwe artikel 273f WvSr is meer toegesneden op de moderne vormen van uitbuiting en mensenhandel, hetgeen overigens niet wegneemt dat de toepassing van het artikel de nodige problemen oproept, zoals hierna zal blijken. De artikelen 275-277 WvSr zijn dode letters geworden.⁵⁹

In de twintigste eeuw kwamen vele regelingen tot stand, lange tijd vooral op het terrein van de slavernij, maar vervolgens steeds meer en gedetailleerder op het terrein van de ‘moderne’ mensenhandel. Voor Nederland trad op 7 januari 1928 in werking het Verdrag van Genève van 25 september 1921 inzake de slavernij⁶⁰ en vervolgens het Aanvullend Protocol inzake de afschaffing van slavernij, de slavenhandel en met slavernij gelijk te stellen instellingen en praktijken.⁶¹ Ondertussen zijn dan de Geneefse Verdragen van na de Tweede Wereldoorlog en het Aanvullend Protocol daarbij in werking getreden. Ook in artikel 4 van de Universele Verklaring voor de rechten van de mens uit 1948 en de daarop volgende mensenrechtenverdragen is het verbod op slavernij en slavenhandel opgenomen: in artikel 8 van het Internationaal Verdrag voor burgerlijke en politieke rechten (IVBPR) en artikel 4 van het EVRM met zoveel woorden, in artikel 6 van het VN-Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen en in artikel 35 van het VN-Verdrag inzake de rechten van het kind zijn de op die verdragen toegesneden vormen van mensenhandel, namelijk vrouwen -en kinderhandel, verankerd in gebodsnormen voor de lidstaten om maatregelen te treffen ter voorkoming ervan. Het VN-Verdrag inzake uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie maakt weliswaar geen expliciete verwijzing naar het verbod van slavernij, maar geeft uiteraard wel uitdrukking aan de morele en juridische afwijzing van een cruciaal element daarvan: racisme. De VN-wereldconferentie tegen racisme in 2001 veroordeelde slavernij als een der misdrijven tegen de menselijkheid, maar legde

⁵⁷ Volgens artikel 286 Sr kan wegens veroordeling ervan tevens ontzetting plaatsvinden van het recht tot het bekleden van ambten of van bepaalde ambten, het dienen bij de gewapende macht of het zijn van raadsman of gerechtelijk bewindvoerder.

⁵⁸ De site www.rechtspraak.nl (selectie van uitspraken sinds 1999) levert geen relevante treffers op (zoektermen: 274, “274 Sr”).

⁵⁹ Zie ook Tekst & Commentaar Strafrecht, Handelingen met betrekking tot slavenschepen bij: Wetboek van Strafrecht, Artikel 275 [Schipper van slavenschip].

⁶⁰ *Trb.* 1928, 26.

⁶¹ *Trb.* 1957, 118.

staten geen juridische verplichting tot compensatie voor slavernij uit het verleden op. Tot slot heeft slavernij een plaats gekregen in de strafbaarstellingen die zijn opgenomen in het Statuut van Rome inzake het Internationaal Strafhof, namelijk als onderdeel van een wijdverbreide of stelselmatige aanval gericht tegen een burgerbevolking, artikelen 6 (genocide) en 7 (misdaden tegen de menselijkheid).⁶²

Bijzondere aandacht verdient artikel 4 EVRM, onder andere omdat dit lange tijd een slapend bestaan heeft gehad, maar sinds 2005 aan de orde is geweest in enkele markante zaken die van groot belang zijn voor de rechtsontwikkeling op dit terrein. Artikel 4 EVRM gebiedt dat niemand in slavernij of dienstbaarheid mag worden gehouden (lid 1) en dat niemand mag worden gedwongen dwangarbeid of verplichte arbeid te verrichten (lid 2). Het derde lid van artikel 4 EVRM somt enkele werkzaamheden op die niet worden aangemerkt als de in lid 2 genoemde dwangarbeid of verplichte arbeid. De definitie opgenomen in artikel 4 EVRM keert terug in enkele specifieke internationale instrumenten ter bestrijding van de mensenhandel. Daarbij is vooral van belang het in 2000 tot stand gekomen VN-Palermo Protocol⁶³ en het in 2005 tot stand gekomen Verdrag van de Raad van Europa inzake bestrijding van mensenhandel.⁶⁴ Het Verdrag van de Raad van Europa neemt het VN-protocol als uitgangspunt, maar is van toepassing op alle vormen van mensenhandel, behalve grensoverschrijdend ook nationaal, en al dan niet verband houdend met de georganiseerde misdaad. Met inachtneming van onder andere vernoemd VN-Protocol en het Verdrag van de Raad van Europa heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in 2010 geconcludeerd dat mensenhandel valt onder de reikwijdte van artikel 4 EVRM.⁶⁵ Het Hof heeft daarmee een nieuwe interpretatie gegeven aan artikel 4 EVRM. Het begrip mensenhandel is weliswaar niet genoemd in artikel 4 EVRM, maar het Hof wijst erop dat het EVRM een levend instrument is en naar hedendaagse opvattingen moet worden uitgelegd en dat mensenhandel ingaat tegen de geest en het doel van artikel 4 EVRM.⁶⁶ Daarmee is mensenhandel een ernstige mensenrechtenschending, namelijk die van een absoluut recht; op grond van artikel 15, lid 2, van het EVRM zijn beperkingen van dat recht onder geen omstandigheden toegestaan, zelfs niet in tijden van oorlog of noodtoestand; het Hof wijst daar nog maar eens fijntjes op.⁶⁷ Een tweede aspect dat nieuw en van groot belang is aan deze uitspraak is dat het Hof een aantal positieve verplichtingen van de lidstaten van de Raad van Europa formuleert met betrekking tot de aanpak van mensenhandel, waarbij het niet alleen gaat om strafbaarstelling, opsporing en vervolging, maar ook om pre-

⁶² Het statuut werd van kracht op 1 juli 2002.

⁶³ Protocol inzake de preventie, bestrijding en bestraffing van mensenhandel, in het bijzonder van vrouwenhandel en kinderhandel, tot aanvulling van het verdrag van de Verenigde Naties tegen grensoverschrijdende georganiseerde misdaad, *Trb.* 2001, 69.

⁶⁴ *Trb.* 2006, 99; *Stb.* 2009, 445.

⁶⁵ EHRM 7 januari 2010, *Rantsev* t. Cyprus en Rusland, uitvoerig geannoteerd - instemmend, hoewel op onderdelen kritisch - in *NTM, NJCM-Bulletin*, 2010, nr.5, p. 510 e.v. (M. Boot-Matthijssen).

⁶⁶ EHRM *Rantsev*, par. 282.

⁶⁷ EHRM *Rantsev*, par. 283.

ventie, bescherming van slachtoffers en internationale samenwerking.⁶⁸ Cyprus noch Rusland had aan deze verplichtingen voldaan in het geval van de 20-jarige Russische *Rantseva* die onder verdachte en onopgehelderde omstandigheden om het leven kwam na een val van het balkon van een appartement in Cyprus, welk land zij was binnen gekomen met een visum om te werken als ‘artiest’ in de variétebranche, een sector die op Cyprus vaak als dekmantel voor prostitutie dient. Dit leidde naar het oordeel van het Hof tot een schending van (onder andere) artikel 4 EVRM door beide landen. Het Hof gaat met deze uitspraak verder dan met zijn uitspraak in de zaak *Siliadin* t. Frankrijk.⁶⁹ Daarin was sprake van een minderjarig en illegaal Togolees meisje dat als huishoudelijke hulp werkte bij een Franse particulier; een echtpaar liet haar jarenlang zonder pauzes, zonder betaling en tegen haar wil werken voor hen, wat haar angst om opgepakt te worden aanwakkerde. Onder deze omstandigheden overwoog het EHRM dat het slachtoffer was onderworpen aan dwangarbeid in de zin van artikel 4 EVRM en dat zij in dienstbaarheid in de zin van dat artikel werd gehouden. Essentieel daarbij is volgens het Hof – aansluiting zoekend bij het genoemde aanvullend Protocol inzake de afschaffing van Slavernij uit 1956 – dat het slachtoffer niet in staat was om haar toestand te veranderen (par.90). Van slavernij was geen sprake, omdat het echtpaar niet in juridische zin het eigendom over het meisje uitoefende, aldus het Hof. Het Hof concludeerde ook hier tot schending van artikel 4 EVRM, maar tot de formulering van een plicht tot preventie kwam het Hof dus nog niet.

Een zaak die grote overeenkomst vertoont met de voorgaande betreft er een over de zussen *C.N. en V.* tegen – eveneens – Frankrijk.⁷⁰ Ook hier oordeelde het EHRM dat er – in het geval van de oudste zus C.N. – sprake was van schending van artikel 4 EVRM. De twee zussen zijn na de burgeroorlog van Burundi naar Frankrijk gekomen. Daar zijn zij gaan inwonen bij hun oom/diplomaat en tante. De zussen waren verplicht om al het huishoudelijk werk te doen en te zorgen voor het gehandicapte kind van hun oom en tante. Zij konden het huis niet verlaten, hadden een vuile kamer zonder faciliteiten en werden regelmatig bedreigd met terugzending naar Burundi als zij klaagden over de situatie. De jongste zus (V.) had iets meer vrijheid: zij ging naar school en mocht na school haar huiswerk maken. Het Hof oordeelt dat in het geval van de oudste zus (C.N.) sprake was van gedwongen arbeid (artikel 4, lid 2 EVRM), omdat zij het werk niet vrijwillig en onder bedreiging van enige straf – de psychische angst die kan worden opgewekt door bedreigingen met terugzending naar Burundi – verrichtte.⁷¹ Het werk had een dusdanige omvang dat de oom en tante, als ze geen gebruik hadden gemaakt van C.N., daarvoor een betaalde kracht hadden moeten inschakelen. Bij C.N. is volgens het Hof bovendien sprake van een gekwalificeerde vorm van dwangarbeid

⁶⁸ EHRM *Rantsev*, par. 285-289.

⁶⁹ EHRM 26 juli 2005, *Siliadin* t. Frankrijk, *EHRC* 2005/103, m.nt. Van der Velde.

⁷⁰ EHRM 11 oktober 2011, *C.N. en V.* t. Frankrijk, *EHRC* 2013/54 m.nt. Barentsen.

⁷¹ EHRM *C.N. en V.*, par. 75-78.

(dienstbaarheid / horigheid, artikel 4, lid 1 EVRM),⁷² nu het voor haar onmogelijk was om haar toestand te veranderen, omdat zij bij stopzetten van het werk in een toestand van illegaliteit dreigde te belanden en die bij gebrek aan opleiding nauwelijks kansen had op betaald werk elders. Ten aanzien van V. achtte het Hof geen sprake van een dergelijke onmogelijkheid. Haar geringere ‘economische arbeidswaarde’ achtte het Hof relevanter dan de slechte leefomstandigheden en de bedreiging met terugsturen die wel degelijk ook haar troffen.⁷³ Net als in het arrest Siliadin, acht het Hof in deze zaak de strafrechtelijke bescherming in Frankrijk tekort schieten. Het arrest is een bevestiging van de eerdere uitspraken. Dat ligt anders bij de uitspraak *M. e.a.* tegen Italië en Bulgarije. Die maakt duidelijk dat mensenhandel niet alleen tegen het licht van art. 4 EVRM moet worden gehouden, maar ook wordt gezien als een onmenselijke en vernederende behandeling in de zin van art. 3 EVRM. Een (positieve) onderzoeksplicht naar mensenhandel vloeit niet alleen voort uit art. 4 – gezien het *Rantsev*-arrest – maar ook uit art. 3 EVRM. In dit geval veroordeelde het Hof Italië voor een schending van art. 3 EVRM vanwege de gebrekkige effectiviteit van het onderzoek door de Italiaanse autoriteiten naar de klacht dat de minderjarige M. herhaaldelijk was geslagen en verkracht in een villa.⁷⁴ De klagers stellen dat zij naar Italië zijn gegaan na een belofte van werk maar dat daar niets van terecht kwam, en dat M. bedreigd werd en gedwongen om mee te doen aan berovingen en seksuele activiteiten toen ze in Italië verbleef. Hoewel deze feiten niet vast zijn komen te staan, kan het Hof niet uitsluiten dat de feiten zoals klagers die naar voren brengen, indien bewezen, mensenhandel hadden kunnen opleveren zoals in internationale verdragen gedefinieerd, “which undoubtedly also amounts to inhuman and degrading treatment under art. 3 of the Convention” (par. 106). Aan een beoordeling van artikel 4 EVRM komt het niet meer toe. In de meest recent EHRM-zaak *C.N.* (een andere dan in de zaak tegen Frankrijk) t. VK betrof het, net als in zaken Siliadin en *M.*, huishoudelijk werk; ook in deze zaak constateerde het Hof een schending van art. 4 EVRM wegens het daarin opgenomen verbod van ‘dienstbaarheid’.⁷⁵

De betekenis van art. 4 EVRM en de uitleg daarvan door het EHRM is ook van belang voor de verbodsnorm in art. 5 EU-Grondrechtenhandvest (EU-GHV). Lid 1 en lid 2 daarvan zijn dezelfde als die van art. 4 EVRM. Volgens art. 52 lid 3 EU-GHV hebben zij dus dezelfde inhoud en reikwijdte als de betreffende norm in EVRM. Art. 5 lid 3 EU-GHV (mensenhandel) vloeit volgens de toelichting bij het EU-GHV direct voort uit de menselijke waardigheid en houdt rekening met recente ontwikkelingen op het gebied van georganiseerde criminaliteit. Bezien moet worden hoe dit onderscheid tussen enerzijds lid 1 en lid 2 en anderzijds art. 5 lid 3 EU-GHV zich verhoudt tot de uitleg van art. 4 EVRM door het EHRM. Nu het EHRM mensenhandel brengt onder de reikwijdte van dat artikel valt men-

⁷² EHRM *C.N.* en *V.*, par. 91-92,

⁷³ Kritisch hierover: B. Barentsen in zijn annotatie bij het arrest in: *EHRC* 2013/54.

⁷⁴ EHRM 12 juli 2012, *M. e.a.* t. Italië en Bulgarije, *EHRC* 2012/221, m.nt. Boot-Matthijssen.

⁷⁵ EHRM13 november 2013, *C.N.* t. Verenigd Koninkrijk, *EHRC* 2013/73, m.nt. Lestrade.

senhandel eveneens onder de reikwijdte van de met art. 4 EVRM overeenstemmende eerste twee leden van art. 5 EU-GHV; art. 5 lid 3 EU-GHV lijkt dan zinledig geworden.

5. Mensenhandel

Hiervoor is al gerefereerd aan de verwantschap tussen slavernij, slavenhandel en mensenhandel. Nationaal hebben de oude en obsoleete strafbepalingen inzake slavernij en slavenhandel in zeker zin plaats gemaakt voor het verbod op mensenhandel in artikel 273f WvSr dat in werking trad in 2005. Uitbuiting en de inbreuk op de persoonlijke vrijheid van het slachtoffer zijn de primaire factoren die de strafwaardigheid van de gedraging bepalen; het misdrijf is dan ook opgenomen in de titel 'Misdrijven tegen de persoonlijke vrijheid'. De verbodsbepaling is grotendeels gebaseerd op de hiervoor genoemde internationale afspraken in VN-, Raad van Europa- en EU-verband.⁷⁶ Zij kent een aanzienlijke verruiming van de gedragingen die als mensenhandel strafbaar zijn. Naast seksuele uitbuiting zijn sindsdien ook andere vormen van uitbuiting strafbaar, namelijk op het terrein van arbeid en diensten en de gedwongen verwijdering van organen. De bepaling gaat terug tot 1911 toen de eerste strafbepaling in Nederland die zag op mensenhandel het licht zag: artikel 250ter (oud) WvSr. Dat had enkel nog betrekking op handel in vrouwen ten behoeve van de prostitutie. In 1927 werd de strafbepaling uitgebreid met handel in minderjarige jongens, waarna in 1994 de seksneutrale term mensenhandel werd geïntroduceerd. In 2000 werd artikel 250ter WvSr vervangen door artikel 250a WvSr – opgenomen in de titel 'Misdrijven tegen de zeden – en werd ook het profiteren van mensenhandel strafbaar. In datzelfde jaar werd ook het algemeen bordeelverbod opgeheven. In 2002 volgde uitbreiding naar uitbuiting in de seksindustrie in brede zin (seksuele handelingen met en voor een derde tegen betaling) – en betrof deze dus niet meer uitsluitend de prostitutie (met een derde).⁷⁷ Paradoxaal genoeg kwam in het laatste decennium dus een tamelijk pragmatische regulering van de prostitutie tot stand en tegelijkertijd een strengere benadering van de mensenhandel.⁷⁸

⁷⁶ In EU-verband is relevant Richtlijn 2011/36/EU van 5 april 2011 inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan, en ter vervanging van Kaderbesluit 2002/629/JBZ, *PbEU* 2011, L 101/1. Zie over de mogelijkheden voor rechtstreekse werking, conforme interpretatie en staatsaansprakelijkheid van deze richtlijn, o.a.: D. Rijken, Doorwerking van richtlijnen in nationaal strafrecht. Consequenties van de richtlijn mensenhandel in de rechtszaal, *Strafblad*, juli 2012, p. 207-215.

⁷⁷ Nationaal Rapporteur Mensenhandel (2012). *Mensenhandel. Jurisprudentie mensenhandelzaken 2009-2012. Een analyse*, zie www.nationaalrapporteur.nl/publicaties/jurisprudentie-mensenhandelzaken, p. 19-20; M. Smit en M. Boot, Het begrip mensenhandel in de Nederlandse context; achtergronden en reikwijdte, *Justitiële Verkenningen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgeverij/WODC 2007.

⁷⁸ Vgl. M. Malsch, Mensenhandel: het verwachte effect van strafverhogingen, *TREMA*, april 2013.

De ontwikkeling van het arsenaal aan juridische documenten betekent niet dat daarmee het fenomeen mensenhandel makkelijk kan worden ingeperkt. Het verschijnsel blijft hardnekkige en moeilijk aan te pakken. De Nationaal Rapporteur Mensenhandel wijst daar voortdurend op in haar jaarlijkse rapporten, laatstelijk in dat van 2012.⁷⁹ Zij wijst er onder op dat ondanks de herhaaldelijk verhoogde strafbedreiging van het delict geen hogere straffen worden opgelegd, en sterker, het aantal vrijspraken in mensenhandelzaken relatief hoog is en zelfs stijgt. Het rapport geeft een aantal valkuilen weer bij de toepassing van het artikel die mogelijk (mede) verklarend zijn voor deze ontwikkeling en veelal te maken hebben met de complexiteit van artikel 273f WvSr.⁸⁰ Voorts draagt het verschillende oplossingen aan voor de problemen die worden geschetst. Onder andere wordt de aanbeveling gedaan tot specialisatie en concentratie binnen de rechterlijke macht, alsook de ontwikkeling van oriëntatiepunten voor de straftoemeting door en voor de rechterlijke macht. Vanuit de rechterlijke macht is positief gereageerd op de wens ttp specialsite en concentratie; sinds 1 januari 2013 oordelen gespecialiseerde rechters en raadsheren in deze zaken.⁸¹ Toch zijn ook wel bedenkingen geuit op onderdelen van het rapport; de NRM zou teveel vertrouwen tonen in de werking van het strafrecht en de strafrechtspraak.⁸² In plaats van strafverhogingen en de aanscherping van OM-richtlijnen voor de straftoemeting zou beter het wetsartikel vereenvoudigd kunnen worden en (nader) onderzoek worden gedaan naar de redenen van de vele vrijspraken. Of een bestuurlijke aanpak zoveel meer vruchten afwerpt is echter maar de vraag.

Andere aanbevelingen tot verbetering van de aanpak van mensenhandel en mensenmokkel zijn gedaan in het kader van de beleidsdoorlichting naar de inzet van de Koninklijke marechaussee (Kmar) bij de bestrijding ervan in de periode 2009-2011. Het doorlichtingsrapport concludeert dat de Kmar in de betreffende periode effectief de mensenhandel en –smokkel is tegengegaan, maar dat de doelmatigheid en doeltreffendheid van de Kmar op dit terrein verder kunnen worden verhoogd.⁸³ Voorgesteld wordt om te bezien of de taken van de Kamer kunnen worden verruimd om zelfstandig mensenhandelonderzoeken in relatie tot het grensverkeer af te handelen, waardoor de opsporing van samenhangende mensenhandel –en smokkelzaken in een hand komen en de door effectiever zouden worden. Andere aanbevelingen sluiten aan bij al ingezette ontwikkelingen bij de Kmar en ‘ketenpartners’ en zien in het bijzonder op de ‘effectievere uitwisseling

⁷⁹ Nationaal Rapporteur Mensenhandel (2012).

⁸⁰ Nationaal Rapporteur Mensenhandel (2012), p. 39-40, 44 e.v., 73, 172. Zie over de achtergrond en de complexiteit van het wetsartikel alsmede de bewijstechnische en materieelrechtelijke moeilijkheden bij de juridische afwikkeling van mensenhandelzaken ook: A. Beijer, Mensenhandel met het oog op seksuele uitbuiting; de interpretatie van artikel 273f Sr, *DD* 2010 (60), p. 986 e.v.

⁸¹ Zie o.a. <http://www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Nieuws/Pages/Nederland-eerste-ter-wereld-met-rechters-gespecialiseerd-in-mensenhandelzaken.aspx>; Trouw, 19 oktober 2012, p. 6 “Ervaren rechters specialiseren zich in mensenhandelzaken.”

⁸² M. Malsch (2012).

⁸³ *Kamerstukken II* 2012/13, 31 516, nr. 3.

van informatie en innovatievere toepassingen in opsporingsmethodieken en informatievergaring'. In dit kader wordt ook een *Profiling, Targetting en Tasking Centrum* opgericht. Duidelijk mag zijn dat dit alles een legitiem doel kent, maar dat de uitwerking en vormgeving van deze maatregelen zullen moeten voldoen aan de proportionaliteit teneinde de eventueel in het geding zijnde grondrechten van derden te respecteren. Voorts zal de internationale samenwerking van de Kmar verder worden geïntensiveerd.

In dit internationale speelveld is het nuttig en nodig te beschikken over data en analyses daarvan. Het EU-Grondrechtenagentschap heeft in zijn jaarprogramma 2013 aangekondigd die te gaan verzamelen en daar in 2013 en 2014 rapporten over uit te brengen.⁸⁴

6. Slotoverwegingen

Het verbod van slavernij, dienstbaarheid en dwangarbeid is helaas nog steeds actueel. De afschaffing van de slavenhandel en slavernij in de negentiende eeuw ten spijt, duikt het fenomeen in vele landen nog steeds, en in vele varianten, de kop op. Als moderne vorm van slavernij wordt wel gezien de mensenhandel. Die komt voor in verschillende economische sectoren; niet alleen in de seksindustrie en het huishoudelijk werk, ook in sectoren zoals horeca en land- en tuinbouw worden mensen uitgebuit.⁸⁵ In een jaarrapport van de Internationale Arbeidsorganisatie (ILO) wordt het aantal slachtoffers wereldwijd geschat op 20,9 miljoen.⁸⁶ De getalsmatigheid hiervan overstijgt zelfs die van de oude slavernij en slavenhandel. Ondanks overeenkomsten, zoals uitbuiting, gebrek aan respect voor de menselijke waardigheid en massaliteit, zijn er echter ook belangrijke verschillen tussen de twee generaties 'slavernij en slavenhandel': het funderende karakter voor wereld-economieën in wording en het intrinsiek racistische karakter ontbreken tegenwoordig. Daarnaast is de 'nieuwe slavernij' niet zozeer gebaseerd op wettelijke erkenning of officieel bezit, maar eerder op andere gronden, zoals contracten, schulden en/of dreigementen; gronden, die overigens soms dicht tegen eigendom aan grenzen. Voorts is ook de betrokkenheid van de staat een geheel andere geworden: van rechtstreeks belanghebbende en uitvoerder in vroegere tijden tot medeverantwoordelijke voor de bestrijding van diverse vormen van 'slavernij' door particulieren heden ten dage.

Ook anderszins is het verbod nog steeds actueel. Dan gaat het meer om de herinnering van en de omgang met ons verleden. Herdenking en (institutionele) erken-

⁸⁴ www.fra.europa.eu

⁸⁵ Zie hierover Nationaal Rapporteur Mensenhandel, *Achtste rapportage mensenhandel*, Den Haag 2010.

⁸⁶ ILO 2012 Global estimate of forced labour Executive Summary, http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_182109/lang--en/index.htm.

ning nemen daarbij een belangrijke en zinvolle plaats in. Sinds paus Johannes Paulus II in 1991 in het voormalige slavendepot Gorée (Senegal) excuses aanbod 'voor de zonden van christelijk Europa tegen Afrika' volgden de spijtbetuigingen over de Atlantische slavernij elkaar op, van Amerikaanse, Europese en Latijns-Amerikaanse regeringsleiders tot de Verenigde Naties en de Europese Unie.⁸⁷ De Nederlandse regering sprak meermalen 'diep berouw' uit en richtte een Nationaal Monument op met een daaraan verbonden Nationaal Instituut Nederlands Slavernijverleden en Erfenis (NiNsee). Provincies (Zeeland) en steden (Amsterdam, Middelburg) volgden. Het slavernijverleden kreeg plaats in de nationale canon. Onderzoek, onderwijs, en museale presentaties van onder andere NiNsee beogen bij te dragen aan de erkenning van het slavernijverleden en de bewustwording, acceptatie en verwerking van het slavernijverleden. Vanwege de 150 jaar-herdenking in 2013 werden behalve de jaarlijkse Nationale herdenking op 1 juli bij het Nationaal Monument en het daarop volgende Keti Koti festival in het Amsterdamse Oosterpark extra activiteiten georganiseerd, behalve door NiNSee onder andere ook door de gemeente Amsterdam en de Stichting Herdenking Slavernij Verleden 2013. Wellicht biedt de feestvreugde tot slot aanleiding om de slavernij en de afschaffing daarvan in 1863 te vermelden in de handboeken staatsrecht, want daarin worden zij maar stiefmoederlijk bedeed.

⁸⁷ G.J. Oostindie (2007), p. 5.

1892

Wet op het Nederlandschap en het ingezetenschap

Dick van den Bosch

In 1892 werd de Nederlandse nationaliteit voor het eerst omvattend geregeld. Deze wet werd pas in 1985 vervangen⁸⁹. Een aantal belangrijke grondslagen van de verwerving en het verlies van de Nederlandse nationaliteit bleven het debat over het nationaliteitsrecht beheersen. Het belang van de beperking van meervoudige nationaliteit was in 1892 een belangrijk argument voor het kiezen van het afstammingsbeginsel als leidend voor de verwerving van nationaliteit. Vaak worstelde de wetgever met de nationaliteit van de ingezetenen van de koloniën en bezittingen over zee en pas bij de Toescheidingsovereenkomsten met Indonesië en Suriname was er sprake van echte gelijke behandeling. Het aantal jaren dat vereist is voor naturalisatie was steeds arbitrair, maar hangt ook samen met de visie op naturalisatie als middel tot ofkroon op de integratie. Het verlies van nationaliteit bij ontrouw aan de staat vond en vindt zijn begrenzing in de uitvoerbaarheid.

1. Inleiding

In dit essay wordt nagegaan welke grondslagen de Nederlandse wetgever koos voor het regelen van de Nederlandse nationaliteit, welke keuzes daarbij werden gemaakt en hoe die keuzes het debat over het nationaliteitsrecht tot op de dag van vandaag beheersen. Om dit binnen het bestek van een artikel te kunnen behandelen is een keuze uit thema's nodig. Gekozen werd voor die thema's die in het politieke debat van heden het meest actueel zijn: de dubbele nationaliteit, de nationaliteit in de koloniën, het aantal jaren dat vereist is voor naturalisatie en het verlies van het Nederlandschap door ontrouw aan het vaderland.

De Grondwettelijke opdracht

Voor het regelen van de Nederlandse nationaliteit beriep de regering zich in 1892 in de eerste plaats op de Grondwet. "Volgens artikel 6 der Grondwet moet de wet verklaren wie Nederlanders en wie ingezetenen zijn en de gevolgen regelen der naturalisatie ten aanzien van de echtgenoot en minderjarige kinderen van de genaturaliseerde". Dat betrof dan de Grondwet zoals die sinds 1887 luidde. De Grondwet van 1848 bepaalde nog slechts in artikel 7, "De wet verklaart wie

⁸⁸ Wet op het Nederlandschap en het ingezetenschap, Wet van 19 december 1892, *Stb.*1892, 268, *inwerking getreden op 1 juli 1893*

⁸⁹ Rijkswet op het Nederlandschap, *Rijkswet van 19 december 1984, Stb., in werking getreden 1 april 1985*

Nederlanders zijn. Een vreemdeling wordt niet dan door de wet genaturaliseerd.” Dat was op zich wel al een mijlpaal⁹⁰, want in artikel 5 bepaalde die Grondwet dat men “om enig burgerschapsrecht te hebben” Nederlander moest zijn. Onder burgerschapsrechten moeten hier vooral verstaan het recht om te stemmen en verkiesbaar te zijn voor publieke functies.

Wie Nederlanders waren zou bij de wet geregeld moeten worden en dat gebeurde voor wat betreft de publiekrechtelijke burgerschapsrechten in 1850⁹¹. Daarvoor was het Nederlanderschap sinds 1838 in het Burgerlijk Wetboek geregeld en daarvoor in de Code civil, maar daarbij ging het slechts om het Nederlanderschap in het civiele verkeer. Het was van belang in afstammingsregels en in het erfrecht en wellicht nog voor andere rechtsverhoudingen, maar niet voor toegang tot openbare ambten. Voor dat laatste gaf de grondwet van 1815 in de artikelen 8, 9 en 10 zelf een regeling.

Al in artikel 4 van de Grondwet van 1815 werd bepaald dat allen die zich op het grondgebied van het Rijk bevinden, hetzij ingezetenen of vreemdelingen, gelijke aanspraak op bescherming van persoon en goederen hebben. Hoe daarmee de toen nog bestaande slavernij zich verhiel is onderwerp van een ander artikel in deze bundel. En ook over de rechten van de inwoners van de koloniën is nog wel iets te zeggen (zie hieronder).

Vanaf 1850 bestonden er dus verschillende begrippen van het Nederlanderschap en dat daar een einde aan moest komen was een belangrijk argument voor het voorstel om tot een wet op het Nederlanderschap en het ingezetenschap te komen. “*Volgens onze eigen wet te gelijk Nederlander te zijn en toch ook een vreemdeling, is in strijd met het wezen der zaak; de staat van Nederlander is een ondeelbaar begrip.*”⁹²

2. Ius soli of ius sanquine

Bij alle regelingen van nationaliteit staat men voor de vraag of het ius soli, dan wel het ius sanquine leidend moet zijn: verwerft men de nationaliteit van een land door geboren te worden op het grondgebied van dat land (ius soli), of door afstamming van iemand die die nationaliteit al heeft (ius sanquine). Staten zijn vrij om daarin een keuze te maken en beide stelsel komen in allerlei varianties in de wereld voor. De meeste staten kiezen daarbij voor het ius sanquine, al dan niet gemengd met ius soli elementen, zoals ook in het huidige Nederlandse nationaliteitsrecht. In de

⁹⁰ Prof. Gerard René de Groot, De geschiedenis van het Nederlandse nationaliteitsrecht in de negentiende eeuw, in: Wordt voor recht gehalten : opstellen ter gelegenheid van vijftienvijftig jaar Werkgroep Limburgse Rechtsgeschiedenis / A.M.J.A.Berkvens en Th.J.van Rensch (red.), p.375-420. ISBN 9071581136.

⁹¹ Wet van 28 juli 1850, Stb. 1850, 44)

⁹² Aldus de MvT, Handelingen der Staten-Generaal, Bijlagen1891-1892, 130

keuze voor het *ius sanguine* is de regering in 1892 resoluut. “*Na aandachtige overweging is het der Regering voorgekomen, dat het laatste (het ius sanguine – DvdB) niet alleen de voorkeur verdient, maar thans alleen mogelijk is. Het is een natuurlijk stelsel, dat , behoudens enkele, meer zeldzaam geworden uitzonderingen, in al de nieuwere wetgevingen is aangenomen*”. Na een verwijzing naar de regelingen in andere Europese landen vervolgt de Memorie van Toelichting:

“Tegen het territoriale stelsel geldt als hoofdbezwaar, dat het in de toepassing aan velen eene dubbele nationaliteit toekent. Bijvoorbeeld thans te onzent in al die gevallen, waarin hier te lande iemand, uit vreemdelingen geboren, een Nederlander is. Deze is tevens een onderdaan van het land waartoe de ouders behooren. Uit die dubbele nationaliteit ontstaan rechtsonzekerheid en moeilijkheid; niet zelden ook rijzen daardoor lastige quaestiën met andere Staten, zonder dat daar enig voordeel tegenover staat. Dat bezwaar klemt in den tegenwoordigen tijd te meer , nu door de gemakkelijker en snellere middelen van gemeenschap en de hierdoor gaadeweg aangroeiende lust en behoefte om zich te verplaatsen en om te emigreeren en te immigrereeren, de gewoonte om in andere landen te vertoeven en zelfs tijdelijk zich te vestigen, op ruime schaal is toegenomen en van jaar tot jaar grotere proportiën aanneemt.”

De regering wijst vervolgens op dit belang in het verkeer met Duitsland. Het is van belang dat de wetgeving zoveel mogelijk gelijk op loopt, ook uit het beginsel van wederkerigheid. Duitsers vestigen zich in Nederland in grote getale. Als een kind uit Nederlanders geboren, ook al gebeurt dat in Duitsland, Nederlander wordt, moet ook een kind dat uit Duitse ouders wordt geboren, ook al gebeurt dat in Nederland, Duitser zijn. Erkend wordt, dat, welk stelsel men ook kiest, er altijd gevallen zullen zijn waarin iemand een dubbele dan wel helemaal geen nationaliteit heeft, maar met het gekozen stelsel zouden zich toch de minste problemen voordoen. De regering zou het liefste zien dat er internationale afspraken worden gemaakt, maar daar lijkt in 1892 nog geen kans op.

Het blijft overigens in het midden welke gevaren de regering vreest. Het blijft bij “rechtsonzekerheid en moeilijkheid”, maar niet wordt duidelijk welke moeilijkheden de regering voor ogen heeft.

Bij het Voorlopig Verslag blijkt ook wel dat sommige Kamerleden zich bewust zijn van andere effecten. Zou immers de keuze voor het *ius sanguine* niet het gevolg kunnen hebben dat hier gevestigde Duitsers en hun kinderen Duitsers blijven, zodat hier “hele koloniën Duitsers” ontstaan? Als de uit hen geboren kinderen Nederlanders zouden worden zou dat niet geval zijn. En het merendeel van de staten mag dan kiezen voor nationaliteit via afstamming, een feit is toch, dat de desbetreffende nationaliteit ook in die gevallen ergens moet beginnen. De Nederlandse nationaliteit, noch enige andere nationaliteit bestaat zonder land

dat die nationaliteit zijn naam geeft of ooit heeft gegeven. Nationaliteit definieert immers de juridische band tussen een individu en een staat. Aan die rechtsverhouding ontleent het individu rechten (verblijf, stemrecht, en plichten (bij dienstplicht) en ook heeft de staat plichten ten opzichte van dat individu (toegang tot bepaalde voorzieningen en diplomatieke bescherming in het buitenland). Weliswaar is het denkbaar het hebben van een nationaliteit af te leiden van het behoren tot een volk. Een volk is een groep mensen die bepaalde zaken gemeenschappelijk hebben en dat kan ook afstemming zijn, godsdienst, een taal of andere culturele kenmerken. Het Oude testament leert ons dat het Joodse volk afstamt van Abraham en dat het één God als zijn hoogste macht beschouwt. Afstamming is dan in onze tijd weer een belangrijk aanknopingspunt voor het verkrijgen van de nationaliteit van de staat Israël. De Nederlandse regering beroept zich in 1892 echter niet op het Bataafsche volk als zij het *ius sanquine* verdedigt, maar gebruikt slechts praktische juridische argumenten, verwijzend naar de gebruikelijke wijze van regelen in andere Europese staten. Het gebruik van een consistent juridisch begrip lijkt op te komen met de vorming van nationale staten.

De Groot⁹³ laat zien dat pas sinds circa 1800 sprake is van een Nederlandse nationaliteit die gebaseerd is op bestendig verblijf hier te lande, dan wel in Holland geboren zijn. Zo zegt de Staatsregeling des Bataafschen Volks 1801 in artikel 24 lid 3:

“Om stemgerechtigd Burger te zijn, wordt vereischt:3) Bestendige inwoning binnen de Republiek, gedurende het laatste jaar voor inboorlingen en gedurende de laatste zes Jaren voor vreemdelingen.”

De belangrijkste aanzet voor regeling van de nationaliteit werd gegeven door Napoleon in de Code Civil, die werd uitgewerkt voor Holland in het Wetboek Napoleon ingericht voor het Koninkrijk Holland (in werking getreden op 1 mei 1809). Dat bepaalde (artikel 9) dat iemand die in Holland uit vreemden geboren als Hollander werd gerekend wanneer hij bij zijn meerderjarigheid in Holland bleef of ging wonen. En in artikel 10, dat Kinderen, uit Hollandse ouders in een vreemd land geboren, ook Hollanders zijn. Een stelsel dat zowel *ius soli* als *ius sanquine* bevat!

Dat geldt ook voor de wet van 1892. De wetgever kiest voor het *ius sanquine*, maar dan wel het *ius sanquine a patre*, verwerving van nationaliteit door afstamming van de vader (behalve als er geen juridische vader is). De wet bepaalt dat Nederlander door geboorte zijn:

- Het wettig, gewettigd of door de vader erkend natuurlijk kind waarvan tijdens de geboorte de vader Nederlander was;

⁹³ Geschiedenis van het Nederlandse nationaliteitsrecht, blz. 378

- Het alleen door de moeder erkende natuurlijke kind waarvan tijdens de geboorte de moeder de staat van Nederlander bezit;
- Het noch door de vader, noch door de moeder erkend natuurlijk kind, in het Rijk geboren of i het Rijk te vondeling gelegd.

Sindsdien zijn er echter steeds mee ius soli elementen aan de regeling van de Nederlandse nationaliteit toegevoegd.

Derde-generatiereg

In 1953⁹⁴ werd bepaald dat het kind van een tijdens de geboorte in Nederland, in Suriname of de Nederlandse Antillen wonende vader of moeder..... die zelf geboren is uit een in het Koninkrijk wonende moeder de Nederlandse nationaliteit bezit. Deze zg “derde-generatiereg” bestaat in essentie ook nu nog in artikel 3 van de Rijkswet op het Nederlanderschap. En de Hoge Raad heeft zelfs de werking van dit artikel uitgebreid naar kinderen die zijn erkend door een alhier wonende vreemdeling die zelf geboren is uit een alhier wonende vader of moeder!⁹⁵ Voor zover hier van belang zegt de Hoge Raad:

“Art. 3 lid 1 (oud) RWN doet het Nederlanderschap toekomen aan het kind dat afstamt van een Nederlander. De verkrijging van het Nederlanderschap krachtens erkenning is verbonden aan de familie-rechtelijke relatie met een Nederlander, met dien verstande dat door de erkenning het Nederlanderschap niet met terugwerkende kracht tot de geboorte wordt verkregen. Art. 3 lid 3 (oud) verbindt van rechtswege het Nederlanderschap aan de hoedanigheid van kind van een ten tijde van zijn geboorte in Nederland, de Nederlandse Antillen of Aruba wonende vader of moeder die zelf geboren is uit een in één van die landen wonende moeder.

Aan deze bepaling ligt ten grondslag de gedachte dat kinderen van de derde generatie een reële band met Nederland hebben en dat voor hen uit een oogpunt van inburgering in de Nederlandse samenleving geen enkel beletsel voor de verkrijging van het Nederlanderschap zal bestaan (vgl. Kamerstukken II 1982-1983, 16 947 (R1181), nr. 7, blz. 8-9)..... Aangenomen moet dan ook worden dat de minderjarige vreemdeling die vóór 1 april 2003 erkend is door een ten tijde van zijn geboorte in Nederland wonende man die zelf geboren is uit een in Nederland, de Nederlandse Antillen of Aruba wonende moeder, Nederlander wordt.”

⁹⁴ Wet van 15 mei 1953, Stb 233, in werking getreden op 27 mei 1853

⁹⁵ Beschikking van 10 juli 2009, 08/02921

Optierechten

Voorts werd er in de Rijkswet op het Nederlandschap van 1985 optierechten ingevoerd. Dat wil zeggen dat degene die aan bepaalde wettelijke voorwaarden voldoet door het te kennen geven van zijn wil het Nederlandschap kan verkrijgen bij de gemeente waar hij hoofdverblijf houdt. Het gaat hier om een tussenvorm tussen van rechtswege verkrijging van het Nederlandschap enerzijds en naturalisatie anderzijds. Een aantal categorieën personen krijgt het recht om langs een eenvoudige procedure het Nederlandschap te verkrijgen door zijn optie te laten bevestigen. Deze optierechten werden onder meer toegekend aan de toegelaten meerderjarige vreemdeling die in Nederland of andere delen van het Koninkrijk is geboren en daar sedert zijn geboorte zijn hoofdverblijf heeft. Hetzelfde recht werd toegekend aan de meerderjarige vreemdeling die hier sinds zijn vierde jaar heeft gewoond en aan het kind dat hier sinds zijn geboorte onafgebroken heeft gewoond en staatloos is.

Bij de behandeling van de wijziging van de Rijkswet op het Nederlandschap van 2008⁹⁶ werd door de PvdA-fractie gevraagd of de regering een wijziging wilde voorstellen, inhoudende dat alle kinderen van wie de ouders een permanente verblijfsvergunning hebben bij geboorte van rechtswege het Nederlandschap verkrijgen. Aannemelijk is, dat dit voorstel was gebaseerd op het voorstel van de Commissie Patijn⁹⁷ die had voorgesteld bovengenoemde regel van de RWN om te draaien, die zin, dat jongeren niet meer zouden moeten wachten op het bereiken van de meerderjarigheid, maar, hier geboren en legaal aanwezig, direct Nederlander zouden worden, zodat zij er direct geheel bij zouden horen. Aanzuigende werking zou men willen voorkomen door de regel niet toe te passen op niet toegelaten vluchtelingen die, terwijl zij in afwachting zijn van de behandeling van hun asielaanvraag een kind krijgen.

Het kabinet wees dit echter van de hand.

“In de eerste plaats bestaat voor deze wijziging geen noodzaak. Kinderen die hier geboren zijn hebben doorgaans al een nationaliteit. Het feit dat zij hier geboren zijn betekent nog niet in alle gevallen dat zij meer verbonden zijn met Nederland dan met het land van herkomst van hun ouders..... Voor het geval van staatloosheid biedt de RWN reeds een voorziening (artikel 6, eerste lid aanhef en onder b). Daarnaast is het voorgestelde ongewenst, omdat er misbruik van zou kunnen worden gemaakt. Mensen zouden zich tijdelijk in Nederland kunnen vestigen, alleen om de Nederlandse nationaliteit voor hun kinderen te verwerven.”⁹⁸

⁹⁶ Nota naar aanleiding van het verslag, Tweede Kamer, vergaderjaar 2008-2009, 31813 (R1873), nr. 6

⁹⁷ Rapport Integratie en immigratie: aan het werk! Blz. 24/25. PvdA 2004

⁹⁸ Nota naar aanleiding van het verslag blz. 3

3. Dubbele nationaliteit

Terwijl het beperken van dubbele nationaliteit voor de regering in 1892 een belangrijk argument was voor de keuze van het *ius sanquine* als grondslag voor het regelen van de Nederlandse nationaliteit heeft juist deze kwestie het debat over het regelen van de Nederlandse nationaliteit beheerst.

Internationale afspraken

De regering meende in 1892 dat het probleem, zoals men dat percipieerde zou kunnen worden opgelost door het maken van internationale afspraken. Bij internationaal verdrag van 1963⁹⁹ zijn hierover inderdaad afspraken gemaakt. De essentie van die afspraken was, dat staten hun nationaliteitsrecht zo zouden inrichten dat men bij vrijwillige aanvaarding van een vreemde nationaliteit de nationaliteit van het land van herkomst in beginsel zou verliezen. De ratio daarvan was dat burgers slechts ten opzichte van één staat rechten en verplichtingen zouden moeten hebben en staten niet in elkaars bevoegdheden ten opzichte van hun burgers zouden moeten treden. Ook regelde het verdrag hoe omgegaan zou moeten worden met militaire verplichtingen (dienstplicht) van burgers met verschillende nationaliteiten. Aanvankelijk werden vele landen partij bij dit verdrag, maar in de loop van de jaren hebben steeds meer landen afgehaakt en zijn nog maar enkele landen partij.¹⁰⁰ Daarvoor zijn verschillende oorzaken te noemen¹⁰¹. In de eerste plaats leidt de toenemende internationalisering ertoe dat het steeds vaker voorkomt dat mensen van verschillende nationaliteiten met elkaar trouwen en kinderen voortbrengen aan wie zij beide nationaliteiten doorgeven, waardoor meervoudige nationaliteit vaak van rechtswege ontstaat. In de tweede plaats is het opgeven van de nationaliteit van het land van herkomst voor burgers soms een te grote barrière voor het aanvragen van een nieuwe nationaliteit omdat zij zich nog verbonden voelen met hun familie in het land van herkomst. In de derde plaats hebben staten soms nationalistische overwegingen om hun burgers die naar elders zijn vertrokken toch hun nationaliteit te laten behouden. In de vierde plaats komen dubbele militaire verplichtingen steeds minder voor omdat niet veel landen meer ene dienstplicht kennen.¹⁰²

Regulering van de dubbele nationaliteit bij naturalisatie

De wet van 1892 bepaalde (in artikel 2) dat Nederlanderschap door naturalisatie wordt verkregen door het inwerkingtreden van de wet waarbij zij verleend wordt.

⁹⁹ Verdrag betreffende beperking van gevallen van meervoudige nationaliteit en betreffende militaire verplichtingen in geval van meervoudige nationaliteit, met Bijlage; Straatsburg, 6 mei 1963

¹⁰⁰ Slechts vijf landen naast Nederland zijn nu nog gebonden; zie daarover Prof mr. G.R. de Groot, *Beperking van meervoudige nationaliteit: een nieuwe afscheidssymphonie?*

¹⁰¹ Daarover ook het Advies van de Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken "Nederlanderschap in een onbegrensde wereld", oktober 2008

¹⁰² Schrijver deze heeft dit eerder uiteengezet in het artikel 'Politieke rationaliteit in het wetgevingsproces', *Regelmaat*, januari 2011

Voor elke naturalisatie was dus een formele wet nodig en dit systeem bleef tot de Rijkswet van 1985 bestaan. Vanaf dat moment wordt naturalisatie bij koninklijk besluit verleend. Bij de naturalisatie in 1892 moest de vreemdeling aantonen dat hij meerderjarig was en gedurende de laatste vijf jaren zijn woonplaats in het Rijk of de koloniën had gehad. Opvallend is, dat niet van hem werd verlangd dat hij afstand deed van de nationaliteit van het land van herkomst. Van hem werd slechts verlangd dat, indien hij als vreemdeling tot een ander land behoorde, hij een bewijs zou kunnen overleggen dat de wetgeving van dat land geen beletsel tegen zijn naturalisatie in Nederland opleverde. Maar “in ieder geval een verklaring te vorderen dat het vroeger staatsverband verbroken is of wordt, zou te ver gaan, omdat de naturalisatie van niet- Nederlanders die niettemin tot geen anderen Staat behoren niet onmogelijk gemaakt moet worden. In vele staten is, evenals bij ons, bepaald dat eerst, door de naturalisatie elders, de nationaliteit verloren gaat.”¹⁰³

De afstandsplicht werd wel opgenomen in de Rijkswet van 1985 als iets dat mede (indirect, als spiegelbeeld van de door het verdrag gevraagde bepaling over het verlies van nationaliteit) voortvloeide uit het verdrag tot beperking van meervoudige nationaliteit en juist die afstandsplicht beheerste lange tijd het debat over de wenselijkheid of onwenselijkheid om meervoudige nationaliteit te beperken.

De Rijkswet op het Nederlanderschap regelt dat Nederlanders die vrijwillig een andere nationaliteit aannemen het Nederlanderschap van rechtswege verliezen. Daarop bestaat een aantal uitzonderingen waaraan in beginsel de uitzonderingen op de verplichting die geldt voor vreemdelingen die in Nederland om naturalisatie verzoeken parallel lopen. Zij moeten in beginsel afstand doen van de vreemde nationaliteit om het Nederlanderschap te krijgen. De belangrijkste uitzondering is dat dit niet geldt als afstand redelijkerwijs niet kan worden verlangd. Dit laatste is onder meer het geval als het land van herkomst afstand van haar nationaliteit niet toelaat. Dit geldt voor 17 landen in de wereld, waaronder Marokko en Argentinië. De andere uitzonderingen waren ingegeven door het Tweede protocol bij het Verdrag¹⁰⁴, dat behoud van de vreemde nationaliteit bij naturalisatie naar een andere nationaliteit onder meer toestond als de vreemdeling gehuwd was met iemand van de nationaliteit van het land waarin men wilde naturaliseren.

Onder het eerste ministerschap van Hirsch Ballin werd de afstandsplicht tijdelijk niet uitgevoerd. Eén van de redenen was de gedachte vooral dat het van belang was dat vreemdelingen die hier al jaren verbleven ook volledig met alle rechten en plichten zouden kunnen meedoen aan het maatschappelijk leven, dat het hebben van de Nederlandse nationaliteit daar een belangrijke voorwaarde voor was en

¹⁰³ Memorie van toelichting, Handelingen der Staten-Generaal 1891-1892, 130, nr.5. blz. 6

¹⁰⁴ Tweede Protocol tot wijziging van het Verdrag betreffende beperking van gevallen van meervoudige nationaliteit en betreffende militaire verplichtingen in geval van meervoudige nationaliteit; Straatsburg, 2 februari 1993

dat het inleveren van de vreemde nationaliteit daarvoor geen belemmering moest vormen. De Staten-Generaal deelde deze opvatting echter niet en een poging om de afstandsplicht door wijziging van de Rijkswet op het Nederlandschap af te schaffen sneuvelde in de Eerste Kamer. De in de rijkswet geregelde afstandsplicht die enige tijd niet was uitgevoerd werd weer ingevoerd.¹⁰⁵

Door Minister Verdonk werd een nieuwe poging gedaan om de afstandsplicht te reguleren.¹⁰⁶ De essentie was dat de uitzonderingen op de plicht tot afstand van de nationaliteit van het land van herkomst bij naturalisatie werden afgeschaft. “Tenzij redelijkerwijs verlangd” werd gehandhaafd, want dat vindt zijn grond in onder meer het Europees Verdrag inzake Nationaliteit en ook zou de uitzondering worden gehandhaafd, voor erkende vluchtelingen, van wie niet kan worden verlangd dat zij contact opnemen met de autoriteiten van het land van herkomst, maar de andere uitzonderingen zouden vervallen. Maar een daartoe ingediend wetsvoorstel haalde de eindstreep niet en werd door het daaropvolgende kabinet ingetrokken.

Belangrijk is nu het verschil in benadering tussen die van Minister Verdonk en die van Hirsch Ballin in zijn eerste kabinetsperiode. Het kwantitatieve effect van de wijzigingen is beperkt en vormt slechts in mindere mate een grond voor wijzigingen. Het verschil van inzicht zit vooral in een verschil van visie op de verlening van het Nederlandschap. Hirsch Ballin zag daarin een middel tot integratie, mw. Verdonk een beloning voor integratie.

Bij de brief waarin Hirsch Ballin intrekking van voorstel 30166 aankondigde gaf hij echter een nieuwe visie op het vraagstuk.¹⁰⁷ Hij nam afstand van het idee dat afstand van nationaliteit van het land van herkomst iets met loyaliteit met Nederland te maken zou hebben en legde de nadruk op de wenselijkheid dat de hoofdregel van de RWN, dat we streven naar één nationaliteit, zou worden nageleefd en de burger een duidelijke rechtspositie zou hebben.

“Het kabinet wil dat elke burger een heldere rechtspositie heeft, in het bijzonder als het om zijn of haar persoonlijke status gaat. Nationaliteit maakt deel uit van persoonlijke identiteit. Zij geeft het recht om in een land te verblijven, daar vrij in rond te reizen, het actieve en passieve kiesrecht uit te oefenen en toegang tot een aantal voorzieningen. Daar staat ook een aantal plichten tegenover, die minder van juridische, maar meer van politiek-maatschappelijke aard zijn. Wetten en regels zijn verbonden met normen en waarden die voor iedereen die zich in Nederland bevindt

¹⁰⁵ geschiedenis beschreven door mr. A. Böcker, prof. Mr. C.A. Groenendijk en mr. B. de Hart, “De toegang tot het Nederlandschap. Effecten van twintig jaar beleidswijzigingen”, in NJB 2005, afl.3, blz 157 e.v.

¹⁰⁶ TK 30 166 (R1795)

¹⁰⁷ TK 30116 (R1795), nr. 25

betekenis hebben. Loyaliteit en verantwoordelijkheid horen daarbij. Burgerschap wordt verwacht van alle Nederlanders.”

Aangekondigd werd dat voor de meerderjarige vreemdelingen die sinds hun vierde jaar hier verbleven en die het Nederlanderschap daarom door optie zouden verkrijgen de plicht tot afstand van de nationaliteit van het land van herkomst zou worden opgelegd. In het daarop volgende wijzigingsvoorstel werd dit motief nader uitgewerkt¹⁰⁸. De afstandsplicht werd daarbij niet als een middel tot integratie, of een blijk van loyaliteit gezien, maar als een juridische bevestiging van een feitelijk bestaande situatie. Van degenen die alhier zijn opgegroeid mag immers worden aangenomen dat zij zelf geen feitelijk juridisch relevante relatie met hun land van herkomst hebben. De afstandsplicht dient dan alleen om te bevestigen wat feitelijk al geldt.

In de parlementaire discussie die volgde voerden alle partijen ongeveer dezelfde bezwaren aan tegen dit voorstel, met verschillende motieven. Partijen ter rechterzijde vonden dat de redenering zou moeten worden doorgetrokken naar andere groepen optanten uit overwegingen van rechtsgelijkheid en dat deze enkele voorziening te weinig effect zou hebben. Partijen ter linkerzijde meenden dat, nu de afstandsplicht niet aan andere optanten werd opgelegd er rechtsongelijkheid zou optreden naar de in het geding zijnde categorie van optanten en de maatregel minder zin had als zij toch niet veel effect had. Tegen het opleggen van de afstandsplicht aan andere categorieën van optanten bestonden echter bezwaren van verdragsrechtelijke aard en de Minister bleef dan ook bij zijn standpunt. Amendementen terzake werden alle verworpen en de wet trad op dit punt conform het voorstel gewijzigd in werking.

4. Het aantal jaren

Bij de wet van 1892 werd voor naturalisatie geëist dat men de laatste vijf jaren zijn woonplaats in het Rijk of de koloniën of bezittingen van het Rijk in andere werelddelen heeft gehad.¹⁰⁹ De wet van 1850 kende nog een termijn van zes jaren, terwijl hierboven reeds is vermeld dat ook de staatsregeling van 1801 de termijn van zes jaren al kende. Voor de onderbouwing beriep de regering zich slechts op het feit dat ook buitenlandse wetten vaak de termijn van vijf jaren aanhouden. Die termijn geldt, behoudens een aantal uitzonderingen, ook in de Rijkswet op het Nederlanderschap. Maar inmiddels heeft Staatssecretaris Teeven een voorstel tot

¹⁰⁸ TK 31813 (R1873), nr. 2, Memorie van Toelichting en de daarop volgende behandeling

¹⁰⁹ In dit essay wordt geabstraheerd van de verkrijging van de nationaliteit door de gehuwde vrouw. Die volgde volgens de wet van 1892 bij verlening en verlies de nationaliteit van haar man. Dit veranderde pas bij de wetswijziging van 1964, terwijl eerst bij de invoering van de Rijkswet op het Nederlanderschap in 1985 werd bepaald dat de Nederlandse nationaliteit door afstamming zowel van de vader als van de moeder wordt doorgegeven.

wijziging van de RWN bij de Tweede Kamer ingediend waarin de hoofdtermijn verlengd wordt naar zeven jaar. Uit de toelichting¹¹⁰ blijkt dat de regering naturalisatie vooral ziet als kroon op de inburgering.

“Termijnen van toelating en hoofdverblijf voorafgaand aan de naturalisatie strekken tot waarborg dat het Nederlandschap kan worden verkregen wanneer redelijkerwijs kan worden aangenomen dat er voldoende tijd is geweest om in de Nederlandse samenleving of een samenleving van één van de andere landen van het Koninkrijk te integreren. Uit het eindrapport Inburgering en participatie, De bijdrage van inburgering aan de participatie van migranten in de Nederlandse samenleving (Bijlage bij Kamerstukken II, 32 824, nr. 34) blijkt dat tijd op verschillende manieren een rol speelt bij participatie. Zo neemt de kans op betaald werk of het volgen van een opleiding toe naarmate er na de vestiging in de Nederlandse samenleving meer tijd verstrijkt (p. 34)..... Elke naturalisatietermijn, ook de huidige termijn van vijf jaar, heeft noodzakelijkerwijs een enigszins arbitrair karakter. Thans is het gevoelen dat een termijn van zeven jaar meer recht doet aan de gedachte dat een meer substantiële periode van verblijf en toelating vooraf dient te gaan aan de verlening van het Nederlandschap. Hiermee blijft het voorstel binnen de grens van tien jaar hoofdverblijf, die gegeven is in artikel 6, derde lid van het Europees Verdrag inzake Nationaliteit (EVN).”

Dat de keuze voor een termijn arbitrair is besefte de wetgever al bij de eerste regelingen inzake het Nederlandschap en ook in 1892 en in 2014. In alle gevallen vond ook reflectie op buitenlandse wetten plaats en werd aansluiting daarop als argument gebruikt.

5. Land en koloniën

Zoals hierboven uiteengezet, verving de wet van 1892 de regeling van de civiele rechten in het Burgerlijk Wetboek en de regeling van de burgerschapsrechten in de wet van 1850. Daarom in een overgangsregeling bepaald dat een ieder die het Nederlandschap volgens een van beide wetten bezat die status behield onder de nieuwe wet. Terwijl de regeling van het Burgerlijk wetboek in het gehele rijk gold, regelde de wet van 1850 echter alleen de burgerschapsrechten in het Europese deel van Nederland. De Kamer vond het echter geen aantrekkelijke gedachte dat door algemene toekenning van het Nederlandschap ook inlanders uit de koloniën een publiek ambt in Nederland zouden kunnen claimen. Daarom werd in de loop van de behandeling de overgangsbepaling aangevuld met een uitzondering voor degenen die in Nederlandsch- Indië als inlanders en daarmee gelijkgesteld werden

110

den beschouwd. De uitzondering gold niet voor de inlanders in de West-Indische bezittingen van het Koninkrijk, want, argumenteerde de regering “In Suriname en Curaçao geldt voor alle ingezetenen, onverschillig of zij van Europeesche of andere herkomst zijn hetzelfde recht”.¹¹¹ Deze Nederlanders konden dus ook door afstamming hun Nederlanderschap doorgeven.

In 1910 werd aan de bevolking van Nederlands vervolgens een eigen status toegekend. Zij werden Nederlands-onderdaan-niet-Nederlandergrondgebied¹¹². Deze status werd in 1927 ook van toepassing verklaard op Suriname en Curacao (zoals de Antillen samen toen heetten).

In 1954 kwam het Statuut tot stand, waarmee het Nederlanderschap tot aangelegenheid van het Koninkrijk werd verklaard. Dat is bepaald in artikel 3, eerste lid onder c van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden.¹¹³ Dat brengt met zich mee dat het Nederlanderschap bij Rijkswet wordt geregeld en dat er niet verschillende soorten Nederlanders binnen het Koninkrijk zijn. Eerst bij de wet van 21 december 1951, Stb. 593 werd, in het spoor van de soevereiniteitsoverdracht van Indonesië, een einde gemaakt aan het tweederangs Nederlanderschap van de inwoners van Indonesië, die tot dan toe op grond van de Wet op het Nederlands onderdaanschap de status van Nederlands onderdaan – niet – Nederlander “genoten”. Bij die wet werd tevens het Nederlanderschap uitgebreid tot de hele nationale bevolking van Suriname en de Nederlandse Antillen. Per 1 oktober 1962 werd de wet op het Nederlands onderdaanschap geheel ingetrokken. Dat was de dag waarop het bestuur over Nieuw-Guinea werd overgedragen aan de Verenigde Naties. Op die datum verloren inwoners van Nieuw-Guinea het Nederlands onderdaanschap.¹¹⁴

*Toescheiding van nationaliteit*¹¹⁵

Wijzigingen in het grondgebied van het Koninkrijk hebben een aantal keren geleid tot voorzieningen in het nationaliteitsrecht. Dat gebeurde met de zogenaamde Toescheidingsovereenkomsten, met Indonesië¹¹⁶, respectievelijk met Suriname¹¹⁷. Deze vormen een zelfstandige grondslag voor de verwerving van de Nederlandse nationaliteit.

¹¹¹ Memorie van Antwoord Eerste Kamer; uiteengezet in De Groot, geschiedenis van het Nederlandse nationaliteitsrecht in de negentiende eeuw, blz.414.

¹¹² Wet op het Nederlands-onderschap-niet-Nederlanderschap van 10 februari 1910, Staatsblad 55

¹¹³ Wet van 28 oktober 1954, inwerking getreden 29 december 1954, laatstelijk gewijzigd bij Stb 2010, 333

¹¹⁴ Prof. Mr. G. R. de Groot, Handboek nieuw nationaliteitsrecht, Kluwer, Deventer 2003

¹¹⁵ Deze alinea's heeft schrijver dezes eerder opgetekend in het essay “Toescheiding van nationaliteit” in de bundel “Het schip van staat”, liber amicorum voor René Mazel, Ministerie van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties, Den Haag 2011

¹¹⁶ Overeenkomst betreffende toescheiding van staatsburgers, opgenomen in de wet van 21 december 1949, Stb. J 570, in werking getreden op 27 december 1949.

¹¹⁷ Trb. 1975, 132; Surinaams Tractatenblad 1981, 1

Het idee achter de toescheidingsovereenkomsten is, dat de nationaliteit werd toegekend aan personen die met het desbetreffende land het nauwst verbonden zijn en dat aan bepaalde groepen een optierecht werd verleend op de nationaliteit van het andere land.

Zo bepaalt artikel 3 van de Toescheidingsovereenkomst met Indonesië, dat meerderjarige Nederlanders de Nederlandse nationaliteit behouden, maar dat zij bevoegd zijn, indien zij in Indonesië zijn geboren of aldaar tenminste zes maanden wonen te verklaren dat zij de Indonesische nationaliteit verkiezen. Artikel 5 bepaalt dan dat de onmiddellijk voor de soevereiniteitsoverdracht meerderjarige uitheemse Nederlandse onderdanen – niet – Nederlanders, die in Indonesië zijn geboren of daar wonen, de Indonesische nationaliteit verkrijgen, maar bevoegd zijn deze te verwerpen. Als zij geen andere nationaliteit dan de Nederlandse hadden herkrepen zij deze vervolgens.

In artikel 3 van de Toescheidingsovereenkomst met Suriname is bepaald dat de Surinaamse nationaliteit wordt verkregen door alle meerderjarige Nederlanders die in Suriname zijn geboren en op het tijdstip van de inwerkingtreding van de overeenkomst in Suriname wonen. Die verliezen dan het Nederlanderschap, want artikel 2 bepaalt dat het verkrijgen van de Surinaamse nationaliteit ingevolge de overeenkomst verlies van het Nederlanderschap tot gevolg heeft en het verkrijgen van het Nederlanderschap het verlies van de Surinaamse nationaliteit. Daarmee wordt de Nederlandse, respectievelijk de Surinaamse nationaliteit dus van rechtswege verkregen. Daarnaast kregen bepaalde groep personen een optie op nationaliteit. Meerderjarige Nederlanders die in Suriname geboren zijn verkregen de Surinaamse nationaliteit als zij de wil daartoe te kennen geven (artikel 5, eerste lid). En dat geldt ook voor bepaalde groepen Nederlanders die ten tijde van het verzoek in Suriname wonen (artikel 5, tweede lid), of op het tijdstip van de inwerkingtreding van de overeenkomst in Suriname wonen en binnen drie jaar de wil daartoe te kennen geven, mits zij op dat moment daar nog wonen (artikel 9).

Dat het verkrijgen en verliezen van het Nederlanderschap op grond van de TOS niet samenvalt met het verkrijgen en verliezen van de Nederlandse nationaliteit volgens de Rijkswet op het Nederlanderschap ondervond de heer B., die in 1952 op de Nederlandse Antillen werd geboren en in 1983 de Surinaamse nationaliteit door optie in gevolge de TOS verkreeg. Hij verzocht de Rechtbank te 's Gravenhage vast te stellen dat hij de Nederlandse nationaliteit had. Hij voerde daartoe aan dat hij op grond van artikel 8 van de TOS tijdig voor de Nederlandse nationaliteit had geopteerd en dat zijn wil bleek uit de reizen die hij naar Curacao en Nederland had gemaakt. De rechtbank beschouwde dit echter niet als voldoende blijk van een daarop gerichte wil en constateerde dat ook het voor de toepassing van dat artikel geëiste publiekrechtelijke dienstverband niet was aangetoond. B. deed echter ook

een beroep op artikel V. tweede lid van de Rijkswet tot wijziging van de RWN¹¹⁸ Dat artikel bepaalt dat degene die zijn Nederlandschap had verloren omdat hij tevens een andere nationaliteit bezit en een ononderbroken periode van 10 jaren in het land van die vreemde nationaliteit had gewoond, zijn Nederlandschap toch niet had verloren als aan hem na 1 januari 1990 een verklaring omtrent het bezit van het Nederlandschap, dan wel een reisdocument in de zin van de Paspoortwet was verstrekt. De rechter liet dit buiten beschouwing omdat B. zijn Nederlandschap had verloren op grond van de TOS en niet op grond van de RWN.¹¹⁹

De nationaliteit van ingezetenen in de koloniën is dus altijd een moeilijk te verteren probleem geweest. De wetgever was zich wel bewust van het belang ervan voor de betrokkenen, maar het idee dat ingezetenen van die koloniën in Nederland een bestuurlijke functie zouden ambiëren bleek toch moeilijk te verteren en pas bij de onafhankelijkheid van de koloniën, respectievelijk hun toetreding tot de koninkrijksstructuur werd volledige gelijkwaardigheid bereikt.

6. Ontrouw aan het vaderland

In artikel 7 van de wet van 1892 werd bepaald dat het Nederlandschap wordt verloren..... door zonder Ons verlof zich te begeven in vreemde krijgs- of staatsdienst. De wet van 1850 verbond dit gevolg zelfs aan het zich begeven in “openbare bedieningen” in den vreemde, maar de regering vond dat nu te onbepaald en te algemeen.

“Alleen vreemde staatsdienst schijnt van dien aard te zijn, dat door daarin te treden het gewettigd is aan te nemen, dat daardoor de nationaliteit wordt verloochend.”¹²⁰

In de verdere behandeling wordt daar verder geen woord aan vuil gemaakt. Kennelijk vond men dit volkomen logisch. Maar de Tweede Wereldoorlog maakte dat velen door de werking van deze bepaling staatloos werden en daarom werd bij wet van 30 juli 1953, Staatsblad 363, bepaald dat sommigen van hen bij ministerieel besluit de Nederlandse nationaliteit terug konden krijgen (TK 51-52, 2127)

Bij de invoering van de Rijkswet op het Nederlandschap werd de bepaling echter geheel geschrapt. De regering vond daartoe aanleiding in het Verdrag van New York¹²¹. Dat liet de deelnemende staten weliswaar de mogelijkheid om iemand de nationaliteit te ontnemen, zelfs als daardoor staatloosheid zou ontstaan, als hij

¹¹⁸ Stb.2000, 618

¹¹⁹ rechtbank 's Gravenhage, beschikking van 1 september 2011, nr. 388997/HA RK 11-129

¹²⁰ Mvt blz. 7

¹²¹ Verdrag van de Verenigde naties tot beperking van staatloosheid, Trb. 1967, 124

op een wijze die onverenigbaar is met zijn trouw aan de staat, in weerwil van een uitdrukkelijk verbod van die staat aan een andere staat diensten heeft verleend of is blijven verlenen, of van een andere staat emolumenten heeft ontvangen of is blijven ontvangen (artikel 8). Maar de regering vond dat te ingewikkeld.

“Het is niet steeds bekend dat een Nederlander in dienst van een andere mogendheid is getreden..... Als de Nederlandse overheid wel op de hoogte is, zal zij ingevolge het verdrag in een vor beroep vatbare beschikking aan de betrokkene moeten meedelen dat hij zijn Nederlandse nationaliteit heeft verloren..... Het zal veelal moeilijk zijn uit te maken of er sprake is van ontrouw. Een redelijke toepassing van de wet zal bovendien met zich mee moeten brengen, dat de overheid betrokkene in de gelegenheid stelt om, door ontslag te nemen uit de dienst van de vreemde mogendheid, zijn situatie ten opzichte van het Nederlandschap te regulariseren. Al met al lijkt het effect van een verbod niet zeer groot, maar het zal wel kunnen leiden tot een belasting van de overheidsadministratie die het verbod moet handhaven..... Slechts in één geval is het duidelijk dat er sprake is van onaanvaardbare ontrouw jegens het vaderland, namelijk wanneer men dienst heeft genomen bij de vijand. Maar juist in die gevallen dat dit tot verlies van Nederlandschap op grote schaal aanleiding heeft gegeven, heeft de wetgever moeten ingrijpen om herstel van het Nederlandschap op eenvoudige wijze mogelijk te maken”¹²²

Blijkens het verslag¹²³ stelde alleen de GPV-fractie daarover kritische vragen, maar die leidden niet tot wijziging van het ontwerp.

Vreemde groeperingen

De behandeling van het voorstel tot wijziging van de Rijkswet op het Nederlandschap met betrekking tot de verkrijging, de verlening en het verlies van het Nederlandschap¹²⁴ was echter voor het lid Verhagen aanleiding om daar verandering in te brengen. Hij diende een amendement in dat zou bepalen dat het Nederlandschap verloren ging van degene die zich in vreemde krijgsmacht begeeft of zich aansluit bij een vreemde groepering die betrokken is in gevechtshandelingen tegen het koninkrijk. Hij beriep zich daarbij op de Kosovocrisis.

“Tijdens die crisis is aan de orde geweest dat voormalige Joegoslaviërs die inmiddels (al dan niet uitsluitend) over de Nederlandse nationaliteit beschikten naar hun voormalige vaderland zouden afreizen met het oogmerk zich te voegen bij de strijdkrachten aldaar... Met dit amendement wordt duidelijk gemaakt dat het zich begeven in vreemde krijgsmacht of het zich aansluiten bij een vreemde groepering

¹²² Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, zitting 1981, 16947 (R 1181), nrs. 3-4, blz. 4

¹²³ Tweede Kamer, zitting 1981, 16947 (R1181), nr.7, blz. 16

¹²⁴ Tweede Kamer, vergaderjaar 1999-2000, 25891 (R1609)

niet verenigbaar is met het bezit van de Nederlandse nationaliteit. Dit geldt op het moment dat de vreemde mogendheid of groepering in gevechtshandelingen betrokken raakt tegen (onder meer) het Koninkrijk.¹²⁵ Met een kleine aanvulling werd het amendement aangenomen en later tot wet verheven.

Schending van essentiële belangen van de staat

De behandeling van de wet tot goedkeuring van het Europees Verdrag¹²⁶ was voor hetzelfde lid Verhagen aanleiding om een motie in te dienen waarin de regering werd verzocht om invulling te geven aan een van de bepalingen van het verdrag, door een wetsvoorstel in te dienen dat verlies van het Nederlanderschap koppelde aan gedrag dat de essentiële belangen van het Koninkrijk ernstig schaadt. De motie was een reactie op een brief van staatssecretaris Cohen¹²⁷ waarin hij reageerde op de vraag te onderzoeken of, en zo ja, op welke wijze Nederlanders die zich aansluiten bij guerilla groepen of paramilitaire strijdkrachten die betrokken zijn bij gevechtshandelingen tegen het Koninkrijk dan wel tegen een bondgenootschap waarvan het Koninkrijk lid is het Nederlanderschap ontnomen kan worden. Na enig onderzoek naar de nationaliteitswetgeving van andere landen concludeerde de Staatssecretaris dat een dergelijke bepaling, althans een die verlies van nationaliteit koppelde aan benadeling van de staat weliswaar mogelijk zou zijn, maar dat in de toepassing dan steeds wel zou verdedigd zou moeten worden dat de essentiële belangen van de staat door betrokkene ernstig zouden worden geschaad; dat is het criterium dat het Europese Verdrag stelt. Aan het bewijs dat dat het geval is zullen hoge eisen moeten worden gesteld en in de praktijk zal het moeilijk zijn dat bewijs te achterhalen. De Belgische en Sloveense autoriteiten, wier wetgeving een vergelijkbare verliesbepaling kent hadden aangegeven dat juist gelet op die hoge eisen ontneming van nationaliteit in de hier bedoelde gevallen vrijwel niet voorkomt. Dezelfde redenering dus, die werd toegepast om in het voorstel van Rijkswet van 1985 geen enkele bepaling over verlies van nationaliteit vanwege vreemde krijgsmacht op te nemen.

Toch deed minister Verdonk in het boven aangehaalde wetsvoorstel 30166 een poging om het criterium van het verdrag in de RWN op te nemen. Zoals gezegd haalde dat wetsvoorstel de eindstreep echter niet. Minister Hirsch Ballin slaagde daar wel in. Een voorstel tot aanvulling van artikel 14 van de RWN werd opgenomen in het voorstel tot wijziging van de Rijkswet op het Nederlanderschap met betrekking tot meervoudige nationaliteit en andere nationaliteitsrechtelijke kwesties.¹²⁸ Met dit voorstel werd het criterium van het Europees Verdrag, “ernstige

¹²⁵ Amendement, Tweede Kamer, vergaderjaar 1999-2000, 25891 (R1609), nr.15

¹²⁶ Goedkering van het op 6 november 1997 te Straatsburg tot stand gekomen Europese Verdrag inzake nationaliteit en voornemen tot opzegging van de op 13 september 1973 te Bern tot stand gekomen Overeenkomst inzake beperking van het aantal gevallen van staatsloosheid, Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 26990 (R1647)

¹²⁷ Brief van 8 september 2000, Tweede Kamer, vergaderjaar 1999-2000, 25891 (R1609), nr 37

¹²⁸ Tweede Kamer, vergaderjaar 2008-2009, 31813 (R1873)

schending van de essentiële belangen van de staat” geheel ingevuld. Uit de toelichting bij het verdrag blijkt dat het moet gaan om misdrijven die tegen de staat zijn gericht en dat met de schending van essentiële belangen bijvoorbeeld wordt bedoeld op hoogverraad. Bepalend is, dat de kern van het staatsbestel wordt geschaad.¹²⁹ De Nederlandse regering rekent daartoe misdrijven tegen de veiligheid van de staat, misdrijven tegen de koninklijke waardigheid, misdrijven tegen hoofden van bevriende staten en andere internationaal beschermde personen, alsmede misdrijven betreffende de uitoefening van staatsplichten en staatsrechten. Uitgezonderd zijn misdrijven die geen geweldsmisdrijven zijn en waarbij geen mogelijkheid bestaat om bij veroordeling de ontzetting uit het actief en passief kiesrecht uit te spreken. Dit laatste legt een rechtsreeks verband met de rechten die uit nationaliteit voortvloeien. In deze bepaling gaat het om een bevoegdheid van de minister om de nationaliteit te ontnemen. Bij het nemen van die beslissing kunnen alle omstandigheden van het geval worden meegewogen. Het gaat dus niet om een verval van nationaliteit van rechtswege, zoals bij het in dienst treden van een vreemde mogendheid die gewikkeld is in gevechtshandelingen tegen het koninkrijk of een van zijn bondgenoten.

Bij de ontneming van nationaliteit legt het Europees verdrag een duidelijke grens bij misdrijven tegen de essentiële belangen van de staat. Gewone misdrijven, hoe ernstig ook, kunnen niet leiden tot ontneming van nationaliteit. En ook kan de nationaliteit niet worden ontnomen als betrokkene daardoor staatloos zou worden. Het voorstel tot aanvulling van de gronden tot ontneming werd, met een kleine wijziging aangenomen en trad in 2010 in werking.

In het regeerakkoord van het kabinet Rutte I werd het voornemen vastgelegd om in meer gevallen tot ontneming van nationaliteit te kunnen komen. Maar, zoals bekend, was dit kabinet geen lang leven beschoren en werd dit voornemen door het kabinet Rutte II niet overgenomen.

Wel werd bij de behandeling van het Dreigingsbeeld terrorisme in de Tweede Kamer een notie aangenomen van het lid Dijkhof¹³⁰ waarin de regering werd opgeroepen een wetsvoorstel in consultatie te laten gaan strekkende in elk geval tot wijziging van artikel van de RWN om te verzekeren dat deelname aan een terroristische organisatie leidt tot verlies van de Nederlandse nationaliteit.

7. Conclusie

De motivatie van de regering in 1890 om voor het *ius sanquine* te kiezen om dubbele nationaliteit tegen te gaan bleef gedurende de afgelopen 120 jaar het debat

¹²⁹ Memorie van toelichting, 31813, nr. 3, blz.7

¹³⁰ Tweede Kamer, vergaderjaar 2012-2013, 29754, nr. 224

over het nationaliteitsrecht beheersen. Het *ius sanguine* is gebleven, maar aangevuld met verschillende *ius soli* elementen. In meer recente debatten over dubbele nationaliteit is een relatie gelegd met de integratie van vreemdelingen en werd naturalisatie nu eens gezien als een middel tot integratie, dan weer als kroon op de integratie. Bij het doen van voorstellen heeft de regering steeds ook gekeken naar de wetgeving van andere landen en daar ook argumenten gezocht. Vaak worstelde de wetgever met de nationaliteit van de ingezetenen van de koloniën en bezittingen over zee en pas bij de Toescheidingsovereenkomsten met Indonesië en Suriname was er sprake van echte gelijke behandeling. Het aantal jaren dat vereist is voor naturalisatie was steeds arbitrair, maar hangt ook samen met de visie op naturalisatie als middel tot of kroon op de integratie. Het verloren gaan van nationaliteit wegens vreemde staatsdienst werd eerst als iets vanzelfsprekends gezien, maar verloor zijn betekenis doordat het in de praktijk nergens toe leidde, totdat het werkelijk werd toegepast en de wetgever reparaties moest uitvoeren. De meest recente ontwikkeling op dit vlak is de wens om veroordeelde terroristen het Nederlanderschap te kunnen afnemen, maar ook de geldende regeling wordt, voor zover bekend, niet of nauwelijks toegepast.

1917

Scharnierpunt van het onderwijsbestel

Joris Groen

In 1917 werd na een lange politieke strijd de schoolstrijd beslist. Nederland kreeg een duaal onderwijsstelsel dat vrijwel uniek is in de wereld. Openbaar levensbeschouwend neutraal en van overheidswege gegeven onderwijs en bijzonder onderwijs naar ieders voorkeur van richting werd vanaf dat moment gelijkwaardig bekostigd en de deugdelijkheid werd 'even afdoende' gewaarborgd. Formeel zijn de kaders van 1917 vrijwel ongewijzigd blijven bestaan. Materieel heeft de betekenis van het duale stelsel in de huidige tijd aan betekenis ingeboet voor een groot deel van het onderwijsveld. Dit wil echter niet zeggen dat het stelsel hierom zou moeten worden herzien. In grote lijnen voldoet het stelsel in de praktijk en wijziging zou eerder tot complicaties leiden dan dat het problemen zou oplossen.

1. Inleiding

Onderwijs is voor een natiestaat van cruciaal belang. Een onderwijsstelsel is noodzakelijk voor het opleiden van een maatschappelijke bestuurlijke elite, het opleiden van een beroepsbevolking en is ook een belangrijke manier om als natiestaat een gemeenschappelijk perspectief te ontwikkelen op de natie, de historie en centrale elementen van publieke moraal, waaronder het cultiveren van 'burgerschap'. Het Koninkrijk der Nederlanden had reeds in de eerste Grondwet de opdracht gesteld dat het onderwijs een aangelegenheid van de staat was. Artikel 140 van de Grondwet van 1814 luidde: Ter bevordering van Godsdienst, als een vaste steun van den Staat en ter uitbreiding van kennis, is het openbaar onderwijs op de hooge, middelbare en lage scholen een aanhoudend voorwerp van de zorge der Regering. De Souvereine Vorst doet van den staat dier scholen jaarlijks aan de Staten Generaal een uitvoerig verslag geven.

Tegelijkertijd is bij de doelstellingen van de staat in het onderwijs een zekere spanning voelbaar. De vanuit de staat wenselijk geachte eenheid van publieke moraal in de vorm van burgerschap kan op gespannen voet komen te staan met de feitelijk gegeven pluriformiteit van morele opvattingen en morele opvoedingen. Of men dit nu beschouwd als een van nature gegeven recht of niet, ouders zijn doorgaans feitelijk belast met de opvoeding van hun kinderen. Zij hebben hier, al dan niet religieus geïnspireerd, ideeën over en willen deze ideeën ook terugzien in het onderwijs. Tot slot kunnen ook docenten en maatschappelijke organisaties hun

bezieling ontlenen aan bepaalde ideeën over opvoeding. Hoe vallen deze verschillende doelstellingen voor onderwijs te verzoenen?

Nederland kent een vrij uniek stelsel van onderwijs, waarin zowel levensbeschouwelijk neutrale als levensbeschouwelijk gekleurde scholen in aanmerking kunnen komen voor volledige overheidsfinanciering. Openbaar onderwijs is van overheidswege gegeven, algemeen toegankelijk, levensbeschouwelijk neutraal. Docenten zijn op gelijke voet benoembaar. De verhoudingen binnen de instellingen worden door het publiekrecht vormgegeven. Bijzonder onderwijs gaat uit van een religieuze of levensbeschouwelijke richting, mag in zekere mate een selectiebeleid voeren voor leraren en leerlingen. De verhoudingen binnen de instellingen worden door het privaatrecht vormgegeven. Beide vormen van onderwijs worden publiekelijk bekostigd. De eisen van deugdelijkheid, die gesteld worden aan het bijzonder onderwijs, dienen de kwaliteit van het bijzonder onderwijs even afdoende te waarborgen. Dit stelsel wordt wel het duale stelsel genoemd.

Centrale vraagstelling in deze bijdrage is: Op welke wijze is het duale onderwijsstelsel tot stand gekomen, in hoeverre worden huidige verhoudingen in het onderwijs hier nog door bepaald en in hoeverre valt te verwachten dat het duale stelsel ook in de toekomst zal voldoen? Ter beantwoording van deze meerledige onderzoeksvraag wordt de voorgeschiedenis van deze wijziging belicht, een episode die bekend staat als de 'schoolstrijd'. Vervolgens wordt ingegaan op de totstandkoming van de grondwetwijziging, die leidde tot de 'pacificatie' van de schoolstrijd. Daarna op de vraag in hoeverre het huidige onderwijsbestel nog gekenmerkt wordt door deze tweedeling. En tenslotte wordt besproken wat de toekomst van het stelsel in een ontzuilde en gesecculariseerde samenleving zou kunnen zijn.

2. De lange aanloop naar 1917

Nederland als protestantse natie?

De ontstaansgeschiedenis van Nederland als zelfstandige natiestaat is onlosmakelijk verbonden met de religieuze reformatie en de daarop volgende opstand tegen het Spaanse gezag. In de Republiek der zeven verenigde Nederlanden was er wel een minimale vorm van godsdienstvrijheid in de vorm van gewetensvrijheid, maar tegelijkertijd kwam aan de hervormde kerk een geprivilegieerde plaats toe. De Republiek was, in ieder geval in naam, een confessionele protestantse natie.¹³¹ Het onderwijs was in de republiek niet volledig centraal georganiseerd, maar was een lappendeken van initiatieven van de verschillende staten en particulier initiatief. In het onderwijs werd nadrukkelijk gestreefd naar religieus dogmatisch

¹³¹ Nederlandse religiegeschiedenis Joris van Eijnatten, Frederik Angenietus van Lieburg, Uitgeverij Verloren 2006, p. 169 e.v.

onderwijs.¹³² Het schoolreglement van de Generaliteitslanden van 1655 bevatte bijvoorbeeld tal van verwijzingen naar de in de Republiek dominante gereformeerde religie, en vijandige verwijzingen naar de ‘paapse’ godsdienst.¹³³

Na de Franse bezetting werd de zorg voor onderwijs een taak van de gecentraliseerde staat. Dit kwam onder andere tot uitdrukking in de tekst van de Grondwet, die het onderwijs zag als een ‘voorwerp van aanhoudende zorg’. Deze tekst is nog steeds een element van de huidige grondwetstekst. De intieme relatie tussen de hervormde kerk en de natiestaat werd voortgezet in de vroege negentiende eeuw.¹³⁴

In de aanloop naar de negentiende eeuw verschoven echter onder invloed van de Verlichting de dominante opvattingen over religie. In de Verlichting was er enerzijds een sterke kritiek op alle dogmatische leerstellingen van het geloof,¹³⁵ maar anderzijds wel een sterk geloof in de functionaliteit van religie in de samenleving. Zo leverde David Hume vanuit kentheoretisch perspectief kritiek op het aangaan van het bestaan van wonderen.¹³⁶ Hegel typeert in de vroege Romantiek (1807) de Verlichting als ‘die Kampf mit dem Aberglauben’, de strijd tegen het bijgeloof.¹³⁷ Op allerlei overgeleverde dogmatische leerstellingen werd vanuit rationalistische of empiristische hoek kritiek geleverd.

We moeten voorzichtig zijn met het aannemen van sterke causale verbanden tussen de ideeën van de Verlichting en maatschappelijke ontwikkelingen in de vroege negentiende eeuw. Desalniettemin zijn er duidelijke invloeden van de Verlichting aan te wijzen in de constitutionele ontwikkeling van Nederland, onder andere op het gebied van omgang met religie.¹³⁸ Zo luidde artikel 8 van de Bataafse Staatsregeling van 1798: De eerbiedige erkenning van een Albestuurend Opperwezen versterkt de banden der maatschappij, en blijft iederen Burger ten duursten aanbevolen.

De term ‘Albestuurend Opperwezen’ laat al zien dat het hier gaat om een sterk generationaliseerde opvatting van een godheid. Het gaat hier niet om een historisch geopenbaarde god van een bepaalde religie, maar een theoretisch abstracte gods-

¹³² Dogmatisch heeft soms een negatieve bijklank in de zin van ‘bekrompen’. Ik gebruik het woord hier als synoniem voor ‘leerstellig’.

¹³³ NB: het ging hier om het onderwijs in de overwegend katholieke zuidelijke gebieden van de Republiek. De tekst is online te vinden op http://de-wit.net/bronnen/histo/schoolreglement_generaliteit_1655.htm

¹³⁴ http://www.annemariehoukes.nl/documents/christelijke_vaderlanders.pdf, p. 15 e.v.

¹³⁵ G. Dierickx, *De buitenkant van de religie*, p. 39 e.v.

¹³⁶ D. Hume, *An Enquiry concerning Human Understanding* (Section 10). Het boek is vrij verkrijgbaar op <http://www.gutenberg.org/ebooks/9662>.

¹³⁷ Hegel, *Phänomenologie des Geistes*, Herausgegeben von Georg Lasson, Dritte auflage, Leipzig 1923, p. 383 e.v.

¹³⁸ Zie ook Nederlandse religiegeschiedenis Joris van Eijnatten, *Frederik Angenietus van Lieburg*, Uitgeverij Verloren 2006, p. 241.

opvatting. Het element ‘versterkt de banden der maatschappij’ laat zien dat men een zekere instrumentele verwachting had van religie, die het rechtvaardigde om in de constitutie een oproep op te nemen. Er was bij de gezagdragers van het jonge Koninkrijk sprake van een dominantie van de opvatting van een instrumentele verhouding tussen kerk en staat, waarbij de het bevorderen van de staatsgodsdienst werd gezien als een verlengde van het scheppen van een eenheidsstaat, en omgekeerd, de staat als een hoeder van de ware kerk. De kerk diende ‘staatsgezind’ te zijn, en de staat had vergaande bemoeienis met de interne organisatie van de kerk.¹³⁹

De godsdienst die werd bevorderd kreeg de inhoud van een grootst gemene deler. Het was een ‘burgerlijk christendom’, ontdaan van de dogmatische stellingnames, teneinde een zo groot mogelijk draagvlak te creëren onder de burgers met uiteenlopende godsdienstige opvattingen. Deze verhouding tussen kerk en staat kwam bij uitstek tot uitdrukking in het onderwijs. In de wet van 1806 was de verplichting opgelegd aan het openbaar onderwijs dat het zou opvoeden ‘tot alle Maatschappelijke en Christelijke deugden.’ Dit waren geen leerstellig Christelijke deugden, maar deugden van een ‘burgerlijk Christendom.’ Er was geen vrijheid om een nieuwe school op te richten. Hiervoor was een vergunning van de gemeente verplicht.¹⁴⁰ Omdat de meeste overheidsfunctionarissen deze Verlichte vorm van christendom voorstonden, was het lastig om een school op te richten met een meer leerstellig dogmatische richting.¹⁴¹

In de loop van de eerste helft van de negentiende eeuw verwaterde de steun voor het ophouden van een algemene christelijke karakter van de staat. Voor het katholieke volksdeel in het zuiden was het toch enigszins protestants georiënteerde onderwijs altijd een bron van spanning geweest. Daarnaast wonnen liberale gedachten aan terrein dat de overheid zelf geen voorkeur diende te hebben inzake godsdienstige kwesties. Tot slot was voor de meer orthodoxe stromingen het ‘verlichte Christendom’ dat werd onderwezen niet leerstellig genoeg. Het was in de woorden van de bekende eerste grote voorvechter van bijzonder leerstellig christelijk onderwijs, Groen van Prinsterer, ‘vles noch vis.’¹⁴²

De grondwetswijziging van 1848

Zoals voor zoveel staatsrechtelijke onderwerpen vormt de grondwetswijziging van 1848 een belangrijk markeringspunt. Bij de grondwetswijziging van 1848 werd voor de eerste maal de vrijheid van onderwijs in de Grondwet neergelegd. Naast

¹³⁹ De kerk kreeg onder andere tot taak mee de ‘aankweeking van liefde voor de Koning en vaderland’, zie het reeds geciteerde werk van Houkes. Willem I had een bijzondere bemoeienis met de interne organisatie van de Hervormde Kerk.

¹⁴⁰ Artikel 12 van de wet van 1806.

¹⁴¹ Drop, *Algemene inleiding onderwijsrecht*, Zwolle, 1985.

¹⁴² <http://forumc.digibron.nl/artikel?uid=00000000013098fc5b7422678a28feaa&docid=686>

de zorg van de regering en de verslaglegging van het onderwijs werden drie leden opgenomen:

2. De inrigting van het openbaar onderwijs wordt, met eerbiediging van ieders godsdienstige begrippen, door de wet geregeld.
3. Er wordt overal in het Rijk van overheidswege voldoende openbaar lager onderwijs gegeven.
4. Het geven van onderwijs is vrij, behoudens het toezigt der overheid, en bovendien, voor zoover het middelbaar en lager onderwijs betreft, behoudens het onderzoek naar de bekwaamheid en zedelijkheid des onderwijzers; het een en ander door de wet te regelen.

Het tweede lid ziet op de neutraliteit van het openbaar onderwijs. Er werd geen levensbeschouwelijke overtuiging ingenomen. De regeling bij wet garandeerde de betrokkenheid van de Kamers bij de vormgeving van het openbaar onderwijs. Het derde lid ziet op de alomtegenwoordigheid van het openbaar onderwijs. Van overheidswege werd voorzien in 'voldoend' openbaar onderwijs. Wat voldoende was, hing af van de concrete behoefte in een bepaald gebied. Het vierde lid bevat de vrijheid van onderwijs, en enkele beperkingen aan deze vrijheid. De twee beperkingen zijn het toezicht van de overheid en het onderzoek naar de bekwaamheid en zedelijkheid van de onderwijzers. Beide elementen dienden in de wet te worden uitgewerkt.

Thorbecke richtte zich in de parlementaire verdediging van de regering vooral op het "droit d' appendre", het recht om onderwijs te geven als onderdeel van de vrije beroepskeuze. Concurrentie zou bevorderend zijn voor de kwaliteit van het onderwijs. De Kamer drong echter aan op een "droit d' enseigner", een recht om onderwijs te ontvangen in de geloofsrichting van de eigen voorkeur.¹⁴³ Beide elementen worden geacht onder de vrijheid van onderwijs te vallen. De plicht om een vergunning te hebben voor de oprichting van een school verviel in de uitwerking van de grondwetwijziging in de Lager-Onderwijswet van 1857.¹⁴⁴ Hiermee werden de formele belemmeringen om scholen van een levensbeschouwelijke richting te stichten opgeheven.

Grondwetwijziging van 1887 en de wet van 1889

Het bijzonder onderwijs werd voor eigen kosten opgericht en in stand gehouden, een kostbare aangelegenheid, hetgeen de kwaliteit van het onderwijs voor de kinderen van minder kapitaalkrachtige ouders niet ten goede zal zijn gekomen. De Grondwet van 1848 ging uit van vrijheid van onderwijs, met een minimale invulling van de verantwoordelijkheid van de overheid voor de kwaliteit, in de vorm van onderzoek naar de bekwaamheid en zedelijkheid van de onderwijzers en het toezicht. Vanuit de primair civielrechtelijke voorstelling van vrij onderwijs

¹⁴³ Vermeulen, Mentink, Constitutioneel onderwijsrecht, Reed Business 2007.

¹⁴⁴ Drop, p. 180.

als contract tussen docent en ouders/leerling was geen grond voor het stellen van hoge publieke eisen aan het gegeven onderwijs.

In de tweede helft van de negentiende eeuw gaat de staat zich in toenemende mate bemoeien met het maatschappelijk leven. Ook leidde de toenemende industrialisatie tot een sterkere vraag naar geschoolde arbeid. Met de toename van het belang van de staat bij onderwijs kwam ook de roep om strengere kwaliteitseisen op. Wanneer de gestelde eisen worden verhoogd, betekent dit echter ook een toename van kosten. De verhoging van de eisen die werden gesteld aan het onderwijs in 1878, die voor het openbaar onderwijs leidde tot meer financiering, leidde dan ook tot een versterking van de roep om subsidiëring van het bijzonder onderwijs.¹⁴⁵

Door deze ontwikkelingen verloor de in eerste instantie formeel vormgegeven onderwijsvrijheid aan betekenis, omdat ze materieel steeds moeizamer gerealiseerd kon worden. Er waren dan wel geen wettelijke belemmeringen voor de oprichting en instandhouding van een bijzondere school, maar het verzamelen van het daarvoor benodigde kapitaal werd in toenemende mate een probleem. Daar kwam bij dat degenen die hun kinderen naar een bijzondere school stuurden een eigen bijdrage betaalden voor het bijzonder onderwijs, en tegelijkertijd via de algemene belastingheffingen meebetaalden aan het in stand houden van openbaar onderwijs, terwijl zij hier geen gebruik van maakten.

In 1887 nam de discussie over de subsidiëring een verrassende wending. Tegen een dreigende verwerping van de gehele grondwetsherziening door de confessionele zijde van de Eerste Kamer werd door Minister Heemskerk overwogen dat de tekst van het bestaande grondwetsartikel zich niet verzette tegen subsidiëring van het bijzonder onderwijs. Hiermee werd, zonder dat een letter aan de tekst veranderde een wezenlijk andere interpretatie aan het onderwijsartikel gegeven. In 1889 mondde dit uit in een wetswijziging van minister Mackay, waarin de basis werd gelegd voor de financiering van bijzonder lager onderwijs. Een heikel punt bij deze wijziging waren de deugdelijkheidseisen die de overheid zou kunnen stellen ter verantwoording van de besteding van publieke middelen.¹⁴⁶ Enerzijds werd de deugdelijkheid van het bijzonder onderwijs met het toenemen van subsidiëring in toenemende mate een publiek belang. Bij uitbreiding van subsidiëring hoorde ook een sterkere verantwoording van besteding van publieke middelen. Anderzijds vergde het bijzondere karakter van het bijzonder onderwijs een zekere terughoudendheid ten aanzien van het stellen van eisen aan het gegeven onderwijs. De vrijheid van onderwijs zou betekenisloos worden wanneer zij via de weg van voorwaarden aan besteding van publieke middelen uitgehold zou worden.

¹⁴⁵ Drop, p. 161, Den Hartog, p. 262.

¹⁴⁶ Mentink, De kwaliteitsnormerende functie van deugdelijkheidseisen, waarborg voor goed onderwijs, Onderwijsraad, Den Haag, 2012.

Deze kwestie werd opgelost door enkele, voornamelijk op uiterlijke kenmerken gerichte subsidievoorwaarden op te nemen over het aantal lessen en het verplichte vakkenpakket.¹⁴⁷ Daarmee werd in ieder geval gegarandeerd dat er verantwoording plaatsvond over de rechtmatigheid van de besteding van publieke gelden, en het bijzonder onderwijs kon worden ondersteund met publieke middelen. Hiermee werd al een belangrijke stap gezet naar pacificatie.

Ook de erkenning van diploma's van bijzondere hogescholen in de hoger onderwijswet van 1905 versterkte de positie van het bijzonder onderwijs.¹⁴⁸ In 1909 werd de mogelijkheid van subsidiering van bijzonder middelbaar onderwijs geopend. De ongelijkheid in rechtspositie en in subsidiering bleef echter bestaan, en het stelsel bleef uitgaan van het primaat van het openbaar onderwijs. De geharnaste houding van de opgekomen politieke partijen ten aanzien van 'de onderwijskwestie' leidde er daarenboven toe dat de kwestie behalve een praktische en maatschappelijke ook een (onevenredig) grote invloed had in het bepalen van de politieke agenda.

Onder het kabinet Heemskerk werd tot het oplossen van de kwestie de staatscommissie Heemskerk (1910-1912) ingesteld. Deze commissie, bestaande uit bijna alle partijleiders kreeg de opdracht te adviseren over de uitbreiding van het kiesrecht en over het onderwijsartikel. Vanuit confessionele hoek verlangde met name Kuyper dat het bijzonder onderwijs regel zou worden, en het openbaar onderwijs slechts aanvullend zou worden ingezet, wanneer er geen bijzonder onderwijs voor handen was.¹⁴⁹ Dit zou echter mede kunnen betekenen dat er in sommige gevallen geen openbaar onderwijs toegankelijk zou zijn voor diegenen die zich niet zouden kunnen vinden in het beschikbare bijzondere onderwijs. Kuyper nam hiermee een extreme opvatting in, die niet gedeeld werd door andere confessionelen, zoals De Savornin Lohman en Nolens. Dit leek perspectieven te bieden om tot een oplossing te komen. Desalniettemin kon men in de commissie niet tot een eensluidend advies komen. Een voorstel in de lijn van Kuyper werd door een confessionele meerderheid aanvaard, de minderheid stelde een grondwetsvoorstel op waarbij ongelijke subsidiering niet principieel werd uitgesloten.

De behoefte aan gelijkberechting, de erkenning van de volwaardigheid van het bijzonder onderwijs, en financiële gelijkstelling bleef hierdoor bestaan, en zou pas in 1917 opgelost worden.

¹⁴⁷ Idem.

¹⁴⁸ De Ru, *De strijd voor het hoger onderwijs tijdens het ministerie - Kuyper, Kok, 1953*

¹⁴⁹ Den Hertog, p. 268.

3. De pacificatie onder Cort van der Linden en de Commissie Bos

De totstandkoming van het onderwijsartikel zou uiteindelijk de geschiedenis in gaan als ‘de onderwijspacificatie’.

Aan de vooravond van de pacificatie was er sprake van een gemengd stelsel. Openbaar onderwijs was het dominante onderwijs. Scholen met een levensbeschouwelijke richting konden vrij worden opgericht, en onder voorwaarden in aanmerking komen voor gedeeltelijke subsidiering. Politiek gezien raakte de discussie, juist vanwege de lange duur van de schoolstrijd, aan ‘oud zeer’, waardoor de bereidheid om concessies te doen beperkt was. Elke concessie zou af doen aan het eigen gelijk, waar zo lang voor gestreden was.

In 1913 werd een nieuwe poging ondernomen, door de staatscommissie Bos, ingesteld onder het kabinet Cort van der Linden. De teleurstellende uitkomst van de staatscommissie Heemskerk maakte dat niet iedereen bij het instellen van de Commissie Bos even optimistisch gestemd zal zijn geweest over de mogelijkheden om de schoolstrijd te beslechten. De opdracht van de commissie was ‘a. wettelijke voorschriften te ontwerpen ten aanzien van de voorziening in op de kosten van het openbaar en bijzonder onderwijs, waardoor de deugdelijkheid en de krachtige vooruitgang van het onderwijs der jeugd wordt verzekerd, onder behoud van de opvoedkundige zelfstandigheid van het bijzonder onderwijs’ en ‘b. zoo noodig eene redactie te ontwerpen van art 192 der Grondwet, welke met deze voorschriften niet in strijd is’.

De commissie bestond uit zeven fractievoorzitters en zeven onderwijsspecialisten uit de Tweede Kamer, en kwam in 1916 met een ontwerp tekst voor een nieuwe Grondwetsbepaling, en een bijbehorende toelichting. Nieuwe elementen in de bepaling waren:

- In elke gemeente wordt van overheidswege voldoende openbaar algemeen vormend lager onderwijs gegeven in een genoegzaam aantal openbare scholen. Volgens bij de wet te stellen regels kan afwijking van deze bepaling worden toegelaten, mits tot het ontvangen van zodanig onderwijs gelegenheid wordt gegeven.
- De eisen van deugdelijkheid, aan het geheel of ten dele uit de openbare kas te bekostigen onderwijs te stellen, worden bij de wet geregeld, met inachtneming, voor zover het bijzonder onderwijs betreft, van de vrijheid van richting
- Het bijzonder algemeen vormend lager onderwijs, dat aan de bij de wet te stellen voorwaarden voldoet, wordt naar dezelfde maatstaf als het openbaar onderwijs uit de openbare kas bekostigd. De wet stelt de voorwaarden vast, waarop voor het bijzonder algemeen vormend middelbaar en voorbereidend hoger onderwijs bijdragen uit de openbare kas worden verleend.

De regering nam het voorstel van de commissie integraal over.¹⁵⁰ Het voorstel werd tezamen met de grondwetsherziening tot invoering van het algemeen kiesrecht behandeld. In de Kamer was men in eerste instantie niet onverdeeld enthousiast over het voorstel. Van de zijde van enkele voorstanders van het openbaar onderwijs was de kritiek dat het voorstel een verzwakking betekende van het openbaar onderwijs, en dat de deugdelijkheid van het bijzonder onderwijs onvoldoende gewaarborgd kon worden.¹⁵¹ Van de zijde van de enkele voorstanders van het bijzonder onderwijs, met name de ARP, werd het voorstel onvoldoende bevonden omdat het niet uitging van het primaat van het bijzonder onderwijs.

In de mondelinge behandeling ging de aandacht met name uit naar de alomtegenwoordigheid van het openbaar onderwijs en de deugdelijkheidseisen. Op het laatste punt dreigde een patstelling over de tekst van het Grondwetsartikel. Het vijfde lid luidde: De eisen van deugdelijkheid, aan het geheel of ten dele uit de openbare kas te bekostigen onderwijs te stellen, worden bij de wet geregeld, met inachtneming, voor zover het bijzonder onderwijs betreft, van de vrijheid van richting. De angst bij de Tweede Kamer was dat met deze redactie de wetgever te veel ruimte had om aan dit artikel een invulling te geven en, afhankelijk van de meerderheden in het parlement, enerzijds de onderwijsvrijheid in de kern zou kunnen aantasten, of anderzijds zo veel vrijheid laten dat de deugdelijkheid van het bijzonder onderwijs onvoldoende gewaarborgd zou zijn.

Op initiatief van het Kamerlid Nolen kwam de regering met een nieuw zesde lid, om nadere invulling te geven aan het vijfde lid. Het voorgestelde lid luidde, na enige redactionele aanpassingen van de zijde van het parlement: “Deze eisen worden voor het algemeen vormend lager onderwijs zodanig geregeld, dat de deugdelijkheid van het geheel uit de openbare kas bekostigd bijzonder onderwijs en van het openbaar onderwijs even afdoende wordt gewaarborgd. Bij die regeling wordt met name de vrijheid van het bijzonder onderwijs betreffende de keuze der leermiddelen en de aanstelling der onderwijzers geëerbiedigd.”

Hiermee werd de mogelijkheid voor de wetgever om te komen met lagere deugdelijkheidseisen voor het bijzonder onderwijs dan voor het openbaar onderwijs volledig afgesneden, en werd een belangrijke waarborg opgenomen om de kern van de inrichtingsvrijheid te beschermen tegen het stellen van deugdelijkheidseisen ten aanzien van de leermiddelen en aanstelling van docenten. Met het nieuwe lid werd de discussie beslecht: de Tweede Kamer kon in grote meerderheid instemmen met het Grondwetsartikel, en ook de behandeling in de Eerste Kamer verliep vervolgens redelijk probleemloos.

¹⁵⁰ D.Mentink, Artikel 23 van de Grondwet: de vrijheid van richting en de dragers van de vrijheid van onderwijs, onderwijsjuridisch preadvies in opdracht van de Onderwijsraad, 30 december 1995, p. 28 e.v.

¹⁵¹ Idem.

Het onderwijsstelsel was niet voltooid met de Grondwetsherziening. Sterker nog, veel van de praktische invulling diende nog tot stand te komen in de eerstkomende wet voor het lager onderwijs, die in 1920 tot stand kwam. En hoewel de schoolstrijd zich primair gericht had op het lager onderwijs, kwam in toenemende mate ook de vraag naar bekostiging van het secundair en tertiair bijzonder onderwijs op. Deze vormen van onderwijs wonnen maatschappelijk gezien aan belang. Voor het middelbaar onderwijs zou het echter nog tot 1956 duren voordat er sprake was van gelijke bekostiging. Ook het in het universitair onderwijs bleek het steeds lastiger om via particuliere gelden de instellingen in stand te houden. Voor het hoger onderwijs werd gelijke bekostiging in 1970 een feit.¹⁵² Hoewel het onderwijsartikel ten aanzien van de financiële gelijkstelling geschreven was met het oog op het primair onderwijs, is het artikel in de loop van de twintigste eeuw via extensieve interpretatie ook van betekenis geworden voor de verhoudingen in het voortgezet onderwijs en hoger onderwijs.

Op grond van het bovenstaande kan een antwoord worden geformuleerd op de eerste deelvraag: op welke wijze is het duale stelsel tot stand gekomen? Het duale stelsel is de pacificatie van een langdurige politieke strijd in de negentiende en begin twintigste eeuw, waarbij er steeds in kleine stapjes de positie van het bijzonder onderwijs werd verbeterd. Allereerst gold vanaf 1848 formele onderwijsvrijheid. Deze werd materieel versterkt door bekostiging voor bijzonder onderwijs mogelijk te maken vanaf 1889. Tot slot volgde de volledige gelijkstelling van het bijzonder onderwijs met het openbaar onderwijs in 1917 als sluitstuk. De Grondwetsherziening van 1917 kwam tot stand na gedegen politiek voorwerk in een parlementaire commissie. Het voorstel van deze commissie werd overgenomen door de regering, en tezamen met de invoering van het algemeen kiesrecht behandeld. Na totstandkoming van het stelsel voor het primair onderwijs, heeft het zich uitgebreid naar het middelbaar en hoger onderwijs.

4. Actualiteit van de onderwijsvrijheid

In hoeverre is de ontwikkeling van het duale stelsel bepalend voor het onderwijsstelsel van vandaag? Bij de grote grondwetsherziening van 1983 is het onderwijsartikel niet gewijzigd. Het belangrijkste breekpunt hierbij was dat de voorgestelde tekst het ook mogelijk zou maken dat decentrale regelgevers voorwaarden zouden stellen aan het bijzonder onderwijs. Deze wijziging haalde het niet, waardoor de tekst ongewijzigd werd opgenomen in artikel 23 Grondwet. De enige geslaagde wijziging van het onderwijsartikel sinds 1917 is de wijziging van het vierde lid, waar wordt toegevoegd dat het openbaar onderwijs 'al dan niet in een openbare

¹⁵² J. Donner, vrijheid van het bijzonder wetenschappelijk onderwijs, W.E.J. Tjeenk Willink, 1978

school¹⁵³ kan worden gegeven.¹⁵³ Per 1 januari 2011 is een wettelijke regeling voor de samenwerkingschool van kracht. Er zijn inmiddels enkele samenwerkingscholen waarin zowel bijzonder als openbaar onderwijs wordt gegeven.

De samenwerkingschool is een subtiele uitzondering op het duale stelsel, waardoor tegemoet kan worden gekomen aan bijzondere lokale belangen. In sommige gevallen kan er, bij teruglopende leerlingaantallen, onvoldoende ruimte zijn voor het voortbestaan van zowel een bijzondere school als een openbare school in een dorp. De meest praktische oplossing op lokaal niveau is dan het fuseren van beide scholen tot één 'samenwerkingschool'. Vaak is dit voor alle betrokkenen, ouders, kinderen, leraren en bestuurders aantrekkelijker dan het opheffen van beide scholen en een school zoeken op grotere afstand. Grondwettelijk is dit echter een onbestaanbare anomalie: een school is ofwel in alles bijzonder, ofwel in alles openbaar. De gefuseerde school zou dus ofwel openbaar ofwel bijzonder moeten zijn.

Vanuit de overheid zou het aantrekkelijk zijn om hier een openbare school van te maken, omdat daarmee voldaan zou worden aan de grondwettelijke verplichting om openbaar onderwijs aan te bieden. Vanuit het bijzonder onderwijs zou dit echter betekenen dat ouders in meer gevallen het bijzonder onderwijs van hun voorkeur zouden moeten missen in hun directe omgeving. De samenwerkingschool biedt hier een oplossing om de kool en de geit te sparen. De samenwerkingschool blijft een bijzondere school, waarbinnen ook openbaar onderwijs wordt gegeven. Het instellen van een samenwerkingschool is aan strikte voorwaarden gekoppeld: alleen wanneer met de oprichting van een samenwerkingschool voorkomen kan worden dat een school moet sluiten, kan een gemeenteraad hiertoe besluiten.

Sinds de totstandkoming van het pacificatie is het onderwijsartikel dus slechts eenmaal, op een ondergeschikt punt, gewijzigd. De parameters van het stelsel, de neutraliteit van het openbaar onderwijs, vrijheid van onderwijs en financiële gelijkstelling en gelijkwaardige bekostigingsvoorwaarden voor het bijzonder onderwijs zijn sindsdien niet meer serieus ter discussie komen te staan.

Ondanks de formele continuïteit is er echter feitelijk sprake van een relativering van het onderscheid tussen bijzonder en openbaar onderwijs.¹⁵⁴ Ten eerste zijn de 'afnemers' van het onderwijs, de leerlingen en ouders, in belangrijke mate 'richtingonverschillig' geworden. Dit wil zeggen dat de richting van de school niet doorslaggevend is voor de schoolkeuze. Voor een groot deel van de bijzondere scholen is de identiteit verwaterd. Vaak is aan de traditionele onderwijsvrijheden, zoals het voeren van een toelatings- en aanstellingsbeleid op grond van levensbeschouwelijke overtuiging geen behoefte. Dit leidt er toe dat in veel gevallen de

¹⁵³ P.W.A. Huisman, *De samenwerkingschool, conflicterende convergentie: een analyse van de juridische problematiek rond samenwerking tussen openbaar en bijzonder onderwijs*, Elsevier, 2002. Samen verder, advies inzake de samenwerkingschool, Onderwijsraad, Den Haag, 2000.

¹⁵⁴ Vaste grond onder de voeten, Onderwijsraad, Den Haag 2002, p. 46 e.v.

formele richting van de school nauwelijks meer overeen komt met de feitelijke leerling- en leraarpopulatie. Er blijft overigens een betekenisvolle minderheid voor wie dit niet geldt, en voor wie de richting nog steeds zeer bepalend is voor de schoolkeuze. Een tweede ontwikkeling die op dit punt is aan te wijzen is dat er door toename aan wettelijke eisen en gedetailleerde invulling van het deze eisen het bijzonder onderwijs qua inrichting van het onderwijs ook sterker gelijkgetrokken is met het openbaar onderwijs. Ten derde is het bijzonder en openbaar onderwijs bestuurlijk naar elkaar toe gegroeid, doordat openbaar onderwijs door gemeenten op afstand wordt geplaatst in zelfstandige stichtingen, en daarmee een sterkere eigen budgettaire verantwoordelijkheid hebben, los van de gemeentelijke overheid.

Op grond van het bovenstaande kan een antwoord worden geformuleerd op de tweede deelvraag: in hoeverre worden huidige verhoudingen in het onderwijs nog door het duale stelsel bepaald? De belangrijkste parameters zijn sinds de totstandkoming nauwelijks serieus ter discussie komen te staan. De enige formele uitzondering op het stelsel is de samenwerkingsschool, die het onderscheid tussen bijzonder en openbaar doorkruist. Tegelijkertijd is het duale stelsel in de praktijk voor een groot deel van het stelsel gerelativeerd. Voor een meerderheid van de scholen geldt dat de formele richting beperkte betekenis heeft. De traditionele onderwijsvrijheden hebben in de praktijk vooral betekenis voor een klein deel van de scholen met een meer orthodoxe achtergrond.

5. Heroverweging van het duale stelsel?

Hoewel het duale stelsel formeel nimmer serieus is heroverwogen door de grondwetgever, gaan er in de literatuur wel stemmen op om het duale stelsel te herzien. De bovengeschetste relativering van het stelsel wordt hierbij wel aangevoerd als argument. Daarnaast wordt met enig wantrouwen gekeken naar scholen die nog steeds sterk aan hun identiteit hechten, met name de orthodoxe christelijke scholen en het islamitisch onderwijs. Dergelijk onderwijs zou onvrij en onderdrukkend zijn,¹⁵⁵ en op gespannen voet staan met doelstellingen met betrekking tot integratie. Ook worden maatschappelijk onwenselijk geachte verschijnselen als segregatie en beperking van de ontplooiingsmogelijkheden van het kind wel toegeschreven aan het bijzonder onderwijs.¹⁵⁶ Bij dergelijke kwesties komt steeds

¹⁵⁵ James Kennedy en Markha Valenta, Religious pluralism and the Dutch state: reflections on the future of Article 23, In: Geloven in het publieke domein, *Verkenningen van een dubbele transformatie* WRR/Amsterdam University Press, Den Haag / Amsterdam 2006, 338.

¹⁵⁶ Vermeulen geeft een schets van verschillende kritieken die worden gegeven op het duale stelsel, overigens om tot de conclusie te komen dat het stelsel nog voldoet. B.P. Vermeulen, Een schets en evaluatie van de kritiek op de overheidsfinanciering van het bijzonder onderwijs, in: Geloven in het publieke domein, *Verkenningen van een dubbele transformatie* WRR/Amsterdam University Press, Den Haag / Amsterdam 2006.

opnieuw de vraag op of het stelsel nog wel voldoet. Is het duale stelsel nog wel van deze tijd?

Bij het leveren van kritiek op het stelsel blijkt al snel dat er maar een beperkt aantal alternatieven voor handen is, en dat deze alternatieven ook nadelen hebben. Op stelselniveau zijn er systematisch maar enkele parameters waarmee gevarieerd kan worden.

Schematisch zijn deze varianten, met een historische periodisering als volgt weer te geven:

Publieke scholen		Bijzondere scholen	
Houding van de overheid	Periode in de geschiedenis	Houding van de overheid	Periode in de geschiedenis
Confessioneel ¹⁵⁷	Ten tijde van de Republiek	Niet of beperkt toegestaan	1806-1848
Burgerlijk religieus	1806-1848	Toegestaan, geen bekostiging	1848-1889
Neutraal	vanaf 1848	Toegestaan, gedeeltelijke bekostiging	1848-1889
		Toegestaan, volledige bekostiging	vanaf 1917

In theorie zijn alle combinaties van de houding van de overheid mogelijk, maar bepaalde varianten en combinaties zijn praktisch erg onwaarschijnlijk. Daarnaast geldt dat bepaalde varianten op gespannen voet staan met de huidige opvattingen over rechtsstatelijkheid en fundamentele mensenrechten. Voor het openbaar onderwijs geldt dat het uitgangspunt van het stelsel neutraal, confessioneel, burgerlijk religieus of een mengvorm kan zijn. De eerste vorm vinden we in het huidige stelsel. Confessioneel openbaar onderwijs, onderwijs dat van overheidswege wordt georganiseerd vanuit een religieuze richting, is maar beperkt verenigbaar met artikel 2, EP van het EVRM. Alleen wanneer er een volledige vrijstelling beschikbaar is voor diegenen die geen deel willen nemen aan de confessionele godsdienstlessen, zal een dergelijk stelsel mijns inziens verenigbaar zijn met deze bepaling. Voor Nederland, traditioneel een land van minderheden, zou een dergelijk systeem denkkelijk tegen de borst stuiten van een groot deel van de bevolking.

¹⁵⁷ Ook een atheïsme van overheidswege zou overigens in dit model onder deze noemer vallen.

We zien dergelijke stelsels feitelijk alleen bij landen die een sterke ‘monoreligieuze’ traditie hebben, zoals in Noorwegen.

Voor het privaat georganiseerd onderwijs geldt dat er maar een aantal mogelijkheden zijn. Allereerst is een stelsel denkbaar waarin privaat onderwijs vanuit een bepaalde religieuze richting verboden zou zijn. Dit stelsel zou echter niet te verenigen zijn met artikel 2, EP EVRM. Er is dan immers geen sprake meer van respect voor de godsdienstige opvattingen van de ouders. Wanneer privaat georganiseerd onderwijs toegestaan zou zijn, zijn er opnieuw een aantal mogelijkheden: ofwel er is sprake van volledige overheidsfinanciering, ofwel er is sprake van een gedeeltelijke overheidsfinanciering, ofwel er vindt geen of zeer beperkt overheidsfinanciering plaats van bijzondere scholen. Er van uitgaande dat hervorming van het openbaar onderwijs naar een religieuze richting niet is toegesneden op de Nederlandse situatie zou alleen het veranderen van de positie van het bijzonder onderwijs, in het bijzonder het terugschroeven of geheel stopzetten van bijdragen uit de algemene middelen tot fundamentele wijziging in het duale stelsel kunnen leiden.

Zou deze richting wenselijk zijn? Vanuit de gedachte van de maatschappij als een ‘tabula rasa’, van waaruit een stelsel zonder belastende voorgeschiedenis zou kunnen worden vormgegeven, zijn deze varianten allemaal denkbaar en aanvaardbaar. De vraag is echter of dit ook zo is wanneer er reeds sprake is van een uitgebreid stelsel van bijzonder onderwijs. Dat lijkt me te betwijfelen. Allereerst ontbreekt voor een dergelijke maatregel, die de rechtspositie van vele duizenden bijzondere scholen negatief zou raken, overtuigende argumentatie van nut en noodzaak. De enkele constatering dat het duale stelsel tot op zekere hoogte gerelativeerd is, is hiervoor onvoldoende. Ten tweede is het intrekken van rechten altijd ingrijpender is dan het in eerste instantie toekennen van deze rechten. Wanneer het bijzonder onderwijs nu zou moeten werken met verminderde rijksbijdragen, ontbreekt de maatschappelijke infrastructuur om dit op te vangen. Ten derde zou het verminderen van de bijdrage zonder twijfel gevolgen hebben voor ofwel de private bijdrage die geleverd zou moeten worden door de ouders, ofwel de kwaliteit van het onderwijs dat aangeboden wordt aan bijzondere scholen. Daarbij zal het verminderen van de rijksbijdrage gevolgen hebben voor de eisen die van overheidswege aan het onderwijs gesteld kunnen worden. Hiermee zou de overheid dus de mogelijkheid verliezen om kwalitatief hoogwaardig onderwijs voor allen even afdoende te garanderen binnen het bijzonder onderwijs. Om deze redenen lijkt een daadwerkelijk fundamentele stelselwijziging in de bovengeschetste richting onwenselijk.

Vanwege de grote weerstand die hier tegen zal bestaan bij een bijzonder onderwijs is deze richting bovendien onwaarschijnlijk. Een veel serieuzer dreiging voor het duale stelsel is dat op verschillende deelterreinen van de vrijheid van onderwijs deze vrijheid beperkt zal worden. De wetgever heeft, mede door afwezigheid van

een rechterlijke toetsing, relatief veel ruimte om bij formele wet beperkingen op te leggen aan de onderwijsvrijheid. De normatieve kracht van het artikel is steeds afhankelijk van de mede door politieke verhoudingen gekleurde opvattingen van de formele wetgever. Hiermee loopt de onderwijsvrijheid het risico uitgehouden te worden door de formele wetgever.

Hiermee zou de ontwikkeling worden voortgezet van vermindering van de materiele betekenis van het duale stelsel. Op verschillende terreinen, waaronder de aanstellingsvrijheid van de school ten aanzien van leraren, leerlingenbeleid en kerndoelen rond burgerschap en seksualiteit zal de vrijheid van onderwijs steeds moeten worden afgewogen tegen andere maatschappelijke belangen.

Dit hoeft niet te betekenen dat de vrijheid van onderwijs steeds het zwaarst moet wegen, maar in het huidige klimaat lijkt dit soms nauwelijks meer gewicht in de schaal te leggen. Daarbij zijn verschillende risico's te benoemen.¹⁵⁸ Een eerste risico is dat de overheid zich te normatief opstelt, en daarmee onvoldoende gewicht toekent aan verscheidenheid van opvattingen die er over deze kwesties feitelijk zijn. Zoals A.M. Donner reeds opmerkte: "De Overheid heeft de geestelijke situatie, die zij vindt, in zekeren zin te aanvaarden en haar beleid daarnaar in te richten. Eenheid van denken en handelen kan zij niet scheppen, er zijn te veel factoren, waartegenover zij met al haar machtsmiddelen toch machteloos staat. Wie hier de ontwikkeling der geesten tracht te forceren, bevordert veelal een precies omgekeerde ontwikkeling en werkt een ontbinding van gezag in de hand."¹⁵⁹ Een tweede risico is dat de overheid met een beroep op het abstracte recht op zelfbepaling van de persoon volledig voorbij wordt gegaan aan de concrete zelfbepaling van betrokken personen in kwestie. In naam van de vrije en autonome persoon wordt een ieder gedwongen om vrij te zijn, ook wanneer zijn kennelijke opvatting van vrijheid een andere is.

6. Conclusies

De centrale vraagstelling in deze bijdrage was: Op welke wijze is het duale onderwijsstelsel tot stand gekomen, in hoeverre worden huidige verhoudingen in het onderwijs hier nog door bepaald en in hoeverre valt te verwachten dat het duale stelsel ook in de toekomst zal voldoen?

¹⁵⁸ Deze argumenten heb ik eerder in het kader van een onderzoek naar de morele gronden van godsdienstvrijheid verder uitgewerkt. Zie J.R. Groen, *Vrijheid van godsdienst: overbodige luxe, onhanteerbaar recht of een vaste grond?* In: *Het schip van staat, Liber Amicorum bij het afscheid van René Mazel*, 2011.

¹⁵⁹ A.M. Donner, 'relativisme en geestelijke vrijheid', in A.M. Donner., *Tussen het echte en het gemaakte*. Zwolle, Tjeenk Willink, 1986, p. 15.

Het duale stelsel is de pacificatie van een langdurige politieke strijd in de negentiende en begin twintigste eeuw, waarbij er steeds in kleine stapjes de positie van het bijzonder onderwijs werd verbeterd. De schoolstrijd is mede zo invloedrijk geweest in de historie van het Koninkrijk omdat de eerste moderne politieke partijen zich expliciet profileerden met dit thema. De schoolstrijd werd daarmee ook een strijdbanier voor de emancipatie van de christelijk orthodoxe en katholieke bevolking, die lange tijd beperkte invloed in de politieke besluitvorming van veelal vrijzinnig georiënteerde bestuurders uitoefenden.

Tot op de dag van vandaag is het duale stelsel van invloed op de verhoudingen in het onderwijs. Formeel is het onderscheid tussen openbaar, algemeen toegankelijk, neutraal en van overheidswege gegeven onderwijs en het bijzonder, levensbeschouwelijk georiënteerd en privaatrechtelijk georganiseerd onderwijs nog vrijwel onverminderd groot. Materieel heeft het duale stelsel echter voor de ouders, leerlingen en leraren voor een groot deel van het bijzonder onderwijs aan betekenis ingeboet. Dit neemt echter niet weg dat het duale stelsel door een substantiële minderheid nog steeds als een groot goed wordt ervaren.

Het is niet zo zeker dat de relativering van het stelsel ook zal leiden tot een heroverweging van het duale stelsel. Systematisch zijn er maar enkele parameters waarmee gevarieerd kan worden. Wanneer men niet toe zou willen naar religieus gekleurd staatsonderwijs, een stellingname waar veel voor te zeggen is, kan op stelselniveau alleen gesleuteld worden aan de positie van het bijzonder onderwijs, in het bijzonder het terugschroeven of geheel stopzetten van bijdragen uit de algemene middelen. Dergelijke varianten zijn vanuit een 'tabula rasa' aanvaardbaar, maar gegeven het bestaan van een omvangrijk stelsel van bijzondere scholen zouden hiervoor zwaarwegende argumenten gegeven moeten worden. Vooralsnog lijken die niet voorhanden. Een werkelijk fundamentele stelselwijziging is hiermee in de nabije toekomst onwaarschijnlijk.

1922

Van kolonie naar zelfstandig land

Marion Bense¹⁶⁰

De term koloniën verdween uit de Grondwet in 1922. Dat was een eerste voorzichtige stap naar grotere zelfstandigheid van Nederlandsch-Indië, Suriname en Curaçao. Dekolonisatie was een moeizaam en langdurig proces. En voor elke Nederlandse kolonie was het proces weer anders. Nederland wilde vaak wat anders dan de kolonie in kwestie. Uiteindelijk werden de banden met Indonesië en Suriname geheel doorsneden, beide werden onafhankelijke landen. De oorspronkelijke zes eilanden van de Nederlandse Antillen wilden graag hun band met Nederland behouden. Sinds 10 oktober 2010 is daaraan voor de verschillende eilanden op uiteenlopende wijze vorm gegeven. In dit artikel worden enkele highlights rond de “dekolonisatie” van enerzijds Nederlandsch-Indië, anderzijds van de Nederlandse Antillen, besproken. Daarbij is er eerst aandacht voor de aanloop naar de Grondwetwijziging van 1922 en de latere internationale ontwikkelingen op het gebied van dekolonisatie. Vervolgens komt een schets van de politieke ontwikkelingen rond de onafhankelijkheid van Indonesië. Het laatste deel van dit artikel gaat in op de West, het Statuut voor het Koninkrijk en de veranderingen voor met name Curaçao en Sint Maarten na de opheffing van het land de Nederlandse Antillen.

1. Het denken over koloniën vóór 1922

Toen de Fransen Nederland invielen en stadhouder Willem V in 1795 naar Engeland vluchtte, had Nederland koloniën en bezittingen in Amerika, Afrika en Azië. Willem V nam zelf het initiatief om deze onder Britse bescherming te plaatsen om ze te onttrekken aan de Franse invloed. Na afloop van de Napoleontische oorlogen kreeg Nederland niet alles terug. De Nederlandse koloniën waren nu Nederlands-Indië, enkele bezittingen op de Goudkust van Afrika, Suriname en Curaçao en onderhorigheden.

¹⁶⁰ Met veel dank aan Steven Hillebrink en Sophie van Buren-Bense, die commentaar gaven op eerdere versies van dit artikel.

Koning Willem I had, zoals de Grondwet van 1814 bepaalde, ‘bij uitsluiting het opperbestuur’ over de koloniën, hij kon dus helemaal onder eigen beheer beslissen, zonder dat hij zich daarover hoefde te verantwoorden in het parlement.¹⁶¹ De macht van de Koning over de koloniën bleef zo onbeperkt tot de grondwetswijziging van 1848. (Bij die wijziging werd de politieke ministeriële verantwoordelijkheid ingevoerd.)

Koning Willem I was ambitieus, Nederland moest weer een belangrijke mogendheid worden. Daaraan moesten de koloniale bezittingen bijdragen.¹⁶² In de 19e eeuw werden de koloniën vooral gezien als bron van inkomsten voor het Koninkrijk in Europa. Maar de inkomsten van Curaçao waren al sinds ca 1780 flink teruggelopen. Mede daarom werden op verschillende momenten voorstellen gedaan Curaçao te verkopen.¹⁶³ Dat gebeurde bij voorbeeld toen de Caribische eilanden de relatie van het Koninkrijk met Venezuela op het spel zetten met haar inmenging in burgeroorlogen op het Latijns-Amerikaanse vasteland.

Rond 1900 deed de “ethische politiek” zijn intree. De ethische politiek had twee hoofdelementen: bestrijding van de armoede onder de inheemse bevolking en de ontwikkeling van het land in de richting van zelfbestuur onder Nederlandse leiding en naar Westers model. Koloniën moesten worden bestuurd, niet overheerst en nog minder geëxploiteerd. Het koloniale beleid moest in het vervolg uitgaan van het gevoel dat de Nederlanders ‘den, tegen zijn wil, van ons afhankelijk geworden Javaan het beste moeten geven wat wij voor hem hebben’.¹⁶⁴ Bij dit alles ging de aandacht van Den Haag veel meer naar Nederlands-Indië dan naar Suriname en Curaçao.¹⁶⁵

In de toelichting op een wetsvoorstel uit 1906 werd al gesteld: ‘dat vooruitziende politiek eischt het doel niet uit het oog te verliezen en de ontwikkeling van de koloniale regeering in de richting van zelfstandigheid te bevorderen’.¹⁶⁶ In 1918 werd de Volksraad in Indië geïnstalleerd. Deze adviseerde over begroting en

¹⁶¹ Leonard Blussé, ‘Koning Willem I en de schepping van de koloniale staat’ in: Ido de Haan, Paul den Hoed en Henk te Velde (red.), *Een nieuwe staat, Het begin van het Koninkrijk der Nederlanden*, Amsterdam: Prometheus-Bert Bakker 2013, blz. 145-149.

¹⁶² Gert Oostindie, ‘De koning en de Caraïben’, in: Ido de Haan, Paul den Hoed en Henk te Velde (red.), *Een nieuwe staat, Het begin van het Koninkrijk der Nederlanden*, Amsterdam: Prometheus-Bert Bakker 2013, blz. 173-181.

¹⁶³ Zie hierover ook het artikel van Steven Hillebrink en Marion Bense, *Zijn de Antillen te koop?*, in P.B.C.D.F. van Sasse van IJsselt (red.), *Handhaving van de openbare orde: is voorkomen beter dan genezen?* CZW –Afscheidsbundel prof. mr. A.E. Schilder, Den Haag 2008, blz. 105-115.

¹⁶⁴ P. Brooshoofd, *De ethische koers van de politiek*, 1901, weergegeven in H.W. van den Doel, *Afscheid van Indië*, Amsterdam: Prometheus 2001, blz. 22.

¹⁶⁵ De ‘overzeese bezitting’ aan de Afrikaanse Goudkust, was in 1872 aan de Britten overgedragen in ruil voor Atjeh. Zie over het recht aan de Nederlandse Goudkust in de 19e eeuw P.H. Bruns, ‘Koning Bonsu: een vijand of een crimineel?’ Caribisch Juristenblad, 2012/2, blz. 84-94.

¹⁶⁶ W.H. van Helsdingen, *De plaats van Nederlandsch-Indië in het Koninkrijk, Stemmen van overzee*, Leiden: Brill 1946.

andere financiële onderwerpen en over wetgevingsarbeid, maar verderstreckende voorstellen tot het overhevelen van enige bevoegdheden van Den Haag naar Indië strandden in de Staten-Generaal.

2. Koloniën uit de Grondwet

Tot 1887 had de Grondwet door een opsomming van de provinciën (en het hertogdom Limburg) beschreven waaruit het Koninkrijk der Nederlanden bestond. Opvallend is dat daarbij alleen het rijk in Europa werd genoemd. Het bestaan van de koloniën werd geenszins ontkend; elders in de Grondwet werd wel gesproken over de koloniën en bezittingen van het Rijk in andere werelddelen.

Het rapport van de in Indië ingestelde Indische Herzieningscommissie leidde tot de wijzigingen in de Grondwet van 1922 en de Indische Staatsregeling van 1925. De Volksraad werd medewetgevend college; inwendige aangelegenheden zouden door de Gouverneur in overeenstemming met de Volksraad bij ordonnantie worden geregeld; de begroting zou – als er overeenstemming tussen de Volksraad en de Gouverneur-Generaal kon worden bereikt – voorlopig worden vastgesteld, waarna de Staten-Generaal nog het goedkeuringsrecht hadden.

De term koloniën verdween uit de Grondwet in 1922 op aandringen van Kamerlid Marchant. Toen werd in de Grondwet opgenomen dat Nederlandsch-Indië, Suriname en Curaçao tot het grondgebied van het Koninkrijk behoren. De regering had in haar voorstel deze drie gebieden nog uitdrukkelijk als koloniën aangemerkt.¹⁶⁷ Volgens Marchant paste het woord niet in de Grondwet met het oog op de toekomstige staatkundige ontwikkeling van de delen van het Koninkrijk buiten Europa. Ook mocht niet meer worden gesproken van het “beheer” der delen van het Koninkrijk buiten Europa, omdat het woord beheer impliceert dat Indië, Suriname en Curaçao afhankelijke objecten (van beheer) zouden zijn, en met die opvatting was nu juist afgerekend door het laten vervallen van het woord “koloniën”.¹⁶⁸ Kamerlid Marchant wist net niet te bereiken dat in de Grondwet werd opgenomen: *‘Het vertegenwoordigend lichaam in Nederlandsch-Indië, in Suriname en in Curaçao kan aan een of meer zijner leden opdragen, de belangen van het gebied voor te staan in de vergaderingen der Staten-Generaal bij de behandeling*

¹⁶⁷ *Handelingen der Staten –Generaal, Bijlagen 1920-1921, 451.2. ‘Het Koninkrijk der Nederlanden omvat het grondgebied van Nederland, Nederlandsch-Indië, Suriname en Curaçao. Waar in de Grondwet van koloniën wordt gesproken, worden daaronder verstaan: Nederlandsch-Indië, Suriname en Curaçao.’* En waar sprake is van Curaçao, wordt bedoeld op de zes eilanden die later de Nederlandse Antillen vormden: Curaçao, Aruba, Bonaire, Sint Maarten, Sint Eustatius en Saba.

¹⁶⁸ *Handelingen II, 1921-22, 447 (15 november 1921).*

van onderwerpen rakende die belangen.^{169 170} Den Haag hield nog een hoop macht, maar – zoals Van Helsdingen het noemt – het zwaartepunt was verlegd naar Indië. En al werd er meer rekening gehouden met hetgeen leefde in Nederlandsch-Indië, niemand dacht nog aan overdracht van de soevereiniteit aan Indië.

Zo drong in de Grondwet van 1922 het veranderde denken over de koloniën door. Vreemd genoeg gold dat niet voor de benaming van de ministeries; het ministerie van Koloniën behield tot 1945 deze naam.

3. Internationale ontwikkelingen

Internationaal werden verdere stappen naar dekolonisatie genomen. De Verenigde Staten werkten al sinds de Jones Act van 1916 toe naar zelfbestuur van de Filippijnen, in 1934 kregen zij volledig zelfbestuur onder een eigen grondwet en 10 jaar later zouden ze onafhankelijk worden. De Britten begonnen met de Government of India Act van 1919 aan bestuurlijke hervorming met meer lokaal bestuur. Zestien jaar later werd een nieuwe wet vastgesteld die als voornaamste effect had dat de provincies vrijwel volledige autonomie kregen ten opzichte van Londen én van Delhi; de regeringsvorm werd democratisch. Frankrijk in Indochina hield meer gelijke tred met Nederland in Indië.

Op 18 augustus 1941 werd de basis gelegd voor het huidige internationale denken over dekolonisatie. Winston Churchill, premier van Groot-Brittannië, en Franklin Delano Roosevelt, president van de Verenigde Staten, tekenden toen het Atlantic Charter, een verklaring gericht op het functioneren van de wereld na afloop van de Tweede Wereldoorlog. Hiermee was de basis gelegd voor de oprichting van de Verenigde Naties. Een van de punten uit dit Charter was de erkenning van het zelfbeschikkingsrecht van elk volk. Het Handvest van de Verenigde Naties verkondigde in 1945 “het respect voor het principe van gelijke rechten en zelfbeschikking der volkeren” als één van haar basisdoelstellingen. Zelfbeschikking betekent dat mensen van een kolonie of een afhankelijk gebied beslissen over de toekomstige status van hun thuisland.¹⁷¹

¹⁶⁹ Voor zover niet bij de Grondwet of bij de wet bepaalde bevoegdheden aan de Koning zijn voorbehouden, wordt het algemeen bestuur in naam van de Koning uitgeoefend in Nederlands-Indië door de Gouverneur-Generaal en in Suriname door de Gouverneurs, op de wijze door de wet te regelen. De Koning doet jaarlijks aan de Staten-Generaal een omstandig verslag geven van bestuur en staat van Nederlands-Indië, Suriname en Curaçao (artikel 60 GW 1922). Tot 1969 bleef dit staan in de Grondwet; alleen veranderde in 1948 de benaming Curaçao in de Nederlandse Antillen.

¹⁷⁰ F.M.A. da Costa Gomez vermeldt dat het amendement met 30 tegen 29 stemmen werd verworpen, in *Het amendement-Marchant op art. 94 van de Grondwet van 1917 en de West-Indische staatsdeelen*, 1935. Deze bepaling zou deels verder strekken dan artikelen 16-18 Statuut dat alleen betrekking heeft op de totstandkoming van rijkswetten, en niet bij voorbeeld over een Nederlandse nota over de waarborgfunctie van het Koninkrijk.

¹⁷¹ <http://www.unric.org/nl/vn-wat-en-hoe/18?showall=1>.

Artikel 73 van het VN-Handvest creëert – zoals uit de tekst zelf blijkt – een “heilige opdracht” voor lidstaten die de verantwoordelijkheid hebben voor “gebieden waarvan de bevolking nog geen volledig zelfbestuur heeft verworven”. Hiermee werd in 1945 gedoeld op de koloniën van de Westerse staten. Deze staten moesten hun overzeese gebieden ontwikkelen op allerlei terreinen (economie, onderwijs) en zorgen dat ze zelfbestuur kregen.

Artikel 73 bepaalt verder dat lidstaten moeten rapporteren over deze gebieden. Op basis van deze rapportages discussieert de dekolonisatiecommissie (in opdracht van de Algemene Vergadering (AV)) jaarlijks over 16 overgebleven gebieden, hoort ze vertegenwoordigers van de gebieden, en doet ze aanbevelingen die vrijwel altijd door de Algemene Vergadering worden overgenomen.

4. Nederland en Nederlands-Indië

In de jaren 30 werd Nederlands-Indië nog gezien als “de kurk waar Nederland op drijft”, en werd gevreesd dat Nederland zonder Indië geopolitiek “zou afdalen tot de rang van een land als Denemarken”.¹⁷² Maar door de internationale ontwikkelingen moest Nederland wel in beweging komen. In 1941 nodigde Koningin Wilhelmina in een van haar radioredes vanuit Londen de overzeese gebiedsdelen uit hun verlangens en opvattingen over aanpassing van de structuur van de overzeese gebiedsdelen en de bepaling van hun plaats in het Koninkrijk kenbaar te maken. In Nederlandsch-Indië werden daarvoor al voorbereidingen getroffen totdat de Japanse bezetting dat onmogelijk maakte. Intussen verklaarde de Nederlandse regering in Londen dat er een na-oorlogse rondetafelconferentie zou worden gehouden waaraan de vier verschillende delen van het Rijk zouden deelnemen.¹⁷³ In de vaak geciteerde radiotoespraak van de Koningin van 7 december 1942 onderschrijft ze het Atlantic Charter en vervolgt zij: “Ik stel mij voor, zonder vooruit te lopen op de adviezen der rijksconferentie, dat zij zich richten zullen op een Rijksverband, waarin Nederland, Indonesië, Suriname en Curaçao tezamen deel zullen hebben, terwijl zij ieder op zichzelf de eigen, inwendige aangelegenheden in zelfstandigheid en steunend op eigen kracht, doch met den wil elkander bij te staan, zullen behartigen.”¹⁷⁴

(Terzijde zij opgemerkt dat de koningin eerder in dezelfde toespraak – waar het de periode voor de Japanse bezetting betreft – spreekt van Nederlandsch-Indië en in deze passage spreekt van Indonesië!) De Koningin dacht aan een eens-

¹⁷² Veel uit deze paragraaf is ontleend aan Wim van den Doel, *Afscheid van Indië. De val van het Nederlands imperium in Azië*, Amsterdam: Prometheus 2001 en John Jansen van Galen, *Afscheid van de koloniën*, Amsterdam/Antwerpen: Atlas Contact 2013.

¹⁷³ Verklaring van 27 januari 1942.

¹⁷⁴ W.H. van Helsdingen, *Het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden*, 's-Gravenhage: Staatsdrukkerij- en uitgeverijbedrijf 1957, blz. 5-6.

gezinde samenwerking met het oog op een gezamenlijke toekomst van Nederland en Nederlands-Indië. Het liep echter anders. De Amerikanen waren wel gerustgesteld, de Indiërs niet. Het zelfbeschikkingsrecht van het Indonesische volk was immers nog niet erkend. Nederland en Nederlands-Indië kwamen tegenover elkaar te staan.

De Japanners streefden met nationalisten Soekarno en Hatta naar een onafhankelijk Indonesië. De Nederlandse bestuurders, voor zover niet uitgeweken, waren tijdens de Japanse bezetting geïnterneerd of gedwongen te verhuizen naar “beschermde wijken”. Nederland was hiermee het zicht op de ontwikkelingen in de Indonesische samenleving verloren.

Door de Japanse bezetting van Zuidoost-Azië was er na afloop van de oorlog wel wat veranderd. De oude koloniale machthebbers hadden flink aan prestige en macht ingeboet door hun snelle nederlaag tegen Japan. De Verenigde Staten vormden er een nieuwe supermacht, die bovendien in principe sympathiek stond tegenover de wensen van de nationalistische bewegingen in het gebied. Toch bleken de antiekoloniale ideeën van de Amerikanen minder ver te gaan. De Europese landen hoefden niet onmiddellijk onafhankelijkheid te verlenen aan hun koloniën. Daarbij speelde de angst van de Amerikanen voor de Sovjet-Unie een rol, de Europese invloed in Azië was voor de VS wel gunstig.

Op 17 augustus 1945 riepen Soekarno en Hatta de ‘Republiek Indonesia’ uit. Nederland was echter nog niet zo ver: onderhandelen met nationalistenvan was mogelijk, maar eerst moest het oude Nederlandse gezag hersteld worden. Luitenant-Gouverneur-Generaal Van Mook probeerde Indië om te bouwen tot een federatie binnen één rijkverband. Voordeel van een federatie was dat delen van de archipel (Zuid-Molukken, Oost-Timor, Nieuw-Guinea) niet tegen hun wil hoefden op te gaan in de Republiek. Dat mislukte, om verschillende redenen.

Akkoord van Linggadjati

Maar na de eerste verkiezingen in Nederland na de Tweede Wereldoorlog kwam het akkoord van Linggadjati tot stand (november 1946). Daarin erkende Nederland “de regering van de Republiek Indonesië als de facto het gezag uitoefenend over Java, Madoera en Sumatra.” De Republiek was bereid samen te werken met Nederland zodat er – liefst voor 1 januari 1949 – een soevereine, democratische staat op federatieve grondslag zou worden gevestigd (de Verenigde Staten van Indonesië). Er zou een Unie komen bestaande uit enerzijds het Koninkrijk der Nederlanden (Nederland, Suriname en de Nederlandse Antillen) en anderzijds de Verenigde Staten van Indonesië. De Koning zou aan het hoofd van de Unie staan. De Unie zou over eigen organen beschikken die de Uniebelangen (defensie, buitenlandse betrekkingen, en voor zover nodig financiën, alsmede onderwerpen van economische en culturele aard) zouden behartigen. De besluiten door de organen van de Unie zouden worden genomen in naam des Konings. Tijdens

de overgangperiode zou de soevereiniteit van Nederland over Indonesië blijven gehandhaafd. Anders dan Koningin Wilhelmina in 1942 voor ogen had kwam er dus geen Koninkrijk van vier gelijkberechtigde landen, maar twee partijen. Hoe het Koninkrijk zijn interne rechtsorde zou regelen, werd in het midden gelaten.¹⁷⁵

Aan het akkoord van Linggadjati gaf Nederland echter een andere uitleg dan de Republiek. De Staten-Generaal wilde alleen akkoord gaan als er enkele voorbehouden werden toegevoegd aan het akkoord. Het ging om overname van de staats-schuld, waarborgen voor het Nederlandse bedrijfsleven en een aparte status voor Nieuw-Guinea. Door die voorbehouden groeide het Republikeinse verzet tegen de Unie. De eerste politionele actie¹⁷⁶, van 21 juli tot 5 augustus 1947, had officieel tot doel de Republiek te bewegen tot samenwerking met Nederland. Het tegendeel werd bereikt. Ook de tweede politionele actie, van 19 december 1948 tot 5 januari 1949, had niet het beoogde politieke effect. Onder druk van de Verenigde Naties kwam Nederland tot het inzicht dat aan onderhandelingen over de overdracht van de soevereiniteit niet viel te ontkomen.

Veertiende hoofdstuk Grondwet 1948

Al bij het sluiten van het akkoord van Linggadjati was duidelijk dat dit akkoord indruiste tegen de geldende Grondwet. Daarom werd een grondwetwijziging voorbereid die in 1948 tot stand kwam. Een tijdelijk (!) veertiende hoofdstuk werd ingevoerd, met als titel: *Bijzondere bepalingen nopens de overgang naar een nieuwe rechtsorde voor de in artikel 1 genoemde grondgebieden*.¹⁷⁷ Lastig was dat de Grondwet gewijzigd moest worden en daarbij duidelijk zou zijn in welke richting gekoerst werd. Tegelijkertijd mocht de Nederlandse grondwetgever niet zijn wil opleggen aan de onderhandelingspartijen. Alle partijen moesten immers vrijwillig de nieuwe rechtsorde aanvaarden.

Het veertiende hoofdstuk, ofwel de artikelen 208 tot en met 211, vormde een constitutionele basis voor het overleg, niet alleen met vertegenwoordigers uit Indonesië, maar ook uit Suriname en de Nederlandse Antillen. (Nu werd ook in de Grondwet de benaming Curaçao voor de zes eilanden verlaten.) Artikel 208 bepaalde dat 'op grondslag van het reeds gepleegde en het nog komende overleg met en tussen vertegenwoordigers van de bevolkingen, voor de in artikel 1 genoemde [dat wil zeggen Nederland, Indonesië, Suriname en de Nederlandse Antillen] grondgebieden een nieuwe rechtsorde [zal] worden gevestigd, waarbinnen deze gebieden de eigen belangen zelfstandig behartigen en op de voet van gelijkwaardigheid zijn verbonden tot de verzorging van de gemeenschappelijke belangen en tot wederkerige bijstand, een en ander onder waarborgen voor de

¹⁷⁵ G. Oostindie en I. Klinkers, *Knellende Koninkrijksbanden*, deel I, 1940-1945, Amsterdam University Press, blz. 83-87.

¹⁷⁶ Ik gebruik hier de toen gehanteerde term.

¹⁷⁷ E. van Raalte, *De Grondwet, Wijzigingen van 1948*, Alphen aan den Rijn: N. Samsom N.V. 1948, blz. 48. In 1956 werd het hoofdstuk weer geschrapt.

rechtszekerheid, de fundamentele menselijke rechten en vrijheden, en deugdelijk bestuur.' Hiermee wordt materieel het zelfbeschikkingsrecht van de koloniën erkend. Ook zijn hierin de essentialia van het latere Statuut te herkennen: autonomie inzake landsaangelegenheden, gelijkwaardigheid in koninkrijksaangelegenheden, samenwerking, de normen van artikel 43 Statuut, en de waarborgfunctie van het Koninkrijk. Met de fundamentele menselijke rechten en vrijheden werd gedoeld op het Handvest van de Verenigde Naties. Artikel 209 laat nog de mogelijkheid open dat 'enig deel' (Nieuw-Guinea wordt niet expliciet genoemd) niet gaat behoren tot de Verenigde Staten van Indonesië. Ten slotte wordt de vrijwillige aanvaarding gewaarborgd door artikel 211 dat bepaalt dat de nieuwe rechtsorde tot stand komt door vrijwillige aanvaarding langs democratische weg in Nederland, Indonesië, Suriname en de Nederlandse Antillen. Voor Nederland dient de aanvaardingswet te geschieden met ten minste twee derden der uitgebrachte stemmen in beide Kamers der Staten-Generaal.

De Republiek

In augustus 1949 kwam een Ronde Tafel Conferentie bijeen: een republikeinse delegatie onder leiding van premier Hatta, een delegatie van de federalen onder leiding van sultan Hamid II en een Nederlandse delegatie onder leiding van minister van Overzeese Gebiedsdelen Van Maarseveen, en de United Nations Commission for Indonesia. Er kwam een Unie tot stand, zij het een veel lichtere Unie dan Nederland eerder had beoogd. Na drie lange dagen van discussie stemde de Tweede Kamer in met de regeringsvoorstellen; ook de Eerste Kamer gaf haar instemming, met 34 stemmen voor (slechts één meer dan de vereiste tweederde meerderheid)¹⁷⁸. Op 27 december 1949 droeg Nederland de soevereiniteit over aan de Republiek van de Verenigde Staten van Indonesië. In 1950 kregen de Republikeinen hun zin: een eenheidsstaat, de Republiek Indonesië. In 1956 zegde Soekarno de Unie op. Overigens heeft de Nederlandse regering tot 15 augustus 2005 gewacht met het erkennen van 17 augustus 1945 als de feitelijke datum van de Indonesische onafhankelijkheid.

5. Nederlands Nieuw-Guinea

De belangstelling voor Nieuw-Guinea vanuit Nederland was nooit erg groot. Pas in de jaren dertig van de 20e eeuw kwam er wat belangstelling. Vooral na de soevereiniteitsoverdracht aan Indonesië werden er veel Nederlanders heen gezonden. Nieuw-Guinea was buiten die overdracht gehouden, omdat dat de enige manier was om de grondwettelijk vereiste tweederde meerderheid in de Staten-Generaal te verwerven. Indonesië, onder leiding van Soekarno, wilde Nieuw-Guinea inlij-

¹⁷⁸ P.F. Maas en J.M.M.J. Clerx (reds), *Parlementaire geschiedenis van Nederland na 1945*, deel III, Het kabinet-Drees-van Schaik (1948-1951), band C Koude oorlog, dekolonisatie en integratie, Nijmegen: Centrum voor Parlementaire geschiedenis 1996, blz. 761.

ven. Nederland, met name minister Luns, hamerde op het zelfbeschikkingsrecht van de Papoea's. Dezen wilden niet bij de Republiek horen. De relaties tussen Nederland en Indonesië verslechterden steeds meer.¹⁷⁹ Uiteindelijk bleek de Nederlandse regering begin 1962 bereid te zijn zonder voorwaarden vooraf met Indonesië te onderhandelen. Indonesië hoefde dus niet eerst het zelfbeschikkingsrecht van de Papoea's te aanvaarden. Nederland droeg op 15 augustus 1962 het bestuur over Nieuw-Guinea over aan de VN. In 1963 werd het bestuur 'tijdelijk' opgedragen aan Indonesië, waarna in 1970 de definitieve inlijving volgde.

6. De "West"

De aandacht voor "de West" – Suriname en de zes eilanden Aruba, Curaçao, Bonaire en Sint Maarten, Sint Eustatius en Saba – Nederlandse Antillen – was heel wat minder dan voor de Oost. De eerste Nederlandse parlementariër kwam er rond 1900. De eerste bezoeken van ministers van koloniën vonden plaats rond 1940. Prins Bernard kwam in 1942 naar Suriname en de Nederlandse Antillen, Prinses Juliana in 1943 naar Curaçao.¹⁸⁰ Dit waren de eerste bezoeken van het Koninklijk Huis na dat van prins Hendrik in 1835! Tegenwoordig is dat wel anders.

De dekolonisatie van de West begon met de al eerder geciteerde radiorede van Koningin Wilhelmina in 1942. Hierin wilde zij niet vooruitlopen op de adviezen van de rijksconferentie die na de bevrijding gehouden zou worden, maar zij stelde zich voor dat die adviezen zich zouden richten op een "Rijksverband, waarin Nederland, Indonesië, Suriname en Curaçao tezamen deel zullen hebben, terwijl zij ieder op zichzelf de eigen, inwendige aangelegenheden in zelfstandigheid en steunend op eigen kracht, doch met den wil elkander bij te staan, zullen behartigen."¹⁸¹ Voor alle duidelijkheid, onder Curaçao werd toen nog verstaan de zes eilanden Aruba, Bonaire, Curaçao, Saba, Sint Eustatius en Sint Maarten.

Zowel de Staten van Curaçao als de Staten van Suriname maakten duidelijk dat het bestuursstelsel verandering behoefde; zij wilden geen onafhankelijkheid, wel volledige zelfbeschikking voor hun inwendige aangelegenheden en daartoe wijzigingen van hun Staatsregelingen. Nederland was een stuk trager dan de politieke leiders in de West zouden willen. Eindelijk begon in januari 1948 de eerste Ronde Tafel Conferentie (RTC) tussen Nederland, Suriname en Curaçao. Enkele Antilliaanse delegatieleden vertrokken al snel omdat hun voorwaarde – de bevoegdheid van Aruba zich van de Antillen los te maken als zelfstandig, gelijk-

¹⁷⁹ Voor meer informatie zie bijvoorbeeld <http://www.kb.nl/dossiers/koloniaal-verleden/nieuw-guinea>.

¹⁸⁰ Voor een reportage daarover zie <http://www.geschiedenis24.nl/speler.program.7075588.html>.

¹⁸¹ Van Helsdingen, a.w. blz. 6.

berechtigd staatsdeel binnen het Koninkrijk – niet werd geaccepteerd.¹⁸² De RTC bereikte een akkoord over het stichten van een verenigd Koninkrijk der Nederlanden op de grondslag van vrijheid, gelijkwaardigheid en verbondenheid. In 1948 kwam een voorontwerp van een rijksgrondwet tot stand, waarin de conclusies van de RTC werden verwerkt. Dat voorontwerp werd al snel ingetrokken vanwege vele Haagse bezwaren. Het ontwerp zou de overzeese gebieden teveel autonomie en teveel medezeggenschap in exclusief Nederlandse aangelegenheden bieden.¹⁸³ Het Nederlands kabinet wilde wel werken aan een Interimregeling voor Suriname en de Nederlandse Antillen “met een sterk autonoom element”.

Op 31 mei 1948 zijn wijzigingen van de Staatsregeling van Suriname en van de Curaçaose Staatsregeling in werking getreden, waarmee binnen de grenzen van de geldende Grondwet, zo volledig mogelijk de verantwoordelijkheid werd overgedragen aan organen van Suriname en Curaçao. Om enkele elementen te noemen: Het algemeen kiesrecht werd ingevoerd. De Staten werden rechtstreeks gekozen en zij kregen een sterkere positie, want voortaan oefenden zij samen met de Gouverneur de wetgevende macht in interne aangelegenheden uit en controleerden zij de uitvoerende macht in interne bestuurszaken. Maar van onafhankelijkheid was geen sprake. De Nederlandse Antillen krijgen ook een Eilandenregeling, waarin veel autonomie wordt toegekend aan de eilanden. Het wordt wel het begin van federalisering genoemd: de eilanden krijgen autonomie op alle terreinen die niet uitdrukkelijk aan het land worden opgedragen.¹⁸⁴

In 1951 kwam de eerder genoemde Interimregeling voor Suriname en de Nederlandse Antillen tot stand. Een jaar later vond weer een Ronde Tafel Conferentie plaats. Suriname toonde zich sterk gekant tegen de mogelijkheid dat het Koninkrijk in de min of meer autonome rijksdelen ingrijpt om de fundamentele rechten en vrijheden te waarborgen (de ‘waarborgfunctie van het Koninkrijk’). Ook eiste Suriname een expliciete erkenning van zijn zelfbeschikkingsrecht en het recht van secessie (het recht zich los te maken van het Koninkrijk). Nederland bleef zich – toen nog wel – hardnekkig daartegen verzetten. Uiteindelijk aanvaardden zowel Suriname als Nederland en de Nederlandse Antillen het Statuut voor het Koninkrijk. Vermoedelijk hebben de grote bedragen die Nederland toezegde voor de ontwikkeling van Suriname daartoe bijgedragen.

Het Statuut voor het Koninkrijk

Op 15 december 1954 vond de proclamatie van het Statuut plaats. Met de vrijwillige aanvaarding van het Statuut door Nederland, Suriname en de Nederlandse

¹⁸² John Jansen van Galen, *Afscheid van de koloniën*, Amsterdam/Antwerpen: Atlas Contact 2013, blz. 284.

¹⁸³ G. Oostindie en I. Klinkers, *Knellende Koninkrijksbanden*, deel I, 1940-1945, Amsterdam University Press, blz. 105-108.

¹⁸⁴ John Jansen van Galen, *Afscheid van de koloniën*, Amsterdam/Antwerpen: Atlas Contact 2013, blz. 286.

Antillen kwam de nieuwe rechtsorde tot stand. De koloniën werden autonome landen, zij konden de eigen belangen zelfstandig behartigen en op voet van gelijkwaardigheid de gemeenschappelijke belangen verzorgen en wederkerig bijstand verlenen.

In 1955 presenteerde Nederland het Statuut aan de Verenigde Naties als de beëindiging van de koloniale status van de rijkdelen. De premiers van Suriname en van de Nederlandse Antillen maakten deel uit van die Nederlandse delegaties. Er vond wel heftige discussie plaats. Er waren twijfels of er al sprake was van een volledige mate van zelfbestuur, zoals het VN-Handvest dat noemde, vanwege de positie van de Gouverneurs, het ontbreken van een volksstemming en de vraag of de rijkdelen het recht hadden om in vrijheid voor een meer zelfstandige status (onafhankelijkheid) te kiezen. Een duidelijk besluit of er nu voldoende zelfbestuur was werd niet genomen. Wel werd, bij resolutie 945, de jaarlijkse rapportageplicht van Nederland over de 'afhankelijke gebieden' opgeheven.¹⁸⁵ De vraag of de dekolonisatie hiermee was voltooid, is dus formeel nooit geheel beantwoord door de VN.¹⁸⁶

7. Veranderingen in het Koninkrijk

Sinds die tijd is het nodige veranderd binnen het Koninkrijk der Nederlanden. Suriname werd zelfstandig in 1975. Begin jaren '80 erkenden zowel Nederland als de zes eilanden het zelfbeschikkingsrecht van elk van die eilanden. Aruba had al bij de onderhandelingen van het Statuut een eigen status nagestreefd, het wilde toen al loskomen van de dominantie van Curaçao in het bestuur van het land de Nederlandse Antillen. In 1986 kreeg het (eindelijk) de status van land (de 'status aparte'). Nederland was daarmee akkoord gegaan onder de voor Aruba onaantrekkelijke voorwaarde dat Aruba in 1996 onafhankelijk zou worden. (Hoe anders was de Nederlandse houding dan indertijd ten opzichte van Indonesië!) Nu wilde Nederland het liefst de banden met de overgebleven delen van het Koninkrijk verbreken. Later kwam de grote omslag van Nederland. Minister Hirsch Ballin presenteerde in 1990 de Schets van een gemenebestconstitutie. De beide Kamers gingen ermee akkoord dat de staatkundige banden met de Nederlandse Antillen en Aruba werden voortgezet, zolang die landen dat wensten. Aruba hoefde dus niet meer zelfstandig te worden. Die in het Statuut vastgelegde verplichting in het Statuut werd soepeltjes vervallen verklaard.

Na een periode van onderhandelingen werd, op 10 oktober 2010, het land Nederlandse Antillen opgeheven. Curaçao en Sint Maarten werden land binnen het Koninkrijk, de drie andere eilanden Bonaire Sint Eustatius en Saba gingen

¹⁸⁵ Resolutie 945 (X) van de Algemene Vergadering van de VN.

¹⁸⁶ Zie uitgebreid over dit onderwerp het proefschrift van S. Hillebrink, *Political Decolonization and self-determination, The case of the Netherlands Antilles and Aruba*, 2007.

deel uitmaken van het staatsbestel van Nederland. In het vervolg van dit artikel wordt de aandacht gevestigd op de ontwikkelingen rond de zelfstandigheid van de Caribische landen.

Inhoud Statuut sinds 10-10-10

Het Statuut is voor het overgrote deel ongewijzigd gebleven sinds 1954. Het vormt – samen met delen van de Grondwet – de constitutionele basis voor de verhoudingen binnen het Koninkrijk. De Koninkrijksregering wordt gevormd door – nu- koning Willem-Alexander en de ministerraad van het Koninkrijk. Die ministerraad bestaat uit de ministers van Nederland en de Gevolmachtigde Ministers van de Caribische landen.

Het Statuut benoemt de koninkrijksaangelegenheden, zoals defensie, buitenlandse betrekkingen en het Nederlandschap. Deze worden geregeld bij rijkswet of algemene maatregel van rijksbestuur (amvrb). Anders dan een gewone wet, geldt een rijkswet in meerdere of alle landen van het Koninkrijk. Een rijkswet wordt vastgesteld door de Koninkrijksregering en de Tweede en Eerste Kamer. Een algemene maatregel van rijksbestuur onderscheidt zich van een algemene maatregel van bestuur, doordat het niet door de regering van het land Nederland, maar door de Koninkrijksregering wordt genomen. De (Afdeling advisering van de) Raad van State van het Koninkrijk adviseert over ontwerprijkswetten en ontwerp-amvrb's. Het Statuut bevat enkele bepalingen over de besluitvorming over koninkrijksaangelegenheden in de rijksministerraad en hoe de Gevolmachtigde Ministers en de parlementen van de Caribische landen daarbij worden betrokken bij de parlementaire behandeling van rijkswetten.

Alle niet in het Statuut genoemde onderwerpen zijn landsaangelegenheid, waarover de landen dus zelf beslissen. De landen hebben dan ook hun eigen Staatsregeling (cf. onze Grondwet), waarin bij voorbeeld hun eigen regering en parlement, en andere instanties zoals een Algemene Rekenkamer, een Ombudsman en een Raad van Advies zijn geregeld. Bij deze landsaangelegenheden geldt dat de landen binnen het Koninkrijk elkaar hulp en bijstand verlenen. De landen kunnen in onderling overleg onderlinge regelingen treffen. Dit kan in de vorm van “consensus-rijkswetten”.

Het Statuut bevat enkele bepalingen die moeten verzekeren dat de staatsinrichting van de landen deugdelijk is. Belangrijk is artikel 43 van het Statuut. Het eerste lid verplicht de landen zorg te dragen voor de verwezenlijking van de fundamentele menselijke rechten en vrijheden, de rechtszekerheid en de deugdelijkheid van het bestuur. Het tweede lid bepaalt dat het waarborgen van deze waarden koninkrijksaangelegenheid is.

De Koninkrijksregering kan ingrijpen in landsaangelegenheden onder bepaalde voorwaarden, door het schorsen of vernietigen van besluiten van het land, of door

zelf voorzieningen te treffen die het land had moeten nemen. Gebruik van deze bevoegdheden betekent een inperking van de autonomie van de landen. Daarom is de Koninkrijksregering erg terughoudend met ingrijpen, in de ogen van Tweede Kamerleden soms te terughoudend.

Slechts wanneer in één van de landen geen redres mogelijk blijkt te zijn van een ontoelaatbare toestand ten aanzien van de handhaving van de mensenrechten, de rechtszekerheid of de deugdelijkheid van bestuur, kan de waarborgtaak van het Koninkrijk aan de orde komen. Vandaar dat sinds 1954 het gebruik van de functie en de daarin geïmpliceerde bevoegdheid om maatregelen te treffen, wordt aangeduid als “*ultimum remedium*”, oftewel een laatste redmiddel.¹⁸⁷

De koninkrijksregering heeft in de afgelopen 59 jaar niet ingegrepen door een schorsings- of vernietigingsbesluit of een algemene maatregel van rijksbestuur op grond van het Statuut. De indruk bestaat dat wel steeds vaker wordt gepraat en gedacht over de mogelijkheid tot dergelijk ingrijpen. Mogelijk houdt dit verband met het feit dat de Nederlandse Antillen als land niet meer bestaat. Als er voor 2010 op een eilandgebied sprake was van ondeugdelijk bestuur, kon de Koninkrijksregering bij algemene maatregel van rijksbestuur op grond van de Staatsregeling ingrijpen.¹⁸⁸ Dan hoefde het zwaar geschut van het Statuut niet in stelling te worden gebracht.

Behalve de statuswijziging van Curaçao en Sint Maarten zijn er in 2010 twee nieuwe elementen opgenomen. Er moet op grond van artikel 12a van het Statuut een rijkswet komen die de behandeling van geschillen tussen het Koninkrijk en een of meer van de landen regelt. Die rijkswet bepaalt ook voor welke geschillen die regeling geldt. Verder is de bepaling over verdragen uitgebreid (artikel 27). In de praktijk is het voor de Caribische landen vaak lastig om tijdig de nodige implementatiewetgeving en – maatregelen te nemen. Ingevolge het nieuwe voorschrift in het Statuut wordt er meer samengewerkt tussen de landen om tijdige implementatie te bevorderen. Ook is de mogelijkheid opgenomen dat bij algemene maatregel van rijksbestuur (door de Koninkrijksregering dus) wordt voorzien in implementatiemaatregelen die het land had moeten treffen. Omdat dit ingrijpen door het Koninkrijk in landsaangelegenheden betreft, zal hiervan, net als bij de genoemde waarborgfunctie, naar verwachting niet tot weinig gebruik worden gemaakt.

¹⁸⁷ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 850, nr 2.

¹⁸⁸ Bij algemene maatregel van rijksbestuur werden in 1960 de leden van het bestuurscollege ontslagen en werden de collegebevoegdheden tijdelijk overgedragen aan de gezaghebber van Curaçao, toen de samenwerking tussen bestuurscollege en eilandsraad stagneerde. In 1993 en in 1994 werden amvrbs vastgesteld om bijzonder toezicht op Sint Maarten te regelen; het bestuur van Sint Maarten voldeed al jarenlang niet meer aan minimaal te stellen eisen van deugdelijk bestuur. Zie C. Borman, *Het Statuut voor het Koninkrijk*, Deventer: Kluwer 2012, derde druk, blz. 172.

Consensusrijkswetten

Rechtspleging en rechtshandhaving zijn landsaangelegenheden, het Statuut merkt ze niet aan als koninkrijksaangelegenheden. Hetzelfde geldt voor begrotingsbeleid en financieel beheer.

Toch zijn deze onderwerpen bij de staatkundige hervorming van 2010 bij rijkswet geregeld. De Caribische onderhandelaars waren daar niet blij mee, maar moesten wel akkoord gaan met regeling bij (consensus)rijkswet om de status van land te kunnen verwerven.¹⁸⁹ Bij consensusrijkswetten wordt de besluitvorming in handen gelegd van de rijksministerraad, de Koning en de Staten-Generaal.¹⁹⁰ Dus als de Caribische landen akkoord gaan met het regelen van een landsaangelegenheid bij rijkswet, geven ze het stemrecht van hun eigen parlement, de Staten, prijs. In de praktijk wordt ervan uitgegaan dat het consensusvereiste bestaat voor zowel vorm als inhoud, en dat de consensus tussen de landen gedurende het hele wetgevingsproces moet blijven bestaan. In het Statuut en aanvullende afspraken in het kader van de staatkundige hervorming is vastgelegd hoe de betrokken eilanden en hun volksvertegenwoordigingen hun invloed konden uitoefenen tijdens de parlementaire behandeling van deze rijkswetten.

Per 10 oktober 2010 zijn in werking getreden de Rijkswet Gemeenschappelijk Hof, Rijkswet Openbaar ministerie, de Rijkswet politie, de Rijkswet Raad voor de rechtshandhaving en de Rijkswet financieel toezicht. De Rijkswet Gemeenschappelijk Hof geldt ook voor Aruba. Sinds Aruba de status aparte verwierf in 1986, bestond er al een Gemeenschappelijk Hof dat recht sprak over dezelfde zes eilanden. De Rijkswet financieel toezicht geldt alleen voor Curaçao en Sint Maarten, de overige drie voor Curaçao, Sint Maarten en Caribisch Nederland (Bonaire, Sint Eustatius en Saba).

Vooraf bij de onderhandelingen over de ontwerp- Rijkswet openbaar ministerie kwam er veel verzet uit de Caribische (ei)landen. Curaçao en Sint Maarten wilden elk een eigen procureur-generaal, en niet één PG voor alle 5 eilanden. Nog heftiger was het verzet tegen de – in de Slotverklaring van 2006 – overeengekomen aanwijzingsbevoegdheid van de Nederlandse minister van Justitie als lid van de rijksministerraad aan de PG.¹⁹¹ Uiteindelijk is die aanwijzingsbevoegdheid er nooit gekomen; de ene PG wel.

¹⁸⁹ Slotverklaring van het bestuurlijk overleg over de toekomstige positie van Curaçao en Sint Maarten van 2 november 2006, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 IV, nr. 9.

¹⁹⁰ C. Borman, *Het Statuut voor het Koninkrijk*, Deventer: Kluwer 2012, derde druk; A.G. van Dijk, *Consensusrijkswetgeving: een bijzonder concept*, in A.L.C. Roos, L.F.M. Verhey (red), *Wetten voor de West*, 2010, uitgave van het Ministerie van Veiligheid en Justitie.

¹⁹¹ G. Oostindie en I. Klinkers, *Gedeeld Koninkrijk*, Amsterdam University Press 2012, blz. 191.

Rijkswet financieel toezicht

De Rijkswet financieel toezicht Curaçao en Sint Maarten is een ander voorbeeld waarbij de autonomie van de Caribische landen kan worden beperkt. Nederland beloofde een groot deel van de Antilliaanse schulden te saneren.¹⁹² In ruil daarvoor moesten de Caribische landen financieel toezicht accepteren. Begrotingsbeleid en financieel beheer bleven autonome taken van de overheid van Curaçao en Sint Maarten. Beide regeringen moeten zich wel houden aan de normen die de rijkswet stelt (zoals een maximale rentelastnorm van 5 %). Het College financieel toezicht heeft een adviserende en signalerende rol. In het uiterste geval kan het College de Koninkrijksregering adviseren een aanwijzing te geven aan de regering van een van beide Caribische landen. Tegen een dergelijke aanwijzing kan beroep bij de Koninkrijksregering worden ingesteld (Kroonberoep). Daarvoor onderzoekt de Raad van State van het Koninkrijk de zaak, hoort beide ‘partijen’, en stelt een advies in de vorm van een ontwerp-koninklijk besluit op. De rijkswet regelt in hoeverre de Koninkrijksregering bij haar beslissing op het beroep gebonden is aan het advies van de Raad.

Tot grote verontwaardiging van het toenmalig kabinet-Schotte van Curaçao heeft de Koninkrijksregering in 2012 gebruik gemaakt van deze aanwijzingsbevoegdheid ten aanzien van Curaçao omdat dit land niet op tijd een begroting vaststelde die voldeed aan de eisen.¹⁹³ Het Curaçaose verzoek om de aanwijzing te schorsen werd afgewezen. De Afdeling advisering van de Raad van State van het Koninkrijk achtte het beroep slechts op enkele onderdelen gegrond. De Koninkrijksregering handhaafde dus – op die onderdelen na – het eerder genomen besluit.¹⁹⁴ In september 2013 wist Sint Maarten nog net tijdig een begroting (voor 2013!) vast te stellen, anders was ook daar een aanwijzing gegeven. Hetzelfde geldt voor de begroting voor 2014 van Sint Maarten; ook die werd op het laatste nippertje vastgesteld.

De Rijkswet financieel toezicht zal kunnen vervallen als de landen structureel – dat wil zeggen ten minste de laatste drie jaren – voldoen aan de normen van de rijkswet en deze normen in zijn regelgeving heeft verankerd. De landen kunnen zich bevrijden van het financieel toezicht door structureel aan eisen als begrotingsevenwicht en een beperkte rentelastnorm te voldoen. Zo ver is het nu nog niet.

Democratisch deficit

Koninkrijksaangelegenheden worden bij rijkswet of algemene maatregel van rijksbestuur geregeld.¹⁹⁵ Zoals we zagen worden ook enkele landsaangelegenheden bij

¹⁹² Hiervoor werd in de Voorjaarsnota 2007 een bedrag van maximaal 2,2 miljard euro gereserveerd.

¹⁹³ Koninklijk besluit van 13 juli 2012, Stb. 2012, 338.

¹⁹⁴ Koninklijk besluit van 2 november 2012, Stb. 535.

¹⁹⁵ Tenzij de regeling alleen voor Nederland geldt, dan kan worden volstaan met een regeling bij wet of algemene maatregel van bestuur.

(consensus)rijkswet geregeld. Voor Nederland maakt het niet zoveel uit of een onderwerp bij rijkswet of bij wet wordt geregeld. Een rijkswet wordt vastgesteld door de Koninkrijksregering en de Staten-Generaal gezamenlijk. De Caribische parlementen (de Staten) hebben hierbij geen stemrecht. Zij kunnen wel een rol van belang spelen in de parlementaire behandeling: zij kunnen een schriftelijk verslag sturen aan de Tweede Kamer. Ook kunnen zij bijzondere gedelegeerden aanwijzen die de mondelinge behandeling in de Tweede en Eerste Kamer kunnen bijwonen; zij kunnen daar ook voorlichting geven. Zij mogen amendementen indienen.¹⁹⁶ In de praktijk mogen ze in de Tweede Kamer wel, in de Eerste Kamer geen moties indienen. Zij hebben echter geen stemrecht. Dat betekent niet dat er zomaar rijkswetten tegen de zin van de Cariben tot stand komen. De Gevolmachtigde Minister of de bijzondere gedelegeerden kunnen zich tegen een voorstel uitspreken. Als dan stemming plaatsvindt en het voorstel wordt met minder dan drievijfde meerderheid aangenomen, moet het voorstel ingevolge het Statuut opnieuw in de rijksministerraad worden besproken. In de praktijk is er een groot streven naar consensus.

Lastiger is dat de Koninkrijksregering niet tegenover een koninkrijksparlament verantwoording hoeft af te leggen; er is geen koninkrijksparlament. Ministers leggen verantwoording af aan de Tweede en Eerste Kamer. De Kamers kunnen de Nederlandse ministers wel naar huis sturen, maar niet de rijksministerraad als geheel. Er zijn verschillende rapporten geschreven met aanbevelingen om te komen tot een oplossing van wat is gaan heten het 'democratisch deficit', maar een echte oplossing is eigenlijk niet te vinden.¹⁹⁷

De (nabije) toekomst van het Koninkrijk

Het is nu voorjaar 2014, drieënhalf jaar na de staatkundige hervorming. De voorbereidingen voor de afgesproken evaluatie van de rijkswetten, en de wetten die de staatkundige positie van de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba bepalen, zijn in volle gang.

Aruba heeft grootse plannen om als *hub* tussen Europa en de beide Amerika's te fungeren. In oktober 2013 is een nieuw kabinet-Eman aangetreden, een enthousiast kabinet dat graag samenwerkt binnen het Koninkrijk, maar ook kampt met grote financiële tekorten.

¹⁹⁶ Bij de behandeling van de wijziging van het Statuut is een amendement van twee Arubaanse Statenleden, inzake de geschillenregeling in artikel 12a Statuut, aangenomen. Ook de Gevolmachtigde Minister van een Caribisch land mag een amendement indienen. Dat is bij mijn weten slechts eenmaal gebeurd, bij de Rijkswet Kustwacht. *Kamerstukken II 2007/08*, 30 531 (R1810), nr 13.

¹⁹⁷ Het meest recent is het rapport Kiezen voor het Koninkrijk van de commissie Democratisch deficit onder voorzitterschap van mevrouw Brooks-Salmon in november 2009.

Curaçao heeft een zware tijd achter de rug met protesten, een ernstige kabinetscrisis, de genoemde aanwijzing op grond van de Rijkswet financieel toezicht, een interim- en een takenkabinet, de moord op Pueblo Soberano-leider Wiels. Het lijkt erop dat de rust weer terugkeert.

Ook op Sint Maarten loopt het niet makkelijk. De overheid moest snel een organisatie op poten zetten met alle instanties die bij het regeren van een land behoren, en dat met maar een beperkte vijver om deskundig personeel uit te vissen. Het land kreeg te maken met twee wisselingen van kabinet door wisselende meerderheden na de verkiezingen van 2010. Er waren dreigende aanwijzingen op financieel gebied, geruchten en een uitgelekte video die in de richting wijzen van corruptie. De Koninkrijksregering heeft een aanwijzing aan de Gouverneur gegeven om onderzoek te doen naar het behoorlijk en integer functioneren van het openbaar bestuur van Sint Maarten. Intussen heeft de regering van Sint Maarten zelf ook initiatieven genomen tot onderzoek. In de loop van 2014 zullen naar verwachting resultaten van de onderzoeken naar buiten komen.

Intussen wordt gewerkt aan de voorbereiding van de Koninkrijksconferentie 2014. Deze bijeenkomst van de vier landsregeringen zou – zo sprak men in 2010 af – jaarlijks plaatsvinden. Gedachte achter de Koninkrijksconferentie is dat de vier landen op basis van gelijkwaardigheid met elkaar overleggen. (In de ministerraad van het Koninkrijk zijn de Caribische landen altijd in de (getalsmatige) minderheid.) Tijdens de eerste Koninkrijksconferentie in december 2011 hebben de regeringen van de landen van het Koninkrijk uitdrukkelijk het belang en de meerwaarde van het Koninkrijk erkend. Ook hebben ze het grote belang erkend van samenwerking tussen de landen voor de bevordering van de welvaart en het welzijn van de bevolkingen van de landen. Dat heeft echter nog niet geleid tot grootse plannen voor meer samenwerking. De toen ingestelde werkgroepen hebben op het moment van schrijven nog geen resultaat opgeleverd.

8. Tot slot

Nederland heeft al – in ieder geval in woorden – vanaf begin 20e eeuw toegevoerd naar meer zelfstandigheid van de (voormalige) koloniën. Met Indonesië wilde Nederland na de Tweede Wereldoorlog graag een Unie vormen, waarin voor Indonesië een grote mate van zelfstandigheid werd gecreëerd. Indonesië koos echter zelf voor het losmaken van de banden met het Koninkrijk. Het Koninkrijk werd in 1954 gevormd door Nederland, Suriname en de Nederlandse Antillen. Deze landen kozen vrijwillig voor deze rechtsorde, die net als de eerder beoogde Unie met Indonesië gebaseerd was op enkele pijlers: grote mate van autonomie, samenwerking tussen de landen, enkele koninkrijksaangelegenheden waaronder de ene nationaliteit, en de waarborgfunctie van het Koninkrijk. De zelfstandigheid die de Caribische landen sinds 1922 hebben bereikt, is vele malen groter dan des-

tijds. Bosman (VVD) en Van Raak (SP), leden van de Tweede Kamer, publiceerden samen een initiatiefnota waarin zij een toekomst voor het Koninkrijk zien in de vorm van een gemenebestconstructie, een samenwerkingsverband op basis van gelijkwaardigheid en waar niemand zeggenschap heeft over de ander, maar waar ook niemand verantwoordelijk is voor een ander. Ook in Curaçao en Sint Maarten gaan stemmen op die de afschaffing van de waarborgfunctie van het Koninkrijk en van het financieel toezicht bepleiten. Het ziet er niet naar uit dat in de nabije toekomst een volgende stap, de stap naar volkenkundige onafhankelijkheid, zal worden gezet.

1940 – 1945

De regering in ballingschap

Lester von Meijenfeldt

Gedurende de Tweede Wereldoorlog was de Nederlandse regering uitgeweken naar Londen. Vanuit daar meende zij het staatsgezag te kunnen continueren. Al snel rezen verschillende staatsrechtelijke complicaties. In dit artikel wordt ingegaan op de uitkomst die het staatsnoodrecht de regering daarvoor bood. De behoefte aan (staats)noodrecht bestaat niet alleen in tijden van oorlog, maar ook in tijden van vrede. Het is onmogelijk om op elke situatie te anticiperen en daar een oplossing voor aan te dragen. Het vastleggen van allerlei regels ‘voor het geval dat’ is een illusie voor rechtszekerheid. Rechtsregels zijn namelijk een product van hun tijd. Daaraan kleeft altijd het gebrek van onjuistheid, onduidelijkheid en onvolledigheid. Bij een spanning tussen geldigheid en werkelijkheid is het zonder de hulp van het ongeschreven (staats)noodrecht kiezen tussen twee kwaden.

1. De meidagen van 1940

In de vroege morgenuren van vrijdag 10 mei 1940 werd Nederland onverhoeds getroffen door het oorlogsgeweld. Om 3 uur 55, *X-Zeit*, vielen de Duitse strijdkrachten, zonder voorafgaande oorlogsverklaring, ons land binnen. Nederland was in oorlog met Nazi-Duitsland.

Al snel bleek Nederland geen weerstand te kunnen bieden aan de Duitse invasie. Twee dagen na de inval gaf generaal Winkelman, opperbevelhebber van de land- en zeemacht, te kennen dat het binnen enkele dagen afgelopen zou zijn, en dat de capitulatie aanstaande was, indien hulp van bondgenoten uit zou blijven.

De ministerraad achtte het daarom verstandig dat Koningin Wilhelmina het land onmiddellijk zou verlaten. Met veel tegenzin, en na veelvuldig aandringen, besloot zij Den Haag te verruilen voor Zeeuws-Vlaanderen. Op Paasmaandag vertrok de Britse torpedobootjager *Hereward* met Hare Majesteit van Hoek van Holland. Al snel bleek de route naar Breskens doorkruist door een mijnenveld. Omdat terugkeren onmogelijk was, werd uitgeweken naar de Britse havenstad Harwich. Een route die het prinselijke paar haar een dag eerder voorging.

In de ministerraad werd vervolgens ook de eigen positie besproken. Het Kabinet-De Geer II had de grootst mogelijk moeite vast te stellen wat zijn plicht

was: moesten de ministers hun positie handhaven, met het risico van gevangenneming, of moesten ook zij voor een onbepaalde tijd uitwijken naar een veilige haven? Na een zwaar beraad werd voor de laatste optie gekozen en het regeringsgezag werd overgedragen aan Winkelman. Even na zeven uur 's avonds verliet de torpedoboot *Windsor* Hoek van Holland met negen ministers aan boord. Ook zij stevenden af op Harwich.

Op 14 mei waren Koningin en ministers herenigd in London. De ministers namen aanvankelijk hun intrek in het chique hotel Grosvenor House, aan het Hyde Park gelegen, alwaar zij ook vergaderden. Op 29 mei betrok de regering het moderne kantoorgebouw Stratton House aan Piccadilly. Door bemiddeling van Koninklijke Shell slaagde men erin een viertal etages te huren. De ministers deelden het gebouw onder meer met de Poolse regering in ballingschap.

Na het bombardement op Rotterdam en de dreiging dat Utrecht hetzelfde lot stond te wachten, ondertekende generaal Winkelman op woensdag 15 mei, om kwart over tien 's ochtends, in de Christelijke school van Rijsoord de capitulatie-overeenkomst; zij het dat de strijd in Zeeland voortgezet werd. De Nederlandse regering werd hiervan telefonisch op de hoogte gesteld. Vervolgens vaardigde zij een proclamatie uit waarin werd aangegeven dat de strijd doorging. Winkelman mocht dan wel getekend hebben, maar er was geen sprake van regeringscapitulatie. Zo ontstond de eerste, en tevens enige, Nederlandse regering in ballingschap.¹⁹⁸

2. Staatsrechtelijke complicaties

De regeringsproclamatie van 14 mei 1940 gaf aan dat de regeringszetel noodzakelijkerwijs tijdelijk was verplaatst naar het buitenland, van waaruit het staatsgezag werd gecontinueerd. De verplaatsing van de regeringszetel en continuering van het staatsgezag brachten enkele staatsrechtelijke complicaties met zich mee.

Het obstakel voor de verplaatsing van de regeringszetel vormde artikel 21, tweede volzin, van de Grondwet van 1938: *'in geen geval kan de zetel der regering buiten het Rijk worden verplaatst.'* Hoewel de Grondwet zetelverplaatsing woordelijk uitsloot, achtte men het uitwijken van de regering naar Londen niet in strijd met het recht. Wetten zijn immers alleen voor normale tijden geschreven, zo ook de Grondwet, aldus luidde de heersende rechtsopvatting.¹⁹⁹ In 1917 had Struycken al geschreven dat de Grondwet niet uitdrukkelijk het verlies van het koninklijk gezag had beoogd, noch de ongeldigheid van de besluiten die in het buitenland door de

¹⁹⁸ Zie voor een gedetailleerde uiteenzetting van de eerste oorlogsdagen: L. de Jong, *Het Koninkrijk der Nederlanden in de Tweede Wereldoorlog. Deel 3. Mei '40*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1970.

¹⁹⁹ M.I. Prins, *Staatsnoodrecht* (diss. UvA), Amsterdam: Erven Martin G. Cohen 1911, p. 42-43.

regering werden genomen.²⁰⁰ Deze stelling werd door de regering onderschreven bij de grondwetsherziening van 1922. Tegenover de Eerste Kamer beweerde zij dat een bepaling die verplaatsing van de regeringszetel naar het buitenland in noodgevallen toestond, niet nodig was, omdat de Grondwet alleen voor normale tijden was geschreven.²⁰¹ Aangezien er, door de Duitse inval, sprake was van “abnormale tijden”, kon van de Grondwet worden afgeweken. Een te rigide vasthouden aan de letter van de wet zou tot de absurde consequentie leiden dat de Nederlandse regering, uit haar land verdreven, niets zou mogen ondernemen om terug te komen. Dat terwijl het de hoogste plicht van de Kroon is om alles te doen tot het herstel van de Nederlandse onafhankelijkheid.²⁰²

Het obstakel voor de continuering van het staatsgezag vanuit Londen vormde artikel 112 van de Grondwet van 1938: *‘de wetgevende macht wordt gezamenlijk door den Koning en de Staten-Generaal uitgeoefend.’* Nu alle Kamerleden in Nederland waren achtergebleven – met uitzondering van één Kamerlid – en niet meer bijeen kwamen, was het niet meer mogelijk om wetgeving tot stand te brengen. Welke maatregelen kan de regering in ballingschap dan nemen om de strijd tegen de vijand voort te zetten? De regering mist op het eerste gezicht vrijwel ieder dwangmiddel: zij kan geen belasting heffen; geen militaire of burgerlijk diensten van haar onderdanen afdwingen; geen straffen bedreigen of opleggen; en niet ont-eigenen of vorderen. Maar gelukkig werd een uitkomst gevonden in het staatsnoodrecht, die al het hierboven genoemde mogelijk maakte buiten het bezette Nederland.

3. Staatsnoodrecht in theorie

Om haar staatsgezag te continueren deed de regering een beroep op staatsnoodrecht. Een leerstuk dat tot dan toe een zuiver academische waarde had, werd opeens de bittere realiteit.²⁰³ Wat is dit staatsnoodrecht precies?

Staatsnoodrecht is het recht dat betrekking heeft op het optreden van de overheid in noodsituaties. Er is sprake van een noodsituatie wanneer de veiligheid van de staat wordt bedreigd, en de normale bevoegdheden onvoldoende zijn om deze bedreigingen het hoofd te bieden. Voor noodsituaties geldt noodrecht. De gedachte hierachter is dat het vasthouden aan “gewoon recht” in tijden van crisis ertoe kan leiden dat de crisis zich verscherpt in plaats van dat ze wordt opgelost. De nood kan eisen dat aan bepaalde procedures wordt voorbijgegaan en dat

²⁰⁰ A.A.H. Struycken, *Het staatsrecht van het Koninkrijk der Nederlanden*, Arnhem: S. Gouda Quint 1928, p. 352.

²⁰¹ *Handelingen I 1921/21*, 90, p. 522.

²⁰² W.G. Belinfante ‘Het staatsnoodrecht in de Londense praktijk’, *Advocatenblad* 15 april 1949, nr. 4, p. 93.

²⁰³ E. Brongersma, ‘Staatsnoodrecht en democratie’, *NJB* 25 oktober 1947, afl. 36, p. 601.

bepaalde bevoegdheden worden uitgebreid. Hierdoor is de overheid in noodsituaties bevoegd tot handelingen die onder normale omstandigheden niet mogelijk zijn.²⁰⁴

De noodtoestand geniet meer bekendheid in het strafrecht en burgerlijk recht. Maar evenals de burger kan de Nederlandse overheid in een noodtoestand verkeren. Bij een noodtoestand treedt een conflict van plichten op. De overheid moet in geval van een noodtoestand een afweging maken tussen de wettelijke plicht en de morele, hoger te achten plicht. De overheid wordt gedwongen te kiezen tussen twee kwaden. Ófwel de staat blijf de normale procedures volgen waarin voldoende rechtsstatelijke en democratische waarborgen zijn ingebouwd en loopt hiermee, vanwege de trage handelingssnelheid en begrensde bevoegdheden, het risico ten onder te gaan, óf de staat schort tijdelijk bepaalde beginselen op teneinde de dreiging, door middel van snel en ingrijpend handelen, het hoofd te bieden.²⁰⁵

Nood breekt wet. Indien de feiten sterker zijn geworden dan de normen, dient er van de normen te worden afgeweken. Om op dat moment juridische improvisatie te voorkomen is het staatsnoodrecht ontwikkeld. Er kunnen zich echter situaties voordoen waarin ook dit geschreven staatsnoodrecht tekort schiet. In dat geval kan de overheid terugvallen op ongeschreven staatsnoodrecht. Het ongeschreven staatsrecht geeft de wetgever, en in diens afwezigheid de regering, de bevoegdheid *'om in geval van nood maatregelen te treffen die afwijken van het voor normale omstandigheden geldende recht, mits deze maatregelen geboden kunnen zijn ter bescherming van de aan de zorg van de overheid toevertrouwde belangen.'*²⁰⁶

4. Staatsnoodrecht in praktijk

Terug naar het jaar 1940. Aangezien de grondwetgever een totale oorlog, waarbij het gehele grondgebied strijdtoneel zou zijn, niet had voorzien, kon van de Grondwet en het geschreven staatsnoodrecht worden afgeweken.

Nu de Staten-Generaal door de buitengewone omstandigheden niet in staat waren aan de wetgevende taak deel te nemen, heeft de regering zich op grond van ongeschreven staatsnoodrecht bevoegd geacht die taak zelfstandig uit te oefenen. Het scheppen van rechtsregels wordt voor de staat gezien als een onontbeerlijke levensrichting. In alle omstandigheden moet er een wetgevend orgaan zijn, wil de staat overleven. Wanneer het normale wetgevende orgaan onmogelijk kan

²⁰⁴ Zie over noodsituaties: E.T. Brainich von Brainich Felth, *Staatsnoodrecht* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

²⁰⁵ Zie voor meer over dit duivels dilemma: M. Ignatieff, *The lesser evil: political ethics in an age of terror: the Gifford lectures*, Princeton: Princeton University Press 2004.

²⁰⁶ C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 197.

functioneren, moet een ander orgaan deze taak overnemen, dat dan een gelijke bevoegdheid bezit, zo redeneerde men.²⁰⁷

Wetgeving geschiedde bij koninklijke besluiten die als “wetsbesluiten” werden aangeduid. Deze koninklijke besluiten hadden kracht van wet. Herhaaldelijk is bij zo'n wetsbesluit een bestaande wet gewijzigd, of van bestaande wetten, soms zelfs van de Grondwet, afgeweken. Zo werden de begrotingen gedurende de bezettingsjaren bij koninklijk besluit vastgesteld, terwijl artikel 126 van de Grondwet van 1938 begrotingen bij wet voorschreef.

Het wetgevingsproces zag er aanvankelijk als volgt uit. De besluiten werden voorbereid op de departementen. Vervolgens werd de ontwerp tekst besproken in de ministerraad. Daarna volgde de handtekening van de Koningin en plaatsing in het Staatsblad.²⁰⁸ Na verloop van enige tijd zijn de Buitengewone Algemene Rekenkamer en de Buitengewone Raad van Advies in het leven geroep, die tot op zekere hoogte in het gebrek aan toezicht en controle moesten voorzien.

Het bepalen van het beleid en het nemen van beslissingen ter uitvoering daarvan kon in de Londense periode uitsluitend met instemming van de Koningin. Zij beschouwde zich als representant van de continuïteit van de Nederlandse staat en meende dat, nu het parlement niet meer kon functioneren, de ministers aan haar verantwoording hadden af te leggen.²⁰⁹

5. Enkele wetsbesluiten nader bezien

In het parlamentsloze tijdperk zijn in totaal 704 koninklijke besluiten in het Staatsblad gepubliceerd, waarvan in ieder geval 460 besluiten als wetsbesluiten kunnen worden gekwalificeerd. De wetsbesluiten waren met name gericht op de oorlogvoering, het bestuur en maatschappelijk leven na de oorlog en op de overzeese gebiedsdelen. Hieronder drie interessante wetsbesluiten ter illustratie van de materie die zoal geregeld werd in wetsbesluiten.

Al snel na de zetelverplaatsing werd de leer van het staatsnoodrecht in praktijk gebracht. Het eerste wetsbesluit (*Stb.* A 1) liet niet lang op zich wachten. Al op 24 mei, tien dagen na het vertrek uit Hoek van Holland, vaardigde de regering haar eerste wetsbesluit uit, welke bepaalde dat de Nederlandse staat tijdelijk eigenaar zou worden van buitenlandse tegoeden en bezittingen van personen en bedrijven die in het bezette Nederland waren gevestigd. Hierdoor konden zij niet worden

²⁰⁷ E. Brongersma, 'Staatsnoodrecht en democratie', *NJB* 25 oktober 1947, afl. 36, p. 605.

²⁰⁸ J.C.E. van den Brandhof, *De besluitwetgeving van de kabinetten De Geer en Gerbrandy* (diss. UvA), Deventer: Kluwer, p. 109.

²⁰⁹ J.C.E. van den Brandhof, *De besluitwetgeving van de kabinetten De Geer en Gerbrandy* (diss. UvA), Deventer: Kluwer, p. 73.

gedwongen hun bezittingen naar een tussenpersoon in een neutraal land over te maken die deze naar de bezetter zou doorsluizen.

Het koninklijke besluit van 8 augustus 1940 (*Stb. A 10*) was omstreden. Het besluit strekte tot instelling van de dienstplicht voor Nederlandse mannen woonachtig in Groot-Brittannië, de Verenigde Staten van Amerika en Canada. De regering achtte het noodzakelijk om een eigen legertje op te bouwen als bijdrage aan het geallieerde voornemen Europa zo spoedig mogelijk van de Nazi's te bevrijden en om na de bevrijding weer onmiddellijk een legermacht ter beschikking te hebben. Spottend werd dit het "showlegertje van Wilhelmina" genoemd.²¹⁰

Het meest omstreden waren de vier wetsbesluiten van 22 december 1943 (*Stb. D 61-64*) die zagen op aanpassing van het strafrecht en de rechtspleging. Met de mogelijk bevrijding van Nederland diende zich het probleem aan wat er zou moeten gebeuren met hen, die onder landverraders werden geschaard. De Nederlandse regering vreesde voor "bijltjesdag". Bijltjesdag was een algemeen bekende uitdrukking tijdens de bezetting in Nederland. Iedere Nederlander zou tegen de bevrijding zijn bijl slijpen en op het ogenblik van de bevrijding daarmee de dichtstbijzijnde NSB'er of de NSB'er met wie hij nog een rekening te vereffenen had, te lijf gaan. De regering wilde daarom onmiddellijk na de bevrijding kunnen optreden tegen handlangers van de vijand, zodat de bevolking niet het recht in eigen hand zou nemen. Men verlangde snel en streng recht. Wachten tot de Staten-Generaal weer bijeen zouden zijn was dus geen optie.

Collaboratie met de bezetters werd in het Buitengewoon Besluit Strafrecht (*Stb. D 61*) met terugwerkende kracht strafbaar gesteld. Artikel 1 van het Wetboek van Strafrecht, de codificatie van het *nulla poena sine lege*-beginsel, werd niet van toepassing verklaard voor de misdrijven omschreven in het besluit. De strafbepalingen waren dus van toepassing op daden, begaan voordat de dader die strafbepalingen kennen kon.

Niet alleen werden handelingen met terugwerkende kracht strafbaar gesteld, ook werden bepaalde straffen geherintroduceerd. De doodstraf, die in 1870 was afgeschaft, werd met terugwerkende kracht weer ingesteld. Het Wetboek van Militair Strafrecht kende nog wel de doodstraf, maar deze kon alleen opgelegd worden als de veiligheid van de staat dat eiste. Navolging van dit vereiste zou tot gevolg hebben dat de doodstraf niet kon worden opgelegd; de oorlog was immers afgelopen. Het vereiste werd daarom niet van toepassing verklaard.

²¹⁰ Andere literatuur over dit onderwerp: P. Schumacher, *Voor het Vaderland weg. Nederlandse dienstweigeraars in de Tweede Wereldoorlog*, Amsterdam: Vangennep 2007.

Het wetsbesluit negeerde nog een andere waarborg van het militair strafrecht. Volgens militair strafrecht kon in tijden van oorlog enkel de doodstraf opgelegd worden op misdrijven die in tijden van vrede bedreigd werden met een levenslange gevangenisstraf. Het Buitengewoon Besluit Strafrecht maakte dit echter al mogelijk tegen misdrijven die in tijden van vrede met “slechts” vijftien jaar gevangenisstraf werden bedreigd.²¹¹

Drie van de vier omstreden wetsbesluiten gelden tot vandaag de dag.²¹² In totaal zijn er tien wetsbesluiten overgebleven die tot op heden gelden, waarvan het Bijzondere Besluit Arbeidsverhoudingen de meest bekende is.

6. De rechtskracht en onschendbaarheid van wetsbesluiten

Op 5 mei 1945 was geheel Nederland bevrijd. Er kon worden teruggekeerd naar de gewone rechtstoestand. Bij deze terugkeer waren er twee *questions brûlantes*: wat is de rechtskracht van wetsbesluiten en zijn zij onschendbaar?

Bij de rechtskracht van wetsbesluiten gaat het om de vraag of het juridisch noodzakelijk is de uitgevaardigde wetsbesluiten alsnog door de grondwettelijk aangewezen wetgevende organen te laten bekrachtigen. Over dit vraagstuk heeft de Tweede Kamer vier dagen lang, van 8 tot 11 januari 1946, beraadslaagd. Deze beraadslaging is later bekend komen te staan als het “legalisatiedebat”.

De regering meende dat de besluiten, gezien de noodtoestand, rechtsgeldig tot stand waren gekomen en nadere bekrachtiging niet behoefden. Nu de besluiten eenmaal geldig tot stand waren gekomen, was hun gelding niet tot de noodtoestand beperkt. ‘*Het is een algemeen beginsel van ons Staatsrecht, dat geldig tot stand gekomen wettelijke regelingen haar werkingskracht niet verliezen dan indien zij door andere regelingen worden afgeschaft*,’ aldus de Minister van Justitie.²¹³

Kamerleden Donker en Joekes meende daarentegen dat bekrachtiging juist wel juridisch noodzakelijk moest worden geacht. Zij zagen de regering in nood niet als wetgever, maar slechts als noodwetgever. Haar product was dan ook een noodwet, die latere bekrachtiging behoefde door de werkelijke wetgever. Zij dienden ieder een motie in die aandrang op bekrachtiging van de wetsbesluiten door de formele wetgever conform de grondwettelijke procedure. De moties werden met

²¹¹ Zie voor meer over de bijzondere rechtspleging: A.D. Belinfante, *In plaats van bijltjesdag. De geschiedenis van de bijzondere rechtspleging na de Tweede Wereldoorlog*, Assen: Van Gorcum 1978.

²¹² Besluit Buitengewoon Strafrecht, *Stb.* D 61; Besluit op de Bijzondere Gerechtshoven, *Stb.* D 62; Besluit Buitengewone Rechtspleging, *Stb.* D 63.

²¹³ *Handelingen II 1945/46*, p. 217-218. Zie ook de regeringsnota van 11 december 1945, getiteld ‘Nota omtrent een aantal punten van Regeringsbeleid’, *bijlage Handelingen II 1945/46*, nr. 123, p. 7.

een ruime meerderheid door de Kamer verworpen. Daarmee onderschreef de Kamer het standpunt van de regering.²¹⁴

Indien de moties wel waren aangenomen zouden deze niet tot het gewenste resultaat kunnen leiden. De wetgever was namelijk niet bevoegd om alle wetsbesluiten te bekrachtigen, omdat sommige daarvan indruisten tegen de Grondwet. Hernieuwde vaststelling van wetsbesluiten die materieel tegen de Grondwet indruisen is ongeoorloofd. Immers, deze zou plaats hebben op een ogenblik dat beroep op noodrecht niet meer kon worden gedaan.²¹⁵

Bij de onschendbaarheid van wetsbesluiten gaat het om de vraag of de wetsbesluiten onderworpen zijn aan het toetsingsrecht van de rechter. Artikel 124, tweede lid, van de Grondwet van 1938 bepaalde dat wetten onschendbaar waren. Vraag was of deze bepaling eveneens gold voor wetsbesluiten. Minister van Justitie Kolfshoten meende van wel; van der Pot, en hij stond niet alleen, vond van niet. ‘*Het is,*’ zo stelde hij, ‘*immers de plicht [van de rechter] om elke nationale regel waarvan hem de toepassing gevraagd wordt, op zijn rechtsgeldigheid te toetsen, behalve wanneer hem dit met zoveel woorden is verboden.*’²¹⁶

Nadat verschillende rechterlijke colleges tot zeer uiteenlopende rechtsopvattingen waren gekomen,²¹⁷ hakte de onteigeningskamer van de Hoge Raad op 30 oktober 1946 de juridische knoop door. Ingevolge deze uitspraak van de Hoge Raad hebben wetsbesluiten weliswaar kracht van wet, maar delen zij niet in het voorrecht van onschendbaarheid. De Hoge Raad erkent hiermee het recht tot toetsing van wetsbesluiten. De toetsing is echter beperkt tot een zogenaamde marginale redelijkheidstoets: de rechter heeft alleen te beoordelen of het redelijkerwijs mogelijk is dat enige regering het te goeder trouw noodzakelijk zou hebben kunnen achten een bepaalde materie van wetgevende aard te hand te nemen, zonder herstel af te wachten.²¹⁸

²¹⁴ *Handelingen II 1945/46*, p. 245. Zie ook: P.H.J. Körver, *De besluitwetgeving van de Nederlandse regering in Londen in internationaal-rechtelijk en staatsrechtelijk perspectief* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2004, p. 151.

²¹⁵ *Handelingen II 1945/46*, p. 178.

²¹⁶ C.W. van der Pot, ‘Openingsrede Nederlandsche Juristen Vereeniging 1946’, *NJB* 1946, p. 444.

²¹⁷ Zie onder meer: Bijzonder Gerechtshof Amsterdam, 9 november 1945, *N.O.R.* 29; Bijzondere Raad van Cassatie 5 december 1945, *N.O.R.* 150; Bijzonder Gerechtshof ’s Hertogenbosch 13 en 26 februari 1946, *N.O.R.* 43 en 51; Rechtbank Rotterdam 28 maart 1946, *NJ* 1946, 215; Rechtbank Rotterdam 18 september 1946, *NJ* 1946, 727.

²¹⁸ HR 30 oktober 1946, *NJ* 1946, 737 (concl. A-G A. Rombach; m.nt. D.J. Veegens).

7. Staatsnoodrecht in de 21ste eeuw

Men kan zich afvragen of er vandaag de dag nog behoefte is aan ongeschreven staatsnoodrecht. Ondanks het feit dat Nederland nog steeds een grensconflict heeft met Duitsland,²¹⁹ lijkt een gewelddadige confrontatie met onze oosterburen, of enig ander ons omringend land, niet aanstaande. Bovendien hebben we een waslijst aan geschreven staatsnoodrecht ‘voor het geval dat’.²²⁰ Wie zich hierdoor tot de conclusie laat verleiden dat de behoefte aan ongeschreven staatsnoodrecht daarmee verdwijnt, komt bedrogen uit. Het is namelijk zo dat de reikwijdte van het staatsnoodrecht breder is dan alleen oorlogen. Men onderscheidt vier situaties waarin staatsnoodrecht nodig kan zijn.²²¹

De eerste situatie betreft bescherming van de uitwendige veiligheid. De uitwendige veiligheid ziet op de handhaving van de onafhankelijkheid van de staat en de verdediging van het grondgebied. Hierbij valt te denken aan een internationale oorlog, een gewapend conflict en terroristische aanslagen. De achtereenvolgende gebeurtenissen van 9/11 en de aanslagen op het openbaar vervoer van Madrid en Londen hebben ons nogmaals de kwetsbaarheid van onze samenleving getoond. Deze kwetsbaarheid wordt des te zichtbaarder door cyberbedreigingen.

Aan de andere kant is er de inwendige veiligheid, waarbij het gaat om de bescherming van de rechtsorde tegen bedreigingen van binnenuit. Gedacht kan onder meer worden aan ernstige verstoringen van de openbare orde, interne gewapende conflicten, protesten, oproer en opstand. Hoewel de Nederlandse samenleving doorgaans niet wordt gekenmerkt door een onstuimig karakter, hebben escalaties naar aanleiding van voetbalwedstrijden en strand- en verjaardagsfeesten ons uit de illusie geholpen dat zij in het geheel niet bestaat.

Ten derde is er de algemene veiligheid. De verstoringen hebben hier, anders dan bij de uitwendige en inwendige veiligheid, een natuurlijke oorzaak. Hierbij kan gedacht worden aan epidemieën, natuurrampen of soortgelijke catastrofes. Er wordt niet zonder reden gezegd dat Nederland een eeuwig durende oorlog met de zeeën voert. Dat hebben de watersnoodramp van 1953, de evacuatie van het Rivierenland in 1995 en ontelbare Allerheiligenvloeden anders wel bewezen. Als wij de alarmerende klimatologen mogen gevolgen, staat ons door de klimaatverandering een behoorlijke “oorlog” te wachten.

²¹⁹ Het precieze verloop van de Nederlands-Duitsland zeegrens bij de monding van de Eems is een slepende kwestie. Met de ondertekening van een akkoord op hoofdlijnen in de zomer van 2013 is een stap gezet in de beslechting van de zogenaamde Eems-Dollardkwestie.

²²⁰ Zie de bijlagen van de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden.

²²¹ E.T. Brainich von Brainich Felth, *Staatsnoodrecht* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 82-86.

Ten slotte is er de economische veiligheid. In 1936, tijdens de vorige grote economische crisis, heeft het kabinet Colijn-III nog met gebruik van ongeschreven staatsnoodrecht de gulden gedevalueerd. De huidige economische crisis, die niet alleen banken maar ook valuta doet wankelen, zou wel eens aanleiding kunnen geven om wederom een beroep te doen op ongeschreven staatsnoodrecht.

Het is vrijwel onmogelijk om alle mogelijke gevaren te overzien, en te voorzien van een adequate oplossing. Het vastleggen van allerlei regels 'voor het geval dat' is dan ook een illusie voor rechtszekerheid. Rechtsregels zijn namelijk een product van hun tijd. Het is een neerslag van de toen heersende idee en van de toen als reëel ingeschatte bedreigingen. Aan elke norm kleeft altijd het gebrek van onjuistheid, onduidelijkheid en onvolledigheid. Er is daardoor een constante spanning tussen geldigheid en werkelijkheid. Het ongeschreven (staatsnood)recht vormt het antwoord op deze spanning.

1951

De Europese Gemeenschap voor kolen en staal en de staatssteunregels

Angélique van Herwijnen

In het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS) van 1951 zijn voor het eerst Europese regels opgenomen over overheidssteun die aan de industrie wordt verleend. Sinds het daarop volgende Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (1957) bestaan Europese staatssteunregels voor alle bedrijfstakken. Het zijn regels over het toezicht op steunmaatregelen van de overheden van lidstaten, vandaar de term 'staatssteun', die aan ondernemingen wordt verleend. In de loop der jaren is de gemeenschappelijke markt omgevormd tot een interne markt van goederen en diensten binnen de Europese Unie. De staatssteunregels, als onderdeel van de mededingingsregels (bijvoorbeeld om kartels met prijsafspraken tussen bedrijven tegen te gaan), gelden voor de gehele interne markt van de EU. In essentie gelden nog steeds dezelfde regels, maar heeft de Europese Commissie in de loop der jaren veel beleidsregels opgesteld, om haar besluitenpraktijk transparant te maken. Met een modernisering van haar beleidsregels beoogt de Europese Commissie het mogelijk te maken dat de economische groei binnen de EU verbetert. Doel van de nieuwe beleidsregels is dat er minder aanvragen nodig zijn en de Commissie zich kan richten op omvangrijke marktverstoringen. Tegelijkertijd wordt de Commissie kritischer op zowel ex ante toetsing op noodzaak en proportionaliteit van de maatregelen, als het uitvoeren van evaluaties van de maatregelen. Door deze regels zal staatssteun zich (weer) meer afspelen op het snijvlak van economische en juridische toetsing. De uitdaging is of het alle betrokkenen lukt om de beoogde focus weer aan te brengen. Daarbij spelen de lidstaten, potentiële begunstigen en mogelijke klagers een belangrijke rol. De laatste jaren zijn klagers niet alleen concurrenten, maar ook burgers en politieke partijen die in het democratische besluitvormingsproces niet de meerderheid aan hun zijde hebben gekregen.

In dit essay wordt eerst de vorming van de EGKS behandeld. Daarna wordt ingegaan op de toepassing van de staatssteunregels onder het EGKS-verdrag. Vervolgens worden de staatssteunregels toen en anno nu vergeleken, waarna de toepassing van de staatssteunregels in de huidige praktijk en de toekomst wordt besproken, met de vraag: van struikelblok voor het realiseren van beleidsdoelstellingen naar pro-actief handelen? Het essay sluit af met een epiloog.

1. Vorming van de EGKS

Achtergrond

In de situatie na de Tweede Wereldoorlog werd het door een aantal lidstaten van belang geacht een nieuwe economische en politieke ordening aan te brengen. In het naoorlogse Europa speelden politieke en economische belangen beiden een rol bij de vorming van eerst de EGKS en daarna de EEG. Het EGKS was vooral economisch gericht en dan nog op een specifieke branche, namelijk kolen en staal. Dit was een branche die na de oorlog nieuwe wegen moest vinden voor de bestemming van hun productie. Deze zware industrie had tijdens de Tweede Wereldoorlog immers grote hoeveelheden wapens geproduceerd. De koude oorlog was in volle gang en om een nieuwe wereldoorlog te voorkomen wilde een aantal landen samenwerken. In zijn verklaring van 9 mei 1950²²² stelde Robert Schuman, minister van Buitenlandse Zaken van de Franse Republiek, voor om de Frans-Duitse kolen- en staalproductie onder het toezicht van een gemeenschappelijke Hoge Autoriteit te plaatsen, in een organisatie die open zou moeten staan voor deelname van andere Europese landen. Later wordt 9 mei de “Dag van Europa”. Professor Timmermans noemt het Schumanplan een briljante poging de impasse in de Franse politiek ten aanzien van Duitsland te doorbreken²²³. Hij beschrijft, dat de doelstelling van deze politiek dezelfde bleef: afdoende garanties tegen een herleving van een Duitse bedreiging van de Franse veiligheid. Maar de middelen om deze doelstelling te bereiken, werden drastisch gewijzigd. In plaats van een negatief beleid, gericht op een voortgezette geallieerde bevoogding van dit land, trad een streven naar een gelijkberechtigd, doch vérgaand samengaan van beide landen in Europees verband. Juist de kolen- en staalsector, traditionele basis voor elke machtspolitiek, leek een uitstekend uitgangspunt voor een dergelijke aaneensluiting, aldus Timmermans.

Betrokken landen en doelstellingen

Bij dit initiatief, dat in eerste instantie dus gericht was tot Duitsland, sloten zich ook Italië en de Beneluxlanden aan. Na onderhandelingen wordt op 18 april 1951 in Parijs het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal, ofwel het Verdrag van Parijs, ondertekend door de volgende zes landen: België, Duitsland, Frankrijk, Italië, Luxemburg en Nederland. Het Verdrag werd in 1952 van kracht. Het leek deze Europese landen verstandig om de controle over de zware industrie in handen te geven van een organisatie die boven de landen stond. Zo ’n samenwerkingsverband kon bovendien het wantrouwen wegnemen tussen de voormalige vijanden Duitsland en Frankrijk. Zo hoopte men een herhaling van de Eerste en Tweede Wereldoorlog te voorkomen.

²²² <http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/europe-day/schuman-declaration>

²²³ Kapteyn VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, 6e druk, 2003, Hoofdstuk 1 ‘Ontstaan en ontwikkeling van de Europese gemeenschappen en de Europese Unie’, door prof. mr. C.W.A. Timmermans, p.5

Andere doelstellingen van de op te richten organisatie waren economische groei, uitbreiding van de werkgelegenheid, meer welvaart en een efficiënte productie. Ook voorzag het verdrag in samenwerking op terreinen als investeringen, productie, lonen, verkeer en handel met andere landen. Om een gemeenschappelijke markt te vormen wordt bij het Verdrag vrij verkeer van goederen ingevoerd, zonder douanerechten of belastingen. Verder worden beperkende handelspraktijken verboden (huidige kartelregels) en discriminerende maatregelen of praktijken verboden, evenals subsidies of hulp van de overheid of door deze opgelegde bijzondere lasten.

EGKS-Verdrag met Hoge Autoriteit als supranationaal orgaan

Het EGKS-Verdrag werd op 10 augustus 1952 van kracht, voor een periode van 50 jaar. Er gold een gemeenschappelijke markt voor steenkool, ijzererts, schroot en staal. In het EGKS-Verdrag wordt een Hoge Autoriteit ingesteld en daarnaast een Gemeenschappelijke Vergadering, een Raad van ministers en een Hof van Justitie. De Hoge Autoriteit is het onafhankelijke uitvoerend orgaan dat moet toezien op de verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag en moet handelen in het algemeen belang van de Gemeenschap. Het bijzondere daarvan wordt als volgt geformuleerd door Barents en Brinkhorst²²⁴: *“De EGKS belichaamde ten volle de supranationale benadering door de markten voor kolen en staal van de zes lidstaten te vergemeenschappelijken tot een interne markt en het beheer van deze destijds voor een oorlogseconomie zo belangrijke sector op te dragen aan een van de lidstaten onafhankelijke en met vergaande bevoegdheden uitgeruste Hoge Autoriteit.”*

Het supranationale orgaan is bevoegd tot het nemen van besluiten. Daarnaast formuleert de Hoge Autoriteit aanbevelingen en geeft adviezen. Zij kan tevens boetes en dwangsommen opleggen. De Hoge Autoriteit bestaat uit negen van leden (maximaal twee per nationaliteit) die voor zes jaar worden benoemd. De leden zijn onafhankelijk van de nationale regeringen. De Autoriteit wordt bijgestaan door een raadgevend comité bestaande uit vertegenwoordigers van producenten, werknemers, afnemers en handelaren.

Volgens Lauwaars en Timmermans²²⁵ betekende dit een radicaal nieuw concept van internationale samenwerking²²⁶. Zij onderstrepen het belang ervan als volgt: *“Geen organisatie van onafhankelijk blijvende statenpartners maar, zij het op beperkt terrein, opdracht van regelgevende, bestuurlijke en jurisdictionele bevoegdheden aan een van de staten onafhankelijke gezagsorganisatie”.*

²²⁴ Grondlijnen van Europees recht, R. Barents en L.J. Brinkhorst, 12e druk, 2006, p.38

²²⁵ Europees recht in kort bestek, Lauwaars en Timmermans, 5e druk, 1999, p.3

²²⁶ Zie over de geschiedenis van het Europese integratieproces: P. van der Meer, Europese Integratie en desintegratie, Antwerpen, 1978

Ontwikkelingen op het terrein van financiering, organisatie en uiteindelijke resultaat

De EGKS werd gefinancierd uit heffingen op de productie van kolen en staal en door het opnemen van leningen. De heffingen zijn bedoeld voor administratieve uitgaven, niet-terugvorderbare hulp voor werderaanpassing en de aanmoediging van technisch en economisch onderzoek. De opgenomen leningen mochten alleen worden gebruikt voor het verstrekken van leningen aan ondernemingen. Naast leningen kon de EGKS voor investeringen ook garanties verstrekken voor leningen die ondernemingen afsluiten met derden. De EGKS mocht ook richtsnoeren uitvaardigen voor investeringen die niet door haar worden gefinancierd.

In de loop der tijd zijn met het zogenaamde “Fusieverdrag”²²⁷, de drie minister-raden van de EGKS, de EEG en het andere orgaan Euratom enerzijds en de twee Commissies (van de EEG en van Euratom) en de Hoge Autoriteit (EGKS) anderzijds vervangen door één Raad en één Commissie²²⁸.

Het resultaat van de EGKS wordt door de Europese Unie omschreven als positief²²⁹. De Gemeenschap heeft, samengevat, er voor gezorgd dat de productie en distributie van productiebronnen evenwichtig is geweest en heeft de benodigde herstructureringen en industriële saneringen vergemakkelijkt. De staalproductie is toegenomen en verbeterd. De kolenproductie is afgenomen, maar heeft een hoog niveau van technologische ontwikkeling en veiligheid bereikt, aldus de Europese Commissie op de website. En sociale regelingen van de EGKS (zoals voor vervroegde pensionering, steun voor mobiliteit en opleiding) hebben grote waarde gehad in tijden van crises.

Einde EGKS-Verdrag

Het EGKS-Verdrag liep uiteindelijk af op 23 juli 2002. Daarmee hield de EGKS op te bestaan. Het Verdrag van Nice (2001) regelt in een Protocol de financiële gevolgen van deze beëindiging. Het gemeenschappelijke beleid voor de kolen- en staalindustrie is nu op één lijn gebracht met het beleid voor andere industriële sectoren binnen de Europese Unie²³⁰.

²²⁷ Verdrag van Brussel, ondertekend in 1965 en in werking getreden in 1967

²²⁸ Verdere wijzigingen van het EGKS-Verdrag werden doorgevoerd bij Verdragen van 1970 en 1975 over budgettaire respectievelijk financiële bepalingen; bij het Verdrag betreffende Groenland (1984) en de Europese Akte (1986). De Akte introduceerde de doelstelling van de interne markt met als horizon het jaar 1992.

²²⁹ http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_evsc_nl.htm

²³⁰ De enige specifieke regels die nu nog bestaan voor de kolen – en staalsector is het Besluit van de Raad van 10 december 2010 over staatssteun ter bevordering van de sluiting van niet-concurrentiekrachtige steenkoolmijnen. Zie Besluit van de Raad 2010/787/EU van 21.12.2010, PBEU L336/24

Binnen de EU wordt steeds verder gewerkt aan de vervolmaking van een Europese interne markt²³¹. Het doel is nog steeds het bevorderen van meer welvaart en werkgelegenheid²³². Dit blijft van belang, zeker gezien de financiële crisis sinds 2008, die ook invloed heeft op de economische situatie. Daarom is dit doel ook het uitgangspunt voor de huidige modernisering van de staatssteunregels door de Europese Commissie.

2. Staatssteunregels onder het EGKS-Verdrag

Op grond van artikel 4, sub c, van het EGKS-verdrag is staatssteun, gedefinieerd als: “door de Staten verleende subsidies of hulp, of door deze opgelegde bijzondere lasten, in welke vorm ook” verboden²³³. Dit verbod kent geen ontheffingsmogelijkheid. Aan de hand van de Nederlandse zaken wordt hierna de toepassing van die staatssteunbepaling toegelicht. Het aantal Nederlandse zaken is weliswaar beperkt (slechts twee), maar illustratief.

3. Absoluut verbod op staatssteun? – zaak 59-70 Nederland tegen Commissie

Beschrijving van de feiten

Nederland stelde in 1970 beroep in tegen een vermeende onterechte bevoordeling van de Franse staalindustrie door middel van goedkope leningen, ten koste van de Nederlandse staalproducenten²³⁴. De Nederlandse regering meende, dat een Frans programma dat voorzag in leningen tegen lage rente aan bedrijven die vielen onder een ‘plan professionnel’ van de overheid, in strijd was met het staatssteunverbod van het EGKS-verdrag. De Commissie (die inmiddels in de plaats was getreden van de Hoge Autoriteit) merkte op in een brief aan de Franse Regering van 4 december 1968, dat de kredietverlening tegen lage rente aan de Franse staalindustrie niet als een verboden subsidie in de zin van art. 4, sub c) van

²³¹ Zie Akte voor de interne markt I, april 2011 en II, oktober 2012

²³² http://ec.europa.eu/internal_market/smact/index_nl.htm

²³³ Artikel 4 EGKS-Verdrag (niet gepubliceerd, vindbaar via CELEX-nummer 11951K) luidt:

“Als zijnde onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt voor kolen en staal worden afgeschaft en zijn verboden binnen de Gemeenschap overeenkomstig de bepalingen van dit Verdrag :

- a) in- of uitvoerrechten of heffingen met daaraan gelijke werking en kwantitatieve beperkingen van het goederenverkeer;
- b) maatregelen of praktijken, die een discriminatie tussen producenten, tussen kopers of tussen verbruikers inhouden, met name die, welke betrekking hebben op prijzen of leveringsvoorwaarden en vervoerstarieven, alsmede maatregelen of praktijken, die de koper belemmeren in de vrije keus van zijn leverancier;
- c) door de Staten verleende subsidies of hulp, of door deze opgelegde bijzondere lasten, in welke vorm ook;
- d) beperkende praktijken, die strekken tot verdeling of uitbuiting van markten.”

²³⁴ Ibid, p.662

het EGKS-Verdrag was te beschouwen, omdat het hier niet om ‘specifieke’ steun ging; het voordeel gold voor alle bedrijfstakken. De Nederlandse regering werd hierover per brief geïnformeerd. De Nederlandse regering verzocht de Commissie bij brief van 24 juni 1970 om bij beschikking vast te stellen dat de Franse regering door het verstrekken van deze leningen in strijd met het Verdrag had gehandeld. Subsidiair verzocht zij de Commissie ex artikel 67²³⁵ een aanbeveling aan de Franse Republiek te doen.

*Conclusie van de Advocaat-Generaal*²³⁶

De AG merkt op, dat het niet redelijk lijkt de kolen- en staalindustrie volledig koud te laten van elke begunstiging door de lidstaten in het kader van hun algemene economische wetgeving en voor deze industrie uit te gaan van een onvoorwaardelijk subsidieverbod. De AG concludeert, dat men zich zal moeten verenigen met de conclusie dat artikel 4, sub c) alleen geldt voor de bijzondere subsidiëring van de kolen- en staalindustrie²³⁷. De AG trekt daarbij ook de vergelijking met het inmiddels sinds 1958 in werking getreden EEG-verdrag dat wél vergaande uitzonderingen op het subsidieverbod bij staatssteun bevatte, met het oog op de door de Lidstaten voorbehouden bevoegdheden. De AG komt tot de conclusie, dat de bijzondere overeenkomst met de staalindustrie thuishoorde onder de algemene maatregelen van de Franse overheid en de Commissie terecht art. 4 sub c) niet wilde toepassen. De toetsing door de rechter van de economische beoordeling door de Commissie of artikel 67 moest worden toegepast, diende volgens de AG te gaan over de vragen of de beoordeling in het algemeen objectief en logisch kan worden geacht dan wel of hier grove fouten zijn aan te wijzen. Op die manier toetsen het Gerecht en het Hof nu nog steeds besluiten van de EC. De AG meent dat de Commissie terecht heeft geoordeeld, dat er geen reden was om de Franse regering een aanbeveling tot aanpassing van de algemene regeling te doen.

Oordeel van het Hof

Anders dan de AG meende, is het Hof van oordeel dat het beroep van Nederland niet-ontvankelijk was²³⁸. Er was teveel tijd (18 maanden) verstreken tussen de kennisgeving op 9 december 1968 aan Nederland van de op 4 december 1968 van de Franse regering gestuurde brief en het verzoek van Nederland aan de Commissie van 24 juni 1970. Het Hof komt daarmee niet toe aan een inhoudelijke behandeling van de zaak.

²³⁵ Artikel 67 artikel gaf de mogelijkheid om een aanbeveling te doen vanwege een aantasting van de concurrentieverhoudingen door algemeen economisch, industrieel, regionaal en sociaal beleid. Dit artikel kan worden toegepast na een omslachtige raadpleging van het Raadgevend Comité en de Raad door de Hoge Autoriteit, voordat laatstgenoemde een besluit mag nemen.

²³⁶ Conclusie AG K.Roemer van 10 juni 1971, zaak 59/70 Nederland/Commissie, Jurispr. p.656-666

²³⁷ Ibid, p.663

²³⁸ Arrest van 6-7-1971, zaak 59-70, Nederland/Commissie, Jurispr. 1971, blz. 639, zie www.curia.eu

Conclusie

Nederland kon geen industriepolitiek voeren over de band van de mededingingsregels. En als Nederland al een beroep op de mededingingsregels wilde doen, dan is daarmee te lang gewacht. De AG geeft zijn visie op de verhouding tussen het absolute staatssteunverbod in het EGKS-Verdrag en de toepassing daarvan in geval van een algemene regeling. Dat absolute staatssteunverbod was inmiddels ook al verlaten bij de inwerkingtreding van het EEG-Verdrag.

Relatie met de huidige staatssteunregels

De huidige staatssteunregels (artikel 107-109 van het VWEU) kennen in aanvulling op het verbod op staatssteun uit art. 107, lid 1 zowel absolute uitzonderingsgronden (art.107 lid 2) als relatieve uitzonderingsgronden (art. 107 lid 3). Bovendien zijn er vrijstellingsverordeningen vastgesteld. Zie paragraaf 5.

4. Kan een onderneming beroep instellen? – gevoegde zaken 172 en 226/83 Hoogovens Groep tegen Commissie

Achtergrond

Vanwege een crisis in de staalindustrie was in de jaren 80 steun aan de ijzer- en staalindustrie onder bepaalde voorwaarden verenigbaar met de gemeenschappelijke markt, mits deze op tijd werd voorgelegd aan de Europese Commissie²³⁹. Het was verplicht een herstructureringsprogramma op te stellen dat leidde tot een vermindering van de totale productiecapaciteit van alle begunstigde ondernemingen en het niet verhogen van de capaciteit voor verschillende categorieën producten, waarvoor de markt geen groei vertoonde. Het was mogelijk investeringssteun, sluitingssteun, bedrijfssteun, noodsteun en steun voor research en development te geven. Daarnaast besloot de Commissie, dat het noodzakelijk was per 1 juli 1983 de capaciteit van warmgewalste producten te verminderen met 30 tot 35 mln. ton.

Beschrijving van de feiten

In 1983 stelt de Hoogovens Groep BV in IJmuiden beroep in bij het Hof van Justitie tegen twee beschikkingen van de Europese Commissie. De onderneming stelde beroep in tegen twee beschikkingen van 29 juni 1983 over Nederlandse en over Italiaanse staatssteun. In de beschikking over de Nederlandse steun stelde de Commissie vast, dat de door de Nederlandse regering als tegenprestatie voor de voorgenomen investerings- en bedrijfssteun aangeboden netto-capaciteitsvermindering met 250.000 ton niet voldoende was. Om de extra capaciteitsvermindering op gemeenschapsniveau te behalen werd aan de Nederlandse ijzer- en staalindus-

²³⁹ De eerste 'staalsteuncode' was vastgelegd in Beschikking nr. 257/80/EGKS van 1-2-1980, PB 1980, L29/5 en de tweede in Beschikking nr. 2320/81/EGKS van 7-8-1981, PB 1981, L228/14. De steun moest vóór 20 september 1982 zijn meegedeeld aan de Commissie, uiterlijk op 1 juli 1983 zijn goedgekeurd en niet leiden tot uitkeringen na 31 december 1985.

trie een extra capaciteitsvermindering opgelegd van 700.000 ton. Hoogovens zou het grootste gedeelte van de vermindering voor haar rekening moeten nemen. Zij vond de totale capaciteitsvermindering van 950.000 ton noch gerechtvaardigd, noch voldoende gemotiveerd en meende dat de Nederlandse ijzer- en staalindustrie zwaarder werd getroffen dan met name de Italiaanse industrie²⁴⁰.

Oordeel van het Hof²⁴¹ over de ontvankelijkheid

De Commissie beargumenteerde dat Hoogovens Groep voor haar beroep tegen de beschikking over de Italiaanse steun niet-ontvankelijk was. Het Hof was het daar niet mee eens en ging o.a. in op de vraag of de beschikkingen de Hoogovens Groep “individueel betreffen”. Op grond van het EGKS-Verdrag²⁴² kunnen ondernemingen beroep tot nietigverklaring instellen tegen “hen individueel betreffende beschikkingen en aanbevelingen”. Het Hof verwijst naar eerdere jurisprudentie²⁴³ voor uitleg wanneer een onderneming is “betroffen” door een beschikking van de Commissie: “wanneer daarbij toestemming wordt verleend voor het toekennen van voordelen aan een of meer andere ondernemingen waarmee eerstgenoemde onderneming in concurrentie staat”. Het Hof stelt vast dat Hoogovens Groep concurreert met bepaalde Italiaanse ondernemingen die door de bestreden beschikking worden begunstigd en die zich binnen de gemeenschappelijke markt met dezelfde producten bezighouden en dezelfde producten verkopen. De bestreden beschikking kan deze concurrentie beïnvloeden en betreft aldus de Hoogovens Groep.

Oordeel van het Hof ten gronde

Het Hof vindt voorts de beschikkingen voldoende onderbouwd en gemotiveerd: de Commissie heeft een complexe beoordeling verricht en de Hoogovens Groep ook betrokken bij de aan de beschikking voorafgaande discussie, zodat zij de voornaamste motieven kende. Er is volgens het Hof evenmin strijd met het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel: de door de Raad indicatief op 30-35 mln. ton gestelde capaciteitsvermindering was door de Commissie teruggebracht tot 27 mln. ton. De omvang van de van Nederland verlangde vermindering betrof circa 13% daarvan. Ook meent het Hof dat er geen sprake is van schending van het eigendomsrecht, al heeft de vereiste verlangde productiebeperking gevolgen voor de rentabiliteit van bepaalde ondernemingen en zou hun bestaan in gevaar kunnen brengen. Uiteindelijk slaagt het middel over de onjuiste berekening van de productiecapaciteit van 1985 ten opzichte van 1980 voor wat betreft de beschik-

²⁴⁰ Zie ook Conclusie Advocaat-Generaal Sir Gordon Slynn, van 5 juni 1985, gevoegde zaken 172 en 226/83 Hoogovens Groep/Commissie, Jurispr. 1985, p.2832

²⁴¹ Arrest van 19-9-1985, zaak 172 en 226/83, Hoogovens Groep/Commissie, Jurispr.1985, blz.2843

²⁴² Artikel 33, tweede alinea EGKS-Verdrag, dat ruimer is dan het op dat moment geldende artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag, namelijk het vereiste van “rechtstreeks en individueel geraakt zijn”. In het huidige VwEU geldt dat vereiste nog steeds, waardoor een door een onderneming ingesteld beroep tot nietigverklaring van een besluit waarbij steun aan een concurrent vaak niet-ontvankelijk wordt verklaard.

²⁴³ Arrest van 15-7-1960, gevoegde zaken 24 en 34/58, Chambre syndical de la sidérurgie de l'Est de la France, Jurispr. 1960, blz.573

king over de Nederlandse steun. De Commissie was niet consistent bij het gebruik van het begrip ‘maximale productiemogelijkheden’. Van de Italiaanse steun is niet gebleken dat de berekening onjuist was. Het Hof verklaart de beschikking over de Nederlandse steun nietig voor wat betreft de vaststelling van de door de Nederlandse regering aangeboden vermindering van de productiecapaciteit. Voor het overige wordt het beroep verworpen.

Conclusie

Door middel van de hierboven beschreven code werd vanwege de crisis in de staal-industrie een uitzondering gemaakt op het absolute steunverbod van het EGKS-Verdrag. Daaraan werd dan wel een verplichte herstructurering van de sector verbonden. Er was duidelijk een doelstelling om de sector te saneren. De code was immers op verzoek van de Raad (dus gezamenlijke lidstaten) opgesteld. Daarnaast illustreert het een ruimere toegang tot de rechter voor een onderneming, vanwege het criterium “individueel betroffen”, dan de huidige beroepsmogelijkheid bij het Hof bij staatssteunbesluiten, vanwege het criterium “rechtstreeks en individueel geraakt zijn”. Uiteindelijk kreeg de onderneming gelijk in het betoog dat de Commissie een onjuiste berekening had gemaakt van de vermindering van de productiecapaciteit en verklaarde het Hof de beschikking voor dat deel nietig.

Relatie met de huidige staatssteunregels

Na deze eerste twee hierboven beschreven codes zijn er nog meer ‘staalsteuncodes’ vastgesteld. Zo heeft het Gerecht nog in 2000 geoordeeld over een beroep van DSG Dradenauer Stahlgesellschaft tegen de Commissie over een beschikking uit 1995, die was gebaseerd op de vijfde staalsteuncode uit 1991²⁴⁴. De steuncodes voor de ijzer- en staalindustrie gelden niet meer, vanwege beëindiging van het EGKS-Verdrag in 2002 (zie paragraaf 1). Inmiddels heeft de Commissie voor vele soorten staatssteun beleidsregels opgesteld.

5. Staatssteun toen en anno nu

Na de opmaat van een gezamenlijke organisatie met het EGKS-Verdrag is verder nagedacht over een meer omvattende Europese gemeenschap. In 1957 is de EEG (Europese Economische Gemeenschap) gevormd. Al sinds de inwerkingtreding van het EG-Verdrag in 1958 zijn er Europese regels om te voorkomen dat de concurrentieverhoudingen tussen ondernemingen van alle bedrijfstakken in de lidstaten worden verstoord. Deze regels gelden nog steeds en zijn per 1-12-2009 opgenomen in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (WEU-Verdrag of VWEU).

²⁴⁴ Arrest van het Gerecht, 29-6-2000, zaak T-234/95, DSG/Commissie, Jurispr.II, blz.2607

De EU wil gelijke concurrentievoorwaarden scheppen voor alle ondernemingen op de interne markt. Controle op staatssteun aan ondernemingen is dan ook één van de belangrijkste onderdelen van het Europese mededingingsbeleid. De Europese Commissie beoordeelt en controleert of overheden staatssteun geven aan ondernemingen. De Commissie is exclusief bevoegd om te beoordelen of een steunmaatregel verenigbaar is of kan worden verklaard met de interne markt op grond van de Verdragsartikelen 106 en 107-109 VWEU. Dit is ook in belang van de Nederlandse ondernemingen: als zij geconfronteerd worden met goedkopere prijzen van concurrenten in een andere lidstaat vanwege voordelen die dergelijke ondernemingen van overheidswege genieten is er geen sprake van een 'level playing field'.

Criteria voor staatssteun

Het VWEU²⁴⁵ bepaalt dat "steunmaatregelen, in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de interne markt zijn, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt".

Om een maatregel als staatssteun aan te merken zijn vier criteria bepalend:

1. Er is sprake van voordeel voor een onderneming, dat deze onderneming niet langs normale commerciële weg zou hebben verkregen;
2. Het moet gaan om een voordeel dat met staatsmiddelen of via overheidsbemoeienis bekostigd is;
3. Er moet sprake zijn van een selectief voordeel: een voordeel voor een of meer bepaalde ondernemingen of producties (= entiteit die een economische activiteit ontplooit, dat wil zeggen het aanbieden van goederen of diensten op een markt; dat kan ook door een non-profitorganisatie);
4. Het voordeel moet de mededinging (dreigen te) vervalsen en een ongunstig effect hebben op het handelsverkeer tussen de lidstaten.

Daarnaast is het mogelijk om een Dienst van algemeen economisch belang op te dragen aan ondernemingen en staatssteun in de vorm van compensatie voor de kosten van die opgedragen taak te geven²⁴⁶. Voor dit essay voert het te ver om deze criteria uitgebreid te behandelen²⁴⁷.

De staatssteunprocedure werkt met het 'nee, tenzij'-principe. Staatssteun is verboden, tenzij het Verdrag een uitzondering toelaat en de Commissie verklaart dat de steunmaatregel verenigbaar is met de interne markt. In het Verdrag zijn omstan-

²⁴⁵ Artikel 107, eerste lid, VWEU

²⁴⁶ Artikel 106 VWEU

²⁴⁷ Zie o.a. artikel 'Staatssteun: de nieuwe korenwulf of steenmarter. Opmars van staatssteun als geleghedsargument?', mr. A.H.G. van Herwijnen, SC Online

digheden beschreven, waarin staatssteun verenigbaar is met de interne markt²⁴⁸. Dit zijn situaties zoals: steunmaatregelen voor herstel van schade als gevolg van natuurrampen en steunmaatregelen aan de economie van bepaalde streken van de Bondsrepubliek Duitsland (in verband met de hereniging in 1989). Daarnaast zijn er relatieve uitzonderingsgronden²⁴⁹ mogelijk, waardoor de EC steunmaatregelen verenigbaar kán verklaren met de interne markt²⁵⁰. De EC heeft ter uitwerking hiervan een complexe hoeveelheid secundaire regelgeving opgesteld, die bepaalt waar, hoe en wanneer staatssteun toegestaan is. Niet (tijdig) melden kan in het uiterste geval leiden tot de verplichting om de oneigenlijk verleende steun, met rente, terug te vorderen. Dit kan financiële gevolgen hebben voor de betreffende onderneming of sector en zelfs leiden tot faillissement. Daarnaast kan het ook gevolgen hebben wegens het niet na kunnen komen van politieke of bestuurlijke toezeggingen.

De Europese Commissie heeft de exclusieve taak en bevoegdheid om vooraf te beoordelen of aan de uitzonderingscriteria van het EG Verdrag is voldaan. Iedere overheidsinstantie dient elk voornemen tot verlening van steun vooraf bij de Commissie aan te melden. Deze meldingsprocedure duurt (inclusief eventuele prenotificatie) gemiddeld 6 tot 12 maanden, soms wel 2 jaar. Als de Commissie twijfelt over de aanwezigheid van steun moet zij de zogenaamde formele onderzoeksprocedure inleiden, die de melding met nog eens 18 maanden kan verlengen. Aanmeldingsplichtige steun mag niet worden verleend voordat de EC een goedkeurend besluit neemt.

Modernisering beleidsregels Europese Commissie

Sinds eind 2008 heeft de Commissie, naast de vele andere staatssteunmeldingen ook specifieke steunmaatregelen voor financiële instellingen, met name banken, beoordeeld. Aan de hand van die ervaringen heeft de Commissie een tijdelijk kader voor de banken vanwege de financiële crisis en een tijdelijk kader voor andere ondernemingen vanwege de daaruit volgende economische crisis opgesteld. Voor de banken gelden deze tijdelijke regels nog steeds. Voor deze zeer spoedeisende en vertrouwelijke zaken heeft de EC een goed geoliede machine gerealiseerd om snel spoedbesluiten te beoordelen.

²⁴⁸ De absolute uitzonderingsgronden van art. 107, tweede lid, VWEU.

²⁴⁹ Zie artikel 107, derde lid, VWEU

²⁵⁰ Dit betreft de volgende situaties:

- a) (...)
- b) steunmaatregelen voor een belangrijk project van Europees belang, of om een ernstige verstoring in de economie van een lidstaat op te heffen;
- c) steunmaatregelen om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken;
- d) steunmaatregelen om de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed te bevorderen;
- e) andere soorten van steunmaatregelen aangewezen bij besluit van de Raad, op voorstel van de Commissie.

Voor c) en b) geldt bovendien: "mits de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad".

In 2013 is een grote herziening van bestaande beleidsregels van de EC gestart, zodat de lidstaten ook door middel van de staatssteunregels kunnen bijdragen aan de benodigde economische groei binnen de EU, onder de naam State Aid Modernisation (SAM). De huidige EU-Commissaris Concurrentie wil dit 'Almunia'-pakket vanwege beëindiging van zijn termijn medio 2014 afronden.

Concrete gevolgen van SAM zijn:

- Meer steunmaatregelen worden van melding vrijgesteld, met name door aanpassing van de Algemene groepsvrijstellingverordening (AGVV). Volstaan kan worden met een kennisgeving en de maatregel mag ingaan zonder een besluit van de Commissie. Deze verantwoordelijkheid voor de naleving door de lidstaten wordt groter en daarmee worden ex ante controles belangrijker;
- Omwille van optimale transparantie wil de Commissie dat alle steunmaatregelen, inclusief begunstigde ondernemingen, op een nationale website worden geplaatst;
- Staatssteun krijgt een meer economische benadering en bedrijfseconomische onderbouwingen vormen onderdeel van de bewijslast die bij de lidstaten ligt. Economische expertise wordt daarmee extra belangrijk. De EC kan evaluaties opleggen, waarbij lidstaten de effectiviteit van steunmaatregelen achteraf moeten toetsen.

Inmiddels is een aantal regels al herzien²⁵¹. Ook is de procedureverordening aangepast. Daarin zijn regels vastgelegd over het indienen van klachten, het door de EC vergaren van informatie bij ondernemingen en samenwerking tussen de EC en nationale rechters. Het indienen van klachten is geformaliseerd via een klachtenformulier en de behandeling door de Commissie is vastgelegd. De Commissie beoogt hiermee beter gemotiveerde klachten te ontvangen. Daarnaast heeft de EC een aantal voorstellen voor herziening van haar beleidsregels ter consultatie gepubliceerd²⁵². Na de consultaties stelt de EC zelf de regels (merendeels gepland in het 2e kwartaal van 2014) vast.

²⁵¹ Zo is een nieuwe 'de minimis' verordening aangenomen. Deze vrijstellingsverordening richt zich op dusdanig kleine steunbedragen (maximaal € 200.000,- per onderneming in drie jaar) dat er wordt geacht geen sprake van marktverstoring en dus van staatssteun te zijn. Ook zijn vastgesteld: richtsnoeren voor regionale steunmaatregelen (van belang voor Noord-Nederland), voor risicofinanciering en voor breedbandnetwerken.

²⁵² Het betreft:

1. Mededeling Methodologie richtsnoer evaluatie staatssteun
2. Algemene groepsvrijstellingsverordening
3. Herziening Milieu- en energiekader 2014-2020
4. Herziening Onderzoek, ontwikkeling & innovatie steunkader
5. Nieuwe mededeling 'begrip staatssteun'
6. Nieuwe mededeling projecten van Europees belang
7. Nieuwe landbouw- en bosbouwsteunkader

6. Staatssteun in de praktijk en in de toekomst: van struikelblok bij het realiseren van beleidsdoelstellingen naar pro-actief handelen?

Wat is de betekenis van deze regels voor de praktijk van de rijksoverheid en decentrale overheden? Staatssteun wordt regelmatig gezien als een struikelblok bij het realiseren van beleidsdoelstellingen van rijks- en decentrale overheden, zoals op het gebied van monumenten, sociale huisvesting (woningcorporaties), gebiedsontwikkeling, natuurbeleid en profvoetbalclubs. Dit is maar een greep uit onderwerpen die bij BZK en decentrale overheden aan de orde zijn. Ook wordt er de laatste jaren melding gemaakt van een (vermeende)tendens van meer Europese bemoeienis. In de praktijk spelen echter andere oorzaken, zoals meer bewustwording van de staatssteunregels en het invoeren van rechtsbescherming, een rol. Dit kan leiden tot geschillen voor de nationale rechter zoals over gebiedsontwikkeling²⁵³, tot het indienen van klachten bij de EC²⁵⁴ of tot het indienen van opmerkingen na het openen van een formele onderzoeksprocedure door de EC, zoals over steun aan professionele voetbalclubs. Als ondanks of zelfs dankzij deze procedures de EC tot een goed gemotiveerd besluit komt, kunnen partijen beroep instellen tegen dat besluit, maar dan moet eerst de hobbel van de ontvankelijkheid worden genomen²⁵⁵. De afgelopen decennia zijn er veel meldingen en klachten op het terrein van gebiedsontwikkeling door de EC behandeld. Nadat het eerder gelukt was om een melding van een overkoepelend systeem voor monumenten door de EC te laten goedkeuren²⁵⁶, is dat ook geprobeerd voor staatssteun bij gebiedsontwikkeling. Helaas kon daarover geen overeenstemming met de EC worden bereikt, zodat staatssteun bij individuele gebiedsontwikkeling nog steeds gemeld moet worden. Om de diverse regels te verduidelijken wordt door BZK een handreiking opgesteld.

Met de herziening van de staatssteunregels wil de EC de focus richten op omvangrijke marktverstoringen, op zaken waar het echt toe doet. Daarnaast zal staatssteun zich door de nieuwe regels meer afspelen op het snijvlak van economische en juridische toetsing: de EC verlangt een betere onderbouwing van beleidsbeslis-

²⁵³ Zie voor een uitgebreide beschrijving het artikel, genoemd in voetnoot 247

²⁵⁴ In de Nederlandse praktijk worden klachten over staatssteun bij gebiedsontwikkeling niet zozeer ingediend door concurrenten, maar veelal door een ontevreden omwonende of politieke partij die in het democratische proces de meerderheid niet aan zijn zijde heeft gekregen

²⁵⁵ De ontvankelijkheid van decentrale overheden, concurrenten of begunstigden staat niet per definitie vast. Betrokkene moet 'rechtstreeks en individueel geraakt' zijn door het besluit. Zie de beroepen van provincies en de Stichting het Gronings landschap en twaalf anders verzoekers, Beschikking Gerecht van 19-2-2013, T-15/12 en T16/12, en de beroepen van Vesteda Groep en IVBN, zie zaken T-206/10, T-201/10 en van woningcorporaties, zie zaken T-202/10 en T-203/10 en hoger beroep Hof C-132/12 en C-133/12

²⁵⁶ Steunmaatregel N 606/2009 – Nederland, Nationale regeling voor de instandhouding en het herstel van beschermde historische monumenten, 15-12-2009

singen en evaluaties van het effect van de betreffende steunmaatregel. Wat betekenen deze ontwikkelingen?

Aan de ene kant belichamen de nieuwe staatssteunkaders een nogal paternalistische benadering van de lidstaten en schuurt het aan de soevereiniteit van de lidstaten. Maar gezien het feit dat de EC exclusief bevoegd is om steunmaatregelen te beoordelen, valt daar weinig tegen te doen: zij maakt gebruik van haar bevoegdheden om controle uit te oefenen over het mededingingsrecht. Daarvoor is de kiem immers al gelegd bij de oprichting van de EGKS. De reden om die exclusieve bevoegdheid niet weg te halen bij de EC is nog steeds aan de orde: het voorkomen van onterechte concurrentiebenadeling van Nederlandse bedrijven ten opzichte van haar concurrenten. Bovendien heeft de EU wel degelijk indirect iets te zeggen over onze maatregelen, omdat we de Nederlandse begroting op orde moeten houden. Hierdoor is er sprake van een dilemma tussen EU toezicht versus meer vrijheid voor de lidstaten. Daarnaast is het van belang dat een halt wordt toegevoerd aan de vergroting van de administratieve en bestuurlijke lasten die ontstaan door de nieuwe steunkaders. De inbreng van Nederland op de consultaties over de nieuwe voorstellen van de EC zijn daar dan ook mede op gericht.

Aan de andere kant kan deze ontwikkeling ook worden gezien als een kans voor de overheid om goed na te denken over de voorgenomen maatregelen: is overheidsingrijpen nodig en kan het niet op een andere manier? Door tijdig te bezien of maatregelen kunnen worden genomen, zonder dat deze onder de mededingingsregels vallen is er nog een wereld te winnen. En als maatregelen dan onder de staatssteunregels vallen, probeer deze zoveel mogelijk vorm te geven binnen de ruimte van vrijstellingsverordeningen. Het is verstandig te weten op welke manier de overheid maatregelen of projecten kan aanpakken, om niet al te veel staatssteunperikelen tegen te komen als een project of regeling in de fase van besluitvorming komt.

Zodat de overheid en de Commissie zich vooral kunnen bezighouden met marktverstoringen voor beleidsterreinen waar het er echt toe doet. De uitdaging is of het alle betrokkenen lukt om die focus weer aan te brengen. Daarbij spelen naast de Commissie ook de lidstaten, potentiële begunstigden en mogelijke klagers een belangrijke rol. Bij de rijksoverheid, provincies en gemeenten is een goed ontwikkelde 'staatssteunantenne' bij de beleidsmedewerker en jurist een eerste vereiste. Kennisverspreiding is daarvoor van groot belang. Voor de rijksoverheid wordt kennis en ervaring tussen de departementen gedeeld via het netwerk van het ISO (interdepartementaal staatssteun overleg) en voor provincies en gemeenten bestaat het Kenniscentrum Europa decentraal.

Of het lukt om partijen niet altijd de weg van juridische procedures te bewandelen, maar er vóór die tijd uit te komen in het democratisch proces en in dialoog met begunstigen, concurrenten en andere betrokkenen, is voor alle betrokkenen een mooie uitdaging.

7. Epiloog

Met dit essay is de voorloper van de huidige staatssteunbepalingen, het EGKS-Verdrag, onder de loep genomen. Het omvormen van een bewapeningsindustrie, die ook weer kon zorgen voor economische ontwikkeling na de Tweede Wereldoorlog, moest met vereende kracht tussen voormalige vriend en vijand worden aangepakt. De industriepolitiek werd achter en soms voor de schermen bedreven, maar altijd binnen de begrenzing van de mededingingsregels. Ook de landbouwpolitiek van de EEG kent een zeer sterke regulering en als een lidstaat dan nog staatssteun wil geven, is er sneller sprake van marktverstoring.

Als sanering van een sector (staalindustrie in de jaren 80 van de vorige eeuw; in zekere mate de financiële sector vanaf 2008) nodig is, dan worden de mededingingsregels qua procedure versoepeld, maar qua voorwaarden en toezicht juist eerder verzwaard. De Commissie doet dit vanuit het uitgangspunt om marktverstoring te voorkomen, zodat er een level playing field is en de economische groei en bestrijding van de werkloosheid wordt bevorderd.

Het begrip staatssteun is daarbij niet onveranderlijk, door de besluitenpraktijk van de Europese Commissie en doordat het Hof van Justitie via haar jurisprudentie verdere invulling aan het begrip staatssteun en de toepassing daarvan geeft. Ook de Europese Commissie doet een duit in het zakje met een voorstel voor een Mededeling over het begrip staatssteun. Een eerste voorstel laat tekenen zien, dat zij niet louter consolidatie beoogt, maar ook een gedetailleerde en soms strengere uitleg geeft van de criteria die gelden voor staatssteun. Tegelijkertijd lopen 6 andere consultaties voor herziening van beleidsregels, die enerzijds meer ruimte laten voor de lidstaten om noodzakelijke en proportionele steun te verlenen en anderzijds meer van lidstaten vergen om aan de verscherpte toezichtsregels te voldoen.

De overheid staat ook op het terrein van de staatssteun voor de taak om een goed evenwicht te vinden tussen de afweging van de belangen van alle betrokken partijen en daarbij zowel de juridische als de economische invalshoek te betrekken.

1956

Hoeveel volksvertegenwoordigers heeft Nederland nodig?

Steven Hillebrink²⁵⁷

Nederland heeft een relatief klein parlement. In 1956 werd de huidige grootte van de Tweede en de Eerste Kamer vastgesteld. Dat gebeurde niet zonder slag of stoot. Het is ook niet makkelijk om te bepalen hoeveel mensen je nodig hebt om een heel volk te vertegenwoordigen en op een democratische manier besluiten te nemen die voor iedereen gelden. Hoeveel ruimte wil je daarbij geven aan afwijkende meningen en de stem van minderheden? Leidt een grote vergadering niet tot oeverloze discussies en besluiteloosheid? Eigenlijk gaat het hier om een zoektocht naar een ideaal evenwicht tussen democratische legitimiteit en bestuurlijke efficiëntie. Tegenwoordig vragen veel mensen zich af of de Kamers niet wat kleiner kunnen. Ook in de landen om ons heen wordt hierover gesproken. Dit hoofdstuk gaat over de zoektocht naar de juiste omvang van de Staten-Generaal die we sinds de oprichting van het Koninkrijk hebben afgelegd, en over de pogingen van wetenschappers om de ideale omvang van een volksvertegenwoordiging te bepalen.

1. Inleiding

In 1950 werd Wim Duk, ambtenaar bij het Ministerie van Justitie, gevraagd om in te springen als adjunct-secretaris bij de Staatscommissie-Van Schaik. Deze commissie moest adviseren over de vraag of de Staten-Generaal vergroot moesten worden. Joseph van Schaik had in 1947 als voorzitter van de Tweede Kamer voorgesteld om het aantal Kamerleden te verhogen omdat de werklust zo sterk toenam.²⁵⁸ Het voorstel van deze prominente KVP-er – die voor de oorlog juist tegenstander was geweest van een vergroting van de Kamers – werd positief ontvangen in de Tweede Kamer. In de Staatscommissie werd niet gediscussieerd over de vraag óf de Kamers uitgebreid moesten worden. Wel vroeg men zich af of de Tweede Kamer direct verdubbeld moest worden naar 200 leden, of eerst naar 150. Men koos voor het laatste, omdat de overgang anders te groot zou zijn.²⁵⁹ Er moest alleen nog een onderbouwing worden geschreven. Daarvoor keek de commissie naar Duk, die in diezelfde vergadering was voorgesteld als de nieuwe adjunct-secretaris.

²⁵⁷ Met dank aan Lester von Meijenfheldt, Carlien Hillebrink en Marion Bense, die commentaar leverden op eerdere versies van dit hoofdstuk.

²⁵⁸ *Handelingen II* 1947/48, p. 5 (vergadering van 18 september 1947).

²⁵⁹ Vijfde vergadering van subcommissie II van de Staatscommissie Herziening Grondwet, 18 september 1950.

*'In redactioneel werk van dit type had ik niet de geringste ervaring', schrijft Duk in zijn memoires. Maar: 'Tot mijn stomme verbazing slikte iedereen de idiote argumenten waarmee ik de voorgestelde uitbreiding van de Eerste en Tweede Kamer in arren moede had verdedigd. Er was maar één reële reden voor die uitbreiding: Elke grote partij had erop geanticipeerd, met de belofte van een "verkiezbare" plaats aan veel te veel van haar obscure aanhangers. Maar deze reden moest natuurlijk worden verzwegen.'*²⁶⁰

De 'idiote argumenten' van Duk vonden snel hun weg naar de memorie van toelichting bij een voorstel voor een Grondwetswijziging. Die was nodig omdat het aantal leden van de Kamers in de Grondwet is vastgelegd. De korte motivering van het wetsvoorstel kwam erop neer dat het werk van de Kamers voortdurend omvangrijker en ingewikkelder was geworden door de 'sterke toeneming van de bemoeienissen van de overheid', waardoor 'stagnatie in de werkzaamheden dreigde' en Kamerleden minder contact konden houden met de samenleving. Verder had Nederland in vergelijking met het buitenland weinig parlementariërs.²⁶¹

In de ministerraad stuitte het voorstel op behoorlijke weerstand. Premier Drees was tegen een vergroting van beide Kamers (hij wilde de Eerste Kamer afschaffen), maar de voorstanders waren nipt in de meerderheid (8 tegen 6). De Eerste Kamer bleek zichzelf niet te willen vergroten en de vergroting van de Tweede Kamer haalde uiteindelijk niet de vereiste tweederde meerderheid, omdat 17 senatoren tegenstemden. Deze 'Heren XVII' riepen daarmee behoorlijk wat publieke woede over zich af en lokten ongewild een maatschappelijke discussie uit over het nut van de Eerste Kamer.²⁶² Er werd direct een tweede poging ondernomen, opnieuw grotendeels gemotiveerd met dezelfde 'idiote argumenten' van Duk. Deze poging slaagde wel en de Tweede Kamer werd uitgebreid van 100 naar 150 leden en de Eerste Kamer van 50 naar 75.²⁶³

Destijds was de verwachting dat de Kamers verder vergroot zouden worden als de bevolking en de complexiteit van het openbare leven zouden blijven groeien.²⁶⁴ Bijna 60 jaar later blijkt er juist een opvallende eensgezindheid dat de Kamers *niet* vergroot moeten worden. De regering stelde in 2011 zelfs voor om beide Kamers met een derde te verkleinen.²⁶⁵ Voor dat idee bleek onvoldoende steun, maar er is vrijwel niemand die verdedigt dat de Kamers vergroot zouden moeten worden,

²⁶⁰ Wim Duk, *Eindverslag. Herinneringen aan mensen, beesten, toestanden en voorvallen*, Zutphen: Paris 2007, p. 353. Met dank aan Tim Borman die mij attendeerde op deze passage. Duks argumentatie sloot overigens vrij nauw aan bij de toespraak waarmee Van Schaik de discussie in 1947 in gang had gezet.

²⁶¹ MvT, *Kamerstukken II 1951/52*, 2341, nr. 8.

²⁶² Carla van Baalen & Jan Ramakers (red.), *Parlementaire geschiedenis van Nederland na 1945. Deel 5. Het kabinet-Drees III, 1952-1956. Barsten in de brede basis*, Den Haag: SDU 2001, p. 72-3.

²⁶³ Zie de wetsvoorstellen onder nrs. 4022 (eerste lezing) en 4403 (tweede lezing).

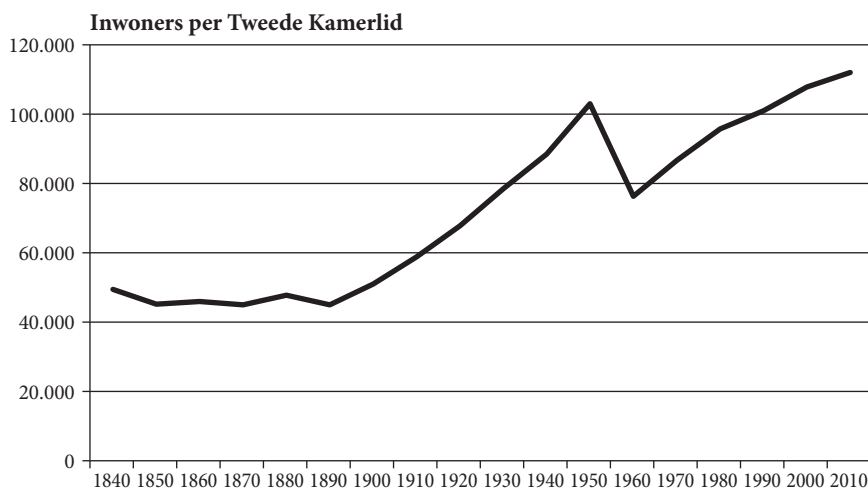
²⁶⁴ K. Groen, 'Het aantal leden der Staten-Generaal' *Rechtsgeleerd magazijn Themis*, 1951, p. 547.

²⁶⁵ Zie het wetsvoorstel onder Kamerstuk 33 345. Het werd in 2013 ingetrokken.

ondanks dat het aantal inwoners per Tweede Kamerlid inmiddels hoger is dan in 1956 (zie grafiek). Nederland heeft nu een van de kleinste parlementen van Europa, afgezet tegen de bevolkingsomvang.²⁶⁶ De werklust van de Kamers is sinds de jaren '50 eerder toe- dan afgenomen.²⁶⁷ In ieder geval is het Tweede Kamerlidmaatschap nu een fulltime-functie – heel anders dan begin jaren '50, toen bijvoorbeeld de fractievoorzitter van de VVD in de Tweede Kamer (Pieter Oud) tegelijk ook burgemeester van Rotterdam en voorzitter van de VNG kon zijn.

Het is niet voor het eerst in de geschiedenis van het Koninkrijk dat de opvattingen over de ideale omvang van het parlement binnen een paar decennia sterk veranderden. Argumenten die het ene moment worden gebruikt om een vergroting van het parlement te verdedigen, kunnen enkele decennia later ingezet worden om het omgekeerde te bepleiten. Dat het een kwestie is waar argumenten moeilijk vat op krijgen, bleek overigens al bij het opstellen van de grondwet van de Verenigde Staten in 1788. Een van de *founding fathers* constateerde tijdens een heftig debat over de omvang van het Huis van Afgevaardigden: '*no political problem is less susceptible of a precise solution (...) nor is there any point on which the policy of the several States is more at variance.*'²⁶⁸

Grafiek – Aantal inwoners per Tweede Kamerlid 1840-2010.



Bronnen: CBS, www.parlement.com en www.populstat.info.

²⁶⁶ Van de landen die door de *Interparliamentary Union (IPU)* als Europees worden beschouwd, hebben alleen Frankrijk, Spanje, Duitsland, Turkije en Rusland meer inwoners per nationale volksvertegenwoordiger. Ik tel dan niet de Hogerhuizen, senaten en federale raden en dergelijke mee. Tel je die wel mee, dan hebben ook Oekraïne en Azerbeïdjan minder inwoners per parlementariër, maar Frankrijk heeft er dan weer meer dan Nederland. Bron: databank PARLINE op <http://www.ipu.org/parline>.

²⁶⁷ Aldus de Afdeling advisering van de Raad van State, *Kamerstukken II 2011/12*, 33 345, nr. 4, p. 6.

²⁶⁸ *The Federalist*, nr. 55.

In de discussies die in Nederland over dit punt zijn gevoerd is er één steeds terugkerend argument dat door iedereen op dezelfde manier gewaardeerd wordt, namelijk het belang van ‘*eene hoogst noodige spaarzaamheid*’.²⁶⁹ Tegelijk vindt iedereen dat dit geen doorslaggevend argument mag zijn. Maar wat dan wel? Ik zal de verschillende argumenten beschrijven die gedurende 200 jaar Koninkrijk zijn ingezet, en deze afzetten tegen enkele wetenschappelijke inzichten. Om te beginnen zal ik ingaan op de algemene vraag waarom parlementen overal ter wereld groter zijn dan de regering en uit tientallen tot soms wel duizenden leden bestaan.

2. Waarom zijn parlementen zo groot?

Ondanks de veelgehoorde klacht dat grote vergaderingen inefficiënt en besluiteloos zijn, wordt het als vanzelfsprekend beschouwd dat een parlement uit een (zeer) groot aantal mensen bestaat. Maar waarom eigenlijk? De rechtsfilosoof Waldron zoekt de verklaring in het karakter van wetgeving in combinatie met de manier waarop in West-Europa aan het einde van de middeleeuwen overal parlementen werden opgericht. In landen met een feodale cultuur zoals Engeland leefde de overtuiging dat algemeen geldende regels het resultaat moesten zijn van brede beraadslagingen waarbij vele verschillende (lokale) belangen en opvattingen naar voren waren gebracht. Het idee dat de landsheer in zijn eentje het recht zou kunnen bepalen, was in strijd met het eeuwenoude principe dat algemeen geldende regels bij het land hoorden. Men noemde dit ‘*the law of the land*’. Een logisch uitvloeisel hiervan was dat deze regels alleen in samenspraak met (de tegenwoordigers van) het land zelf gewijzigd konden worden.

In dezelfde periode kregen ook de volksvergaderingen in het noorden van Italië een belangrijke rol in het wetgevingsproces. Italiaanse rechtsgeleerden worstelden met de vraag waar de volksvergaderingen van de autonome steden de bevoegdheid vandaan haalden om algemeen bindende regels te maken. Die bevoegdheid kwam in het Romeinse recht immers toe aan de Keizer. De Italiaanse rechtsgeleerde Bartolus de Saxoferrato redeneerde dat de beraadslaging in een grote volksvergadering een equivalent was van de manier waarop voorheen gewoonterecht tot stand kwam. De beraadslaging stelde hij gelijk met de jarenlange ervaring met de voor- en nadelen van een bepaalde gewoonte, beoordeeld vanuit alle geleidingen van de samenleving. De eindstemming in de volksvergadering stond gelijk aan het accepteren van een gewoonte als recht. De procedure via een volksvertegenwoordiging was traag, maar natuurlijk nog altijd veel sneller en duidelijker dan de totstandkoming van gewoonterecht.

²⁶⁹ Rapport van de Staatscommissie-Thorbecke, weergegeven in J.C. Voorduyn, *Geschiedenis en beginselen der Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden volgens de beraadslagingen deswege gehouden bij de beide Kamers der Staten-Generaal*, Utrecht: Bielevelt 1848, p. 201.

Waldron ziet parlementaire besluitvorming daarom als een *concessie* van de bevolking – in al haar diversiteit van opvattingen, belangen en ervaringen – aan de bestuurbaarheid van het land. De veelstemmigheid is daarmee een fundamenteel karakter van een parlement, waarmee het zich onderscheidt van de enkele stem waarmee een monarch spreekt.²⁷⁰ De opkomst van de middeleeuwse parlementen wordt daarom ook wel gezien als onderdeel van een ontwikkeling waarin macht niet langer als een en ondeelbaar werd gezien, en waarin ook vorsten ondergeschikt werden aan het recht.²⁷¹

De Nederlandse Staten-Generaal hadden van oorsprong niet of nauwelijks een wetgevende taak. Dit orgaan ontstond ook pas in de 15^e eeuw toen de Lage Landen onderdeel werden van het Bourgondische rijk. Voor zover er in de middeleeuwen in onze regionen wetgeving werd gemaakt, gebeurde dat door een grote verscheidenheid aan autoriteiten van de steden en andere lokale bestuurseenheden, soms zelfstandig, soms in de vorm van inspraak bij de besluiten van de landsheer.²⁷² De Staten-Generaal hadden vanaf de 15^e eeuw als taak om de autonomie van al deze lokale eenheden te beschermen tegen de drang naar centralisatie van de landsheer. In 1579 drukten de Staten van Holland en Zeeland dit als volgt uit in een brief aan de andere Staten van de opstandige gewesten: *‘Gy zijt de Staten des Lands, dat is te seggen de voorstanders en beschermers van hare Vryheidt ende van hare Privilegieën (..) ende daerom zijt gy uit allen steden uitgekoren, opdat een ygelyck sijne stad, en gy altsamen het gansche land helpt voorstaen en verantwoorden tegens alle die gene, die het souden willen eenigsins vercorten of verongelijcken.*²⁷³

In de kern verklaart de behoefte aan de representatie van de diversiteit en pluriformiteit van de bevolking ook voor de moderne Staten-Generaal, die in 1814 voor het eerst bijeen kwam, waarom zij altijd uit veel meer leden heeft bestaan dan de regering.²⁷⁴ Ook toen de regering recentelijk voorstelde om de beide Kamers te verkleinen, erkende zij dat een parlement van een zekere omvang noodzakelijk is ‘om voldoende van de verschillende belangen, waarden, overtuigingen en opvat-

²⁷⁰ Jeremy Waldron, *Law and disagreement*, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 56-66.

²⁷¹ Maarten Prak en Jan Luiten van Zanden, *Nederland en het poldermodel. Sociaal-economische geschiedenis van Nederland, 1000-2000*, Amsterdam: Bert Bakker 2013, p. 58-9.

²⁷² Robert Fruin, *Geschiedenis der staatsinstellingen in Nederland tot den val der Republiek* (ed. H.T. Colenbrander), 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1901, p. 145 en C. van de Kieft, 'Hoofdstuk I – De Staten-Generaal in het Bourgondisch-Oostenrijkse tijdvak (1464-1555) in: S.J. Fockema Andreae en H. Hardenberg (red.), *500 jaren Staten-Generaal in de Nederlanden*, Assen: Van Gorcum 1964, p. 4.

²⁷³ Fruin t.a.p., p. 51.

²⁷⁴ Vindplaatsen van het argument van pluriformiteit in de Kamerdebatten: Voorduin t.a.p., p. 201, H.Th. Colenbrander, *Ontstaan der Grondwet. Bronnenverzameling. Eerste deel. 1814*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1908, p. 127 en G.L. van den Helm, *De Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden toegelicht uit de gewisselde stukken en beraadslagingen*, Gouda: Van Goor 1887, p. 293, en *Handelingen II* 2010/11, p. 30-66.

tingen die leven in de samenleving te laten doorklinken in de besluitvorming op nationaal niveau.²⁷⁵

Het idee dat een parlement groot moet zijn, heeft dus een lange voorgeschiedenis en kan goed verklaard worden vanuit zijn functie. Maar het zegt natuurlijk erg weinig over hoe groot een parlement dan *precies* moet zijn. De omvang van parlementen varieert internationaal ook enorm. Toch blijkt er internationaal wel een zekere wetmatigheid in de omvang van parlementen te zitten, die verband houdt met de omvang van de bevolking.

3. De wet van de derdemachtswortel

In de jaren '70 ontdekte de natuurkundige en politicoloog Taagepera dat in veel landen de omvang van het parlement aardig gelijk opgaat met de derdemachtswortel van de bevolking.²⁷⁶ Taagepera stelde dat er een verband bestaat tussen de omvang van een parlement (S) en de derdemachtswortel van twee maal het geletterde deel van de volwassen bevolking (P). Dus: $S = (2P)^{1/3}$. Uit vergelijkend onderzoek blijkt dat vrijwel geen enkel land een lagerhuis of enkelvoudig parlement heeft dat twee keer zo groot is als de uitkomst van deze formule. Tegelijk heeft vrijwel geen enkel land een parlement dat minder dan half zo groot is. Er is dus een ruime bandbreedte, maar wel een duidelijk patroon. De variatie in parlamentsomvang lijkt voor ongeveer 80 procent terug te voeren op het verschil in bevolkingsomvang.²⁷⁷

Taagepera bedacht ook een theoretische verklaring voor deze observatie. Hij gaat ervan uit dat de omvang van een parlement een ideaal punt bereikt als het aantal communicatiekanalen per parlementariër tot een minimum wordt beperkt. Het idee is dat het werk van een parlementariër in de eerste plaats bestaat uit het ontvangen en verzenden van informatie. In ieder geval zal daar de meeste tijd in gaan zitten. Het grootste aantal communicatiekanalen bevindt zich enerzijds tussen parlementariërs onderling, en anderzijds tussen parlementariërs en hun kiezers. Een groter parlement betekent dat parlementariërs meer tijd kwijt zijn aan onderlinge communicatie. Een kleiner parlement betekent dat er per parlementariër meer kiezers zijn om mee te communiceren. Hoe dichter de omvang van het parlement de uitkomst van $(2P)^{1/3}$ benadert, hoe kleiner het aantal communicatiekanalen voor parlementariërs.²⁷⁸

²⁷⁵ Nader rapport, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 345, nr. 4, p. 11.

²⁷⁶ Rein Taagepera, 'The size of national assemblies' *Social Science Research* I, no. 4 (1972), p. 385-401. De derdemachtswortel van getal A is het getal dat tot de derde macht verheven het getal A oplevert. Dus de derdemachtswortel van 8 is 2. Je kunt dit ook opschrijven als $\sqrt[3]{A}$.

²⁷⁷ Steve Patten, *Making Choices: The Size of the Canadian House of Commons* (thesis McMaster University), Hamilton, Ontario 1989, p. 48-9.

²⁷⁸ Rein Taagepera & Matthew Soberg Shugart, *Seats and Votes. The Effects and Determinants of Electoral Systems*, New Haven: Yale 1989, p. 179 e.v.

Voor Nederland zou op basis van Taagepera's 'cube root law' (wet van de derdemachtswortel) op dit moment een Tweede Kamer van 290 leden het meest ideaal zijn, omdat die omvang de minste communicatiekanalen betekent voor de Kamerleden.²⁷⁹ Nu is het zo dat de meeste landen zich in een bandbreedte rondom die derdemachtswortel bevinden, van de helft tot tweemaal de uitkomst van $(2P)^{1/3}$. Voor de Tweede Kamer bestaat die bandbreedte uit minimaal 145 leden en maximaal 580. Met de huidige omvang bevinden we ons dus nog net binnen die bandbreedte.

Een andere formule om het optimale aantal vertegenwoordigers te berekenen is ontwikkeld door twee economen. Zij gaan ervan uit dat de optimale omvang van een parlement mede bepaald wordt door de mate van diversiteit van de bevolking, en door de extra kosten die een parlementariër oplevert voor de belastingbetaler (die kosten verschillen nogal). Deze formule komt uit op 326 leden als optimaal voor de Tweede en de Eerste Kamer samen.²⁸⁰ Ook volgens deze formule is het Nederlandse parlement met zijn 225 leden in werkelijkheid dus kleiner dan je zou verwachten, maar het verschil is minder groot dan bij Taagepera.²⁸¹

Bij beide formules zijn er veel landen die behoorlijk ver afzitten van de optimale omvang, maar vergeleken met kleine en middelgrote Europese landen vormt Nederland toch wel een opvallende uitschieter. Waarom Nederland zo afwijkt, is nooit echt onderzocht en ik kan alleen maar gissen naar een verklaring. Beide formules gebruiken maar weinig variabelen. Misschien dat Nederland dichterbij het ideaal zou komen als ook andere variabelen zoals bijvoorbeeld het kiesstelsel en het vertrouwen in de democratische instituties zouden worden meegenomen. Het gaat hier immers om het zoeken naar 'een evenwicht tussen draagvlak en daadkracht'.²⁸² In Nederland wordt het 'poldermodel' traditioneel gebruikt om draagvlak te genereren. Wellicht dat mede daardoor in de staatsinrichting het belang van daadkracht zwaarder heeft kunnen wegen.

Als we dan nog steeds afwijken, moeten we misschien maar concluderen dat het belang van 'eene hoogst noodige spaarzaamheid', zoals Thorbecke het noemde, in Nederland zwaarder weegt dan in andere landen. Uit onderzoek blijkt dat landen met een relatief klein parlement in economische opzicht vaker een *laissez faire*-mentaliteit hebben en meer overlaten aan de vrije markt.²⁸³ Er lijken niet echt

²⁷⁹ Ik ben hierbij uitgegaan van een volwassen bevolking van 13.500.000. Naar schatting 10% daarvan is 'laaggeletterd'. P is dan voor Nederland 12.150.000.

²⁸⁰ Emmanuelle Auriol en Robert J. Gary-Bobo, 'On the optimal number of representatives' *Centre for Economic Policy Research Discussion Paper Series*, No. 6417.

²⁸¹ Zie het weblog van politicoloog Simon Otjes (<http://blog.simonotjes.nl>) voor andere modellen en berekeningen. De uitkomst is steeds dat Nederland een relatief klein parlement heeft.

²⁸² David Van Reybrouck, 'Het kan: een totaal andere inrichting van onze democratie' *De Correspondent* 21 februari 2014.

²⁸³ Auriol en Gary-Bobo, t.a.p., p. 32.

bewijzen dat er een causaal verband bestaat tussen een klein parlement en een kleinere overheid.²⁸⁴ Maar het zou natuurlijk wel verrassend zijn als de opvattingen die in een land bestaan over de ideale omvang van het parlement sterk zouden afwijken van de opvattingen over de ideale omvang van de overheid als geheel.

In de 19^e eeuw was de verhouding parlementariër/inwoner in Nederland heel anders dan tegenwoordig (zie de grafiek), en voldeed Nederland waarschijnlijk beter aan de wet van de derdemachtswortel. Het is daarom interessant om te kijken welke argumenten destijds gebruikt werden om de omvang van het parlement te bepalen, en wat daarin sindsdien veranderd is.

4. ‘Naar de bevolking te regelen’

In de 19^e eeuw is in Nederland – net als elders in Europa en in de Verenigde Staten – geprobeerd om een vaste koppeling te creëren tussen het aantal parlementariërs en het inwonertal. Dat werd gezien als een objectief en democratisch criterium. Van Hogendorp had in zijn schets voor de eerste Grondwet voorgesteld dat de provincies voor iedere 25.000 zielen één parlementariër mochten afvaardigen naar de Staten-Generaal. Een vergelijkbaar systeem had al korte tijd gefunctioneerd tijdens de Franse periode. Binnen Van Hogendorps commissie ontstond daarover discussie. De orangistische jonkheer Van Lynden van Blitterswijk vond dat een koppeling met het inwonertal ‘te veel van het democratische’ had.²⁸⁵ Uiteindelijk werd gekozen voor een vast aantal leden, verdeeld over de provincies.²⁸⁶

Dankzij Thorbecke kreeg Van Hogendorp in 1848 toch zijn zin. Thorbecke vond dat de omvang van de bevolking ‘tot de minst willekeurige uitkomsten leidt’.²⁸⁷ Zijn Staatscommissie adviseerde vervolgens: ‘Het getal der afgevaardigden naar de bevolking te regelen (...), schijnt ons de eenige juiste maatstaf’.²⁸⁸ In de Grondwet werd bepaald dat voor iedere 45.000 inwoners één Tweede Kamerlid werd gekozen. Om de paar jaar werd het aantal Kamerleden bij wet verhoogd. Omdat de Tweede Kamer destijds nog gekozen werd via een districtenstelsel, leidde de periodieke verhogingen tot ‘kiesrecht-geografie’, waarbij partijen probeerden om kiesdistricten zo in te delen dat het hen de meeste zetels opleverde. Over het ‘politieke onfatsoen’ dat daarbij boven kwam drijven ontstond veel ongenoegen. De ‘onverkwikkelijken en demoraliseerenden partijstrijd’ liep zo hoog op dat het vanaf 1878

²⁸⁴ Per Pettersson-Lidbom, ‘Does the Size of the Legislature Affect the Size of Government? Evidence from Two Natural Experiments’ *Journal of Public Economics*, Vol. 96, nr. 3-4 (april 2012), p. 269–78.

²⁸⁵ Colenbrander t.a.p., p. 119.

²⁸⁶ Het gekozen ledental (55) kwam neer op ongeveer één zetel per 40.000 inwoners.

²⁸⁷ J.R. Thorbecke, *Aantekening op de Grondwet. Eerste deel*, Amsterdam: Müller 1841, p. 217.

²⁸⁸ Voorduin t.a.p., p. 201.

niet meer lukte om de Grondwettelijk vereiste vergroting van de Tweede Kamer te realiseren.²⁸⁹

Tabel – Aantal leden van de Nederlandse parlementen sinds 1798

1798	Vertegenwoordigend Lichaam: één lid per 20.000 inwoners ²⁹⁰
1801	Wetgevend Lichaam: 35 leden
1805	Vergadering van Hun Hoog Mogenden: 19 leden
1806	Wetgevend ligchaam: 39 leden ²⁹¹
1814	Staten-Generaal: 55 leden
1815 (met België)	Tweede Kamer: 110 Eerste Kamer: 40 à 60
1840 (zonder België)	Tweede Kamer: 58 Eerste Kamer: 20 à 30
1848	Tweede Kamer: variabel, met één lid per 45.000 inwoners Eerste Kamer: 39 leden
1887	Tweede Kamer: 100 leden Eerste Kamer: 50 leden
1956	Tweede Kamer: 150 leden Eerste Kamer: 75 leden

Het kwam daarom goed uit dat de Staatscommissie-Heemskerk het uitgangspunt van Thorbecke irrelevant bleek te vinden: *‘Niet de vraag, welk zielental de bevolking bedraagt, moet ten deze beslissen, maar alleen de overweging, welk getal leden op zich zelf den meesten waarborg geeft voor eene regelmatige en vruchtbare behandeling van zaken.’*²⁹² Men was het er snel over eens dat de Grondwet weer een vast aantal leden moest bepalen. Vanaf 1887 waren dat 100 leden voor de Tweede en 50 voor de Eerste Kamer. Ook in de meeste andere landen is de vaste koppeling met het inwonertal sinds de 19^e eeuw overigens losgelaten, althans op nationaal niveau.

De grafiek hierboven suggereert dat het vastleggen van het aantal Kamerleden in de Grondwet van 1887 een rol heeft gespeeld bij de ontwikkeling waarin Nederland steeds meer inwoners per Tweede Kamerlid hebben gekregen. Dit kan een verkla-

²⁸⁹ Groen t.a.p., p. 534.

²⁹⁰ Dit kwam destijds neer op 94 leden.

²⁹¹ In 1808 werden twee leden toegevoegd voor Oost-Friesland. In 1810 gingen er weer 6 leden vanaf voor de gebieden die werden afgestaan aan Frankrijk.

²⁹² Van den Helm t.a.p., p. 291-2.

ring zijn, want onze Grondwet is immers relatief moeilijk te veranderen.²⁹³ Toch denk ik niet dat dit echt een rol heeft gespeeld. Gedurende de 20e eeuw is er alleen in de jaren '50 een meerderheid in de Kamers geweest om het parlement te vergroten. De verklaring moet dus eerder gezocht worden in het feit dat een meerderheid van het parlement sinds 1956 geen voorstander meer is van verdere vergrotingen. Het dominante argument in de discussies over de parlamentsomvang was in de 20e eeuw ook niet langer de verhouding met de bevolkingsomvang, maar de werklust van het parlement en de meest efficiënte en zuinige manier om die te tackelen.

5. Is een klein parlement efficiënter?

Het is een axioma (een uitgangspunt dat niet bewezen hoeft te worden) dat grote vergaderingen besluiteloos en irrationeel zijn. Deze overtuiging lijkt al heel lang te bestaan. Een van de opstellers van de Amerikaanse grondwet schreef al dat in grote vergaderingen *'passion never fails to wrest the sceptre from reason. Had every Athenian citizen been a Socrates, every Athenian assembly would still have been a mob.'*²⁹⁴ Bij ons heeft die overtuiging postgevat in uitdrukkingen als een 'Poolse landdag' en 'op zijn elf en dertigst'.²⁹⁵

Het idee dat de omvang van een vergadering van invloed is op de efficiëntie van de besluitvorming en de kwaliteit van de besluiten, speelt in de discussies over de omvang van de Staten-Generaal in de afgelopen 200 jaar toenemend een rol. Al tijdens een van de eerste vergaderingen over de ontwerp-Grondwet van 1814 merkte een van de leden op *'dat groote vergaderingen niet altijd het best en spoedigst delibereeren'* maar dit argument wierp destijds niet veel gewicht in de schaal.²⁹⁶ De Staatscommissie-Thorbecke waarschuwde dat de Tweede Kamer niet te groot moest worden, want *'een goede, nauwkeurige behandeling der zaaken'* zou daaronder lijden.²⁹⁷ Maar deze Staatscommissie adviseerde toch om de Tweede Kamer te vergroten.

Toen de Kamer in 1883 gegroeid was naar 86 leden schreef de staatsrechtjurist Buijs: *'tot een meer bondige en sobere discussie heeft zij zeker niet geleid (...) de wijze van werken lijkt elk jaar omslachtiger te worden, en wel zoo dat de afdoening*

²⁹³ Uit een internationale vergelijking blijkt dat 'oude' democratieën gemiddeld minder volksvertegenwoordigers hebben dan 'nieuwe', zie Auriol en Gary-Bobo, t.a.p., p. 26. Deze onderzoekers wijten dit verschil aan constitutionele rigiditeit.

²⁹⁴ *The Federalist*, nr. 55, en verder uitgewerkt in nummer 58.

²⁹⁵ Sinds de 18e eeuw wordt gedacht dat deze uitdrukking sloeg op de trage besluitvorming in de Friese Staten, waarin 11 steden en 30 grietenijen waren vertegenwoordigd. Waarschijnlijker is dat ze oorspronkelijk sloeg op een kam met 41 tanden waarmee zeer fijne textiel werd geweven.

²⁹⁶ Colenbrander t.a.p., p. 119 e.v. Met dank aan Anton Toebes die me op deze discussie wees.

²⁹⁷ Voorduin t.a.p., p. 201.

van groote ontwerpen allengs meer bezwaren oplevert en meer tijd vordert.²⁹⁸ Een andere observator uit die tijd schreef over het groeiend aantal Kamerleden: *‘Het debat wordt, naarmate er meer aan deelnemen, wel breeder maar niet dieper, en de resultaten van den parlementairen arbeid zijn gewoonlijk des te meer teleurstellend, naarmate de tijd, welke er aan besteed is, langer was.’*²⁹⁹

Het argument van efficiëntie wordt sindsdien steeds vaker gebruikt. Opvallend is echter dat het niet alleen gebruikt wordt om te pleiten voor een klein parlement, maar ook voor een groot parlement. Toen de Tweede Kamer in 1887 werd vergroot naar 100 leden werd gezegd dat in een grotere Kamer *‘minder wordt gesproken en de vorming van een centrum lichter tot stand komt’*. De Kamer moest volgens sommige Kamerleden zo groot worden gemaakt dat iedereen zou begrijpen *‘dat niet ieder lid herhaaldelijk over elk onderwerp het woord voeren kon.’*³⁰⁰ In 1848 had graaf Schimmelpenninck al betoogd dat hoe groter de vergadering, hoe meer de *‘natuurlijke hoofden’* het debat zouden moeten voeren.³⁰¹

In de 20^e eeuw kwam daar het groeiend belang van de fracties bij, waardoor andere vormen van werkverdeling mogelijk werden. Troelstra stelde voor om de Tweede Kamer te vergroten naar 200 leden. Hij vond dit een van de belangrijkste kwesties van de Grondwetsherziening van 1922.³⁰² Hij had zich uitgebreid laten voorlichten, ook door politieke vrienden in andere landen. Zijn voorstel schetste min of meer de werkwijze die de Tweede Kamer tegenwoordig hanteert. Hij wilde dat de Kamer vaste commissies zou instellen, liefst één per ministerie. Alle fracties moesten lid kunnen zijn van elke commissie, dan konden de discussies over details in de commissies worden gevoerd en de plenaire vergadering zich beperken tot de hoofdlijnen. Dat was alleen mogelijk met een veel grotere Kamer. Een meerderheid van de Kamer was echter niet overtuigd dat een grotere Kamer efficiënter zou zijn en stelde het belang van zuinigheid voorop. Het kabinet ontraadde Troelstra's amendement *‘met den meesten nadruk’* en het werd verworpen.³⁰³

Een bijkomend argument was in deze periode dat er niet meer dan 100 leden in de vergaderzaal zouden passen. De zaalomvang wordt al sinds de 16^e eeuw gebruikt om de omvang van de Staten-Generaal te beperken. Tot 1795 bepaalden de Staten van de gewesten in principe zelf hoeveel afgevaardigden zij naar de

²⁹⁸ J.T. Buijs, *De Grondwet. Toelichting en kritiek* (eerste deel), Arnhem: Gouda Quint 1883, p. 435.

²⁹⁹ W.C.D. Olivier, *Van de Staten-Generaal*, 's-Gravenhage: Fokker 1876, p. 38. Ook in de 20^e eeuw is wel verdedigd dat een kleiner aantal parlementariërs de kwaliteit van het debat ten goed zou komen. Volgens Van Thijn waren Kamerdebatten *‘voor een normaal mens niet te harden. (...) Een tv-debat van een kwartier is voor de kiezer inlichtender dan een week van beraadslagingen’* (Ed. van Thijn, *‘Overleeft de parlementaire democratie 1984?’ Socialisme en Democratie*, maart 1976, p. 110).

³⁰⁰ Van den Helm t.a.p., p. 293.

³⁰¹ Buijs t.a.p., p. 437.

³⁰² Zie ook het Verslag van de staatscommissie ingesteld bij KB van 20 december 1918, p. 33.

³⁰³ *Handelingen II*, 1921/22, p. 805-10 en 838-45.

Staten-Generaal stuurden, maar de vergaderzaal had slechts 28 zitplaatsen, die verdeeld waren over de stemhebbende gewesten. Als er meer mensen aanwezig wilden zijn, moesten ze staan.³⁰⁴ Ook in de eeuwen daarna wordt de zaalgrootte geregeld genoemd als argument. In het debat over de Grondwet van 1922 wekte het echter ook enige irritatie. Het Kamerlid Van de Laar zei daarover: *‘Het zou toch wel wat zonderling zijn, wanneer een of ander handboek in zake de Staatsregeling van verschillende Europese staten, met betrekking tot Nederland in een noot zou kunnen vermelden: Nederland heeft een Tweede Kamer van slechts honderd leden, omdat er voor een groot aantal leden geen zaal beschikbaar was.’*³⁰⁵

Na de Tweede Wereldoorlog sloeg de stemming om en ontstond vrij breed de overtuiging dat er meer leden nodig waren om het hoofd te bieden aan de groeiende werkzaamheden. Dit was het belangrijkste argument om de Kamers in 1956 te vergroten (al zag Duk dus een andere reden). Maar sinds de jaren '60 wordt het argument van efficiëntie juist weer gebruikt om een *verkleining* van het parlement te verdedigen. Een minderheid van de staatscommissie Cals/Donner vond dat de vergroting van het parlement ertoe had geleid dat veel tijd en energie werd besteed aan details. Een kleiner parlement, dat zich vooral richt op de algemene aspecten van wetgeving en regeringbeleid kon volgens deze leden een nuttiger taak vervullen. In 2011 gebruikte ook de regering het argument van efficiëntie om een verkleining te verdedigen,³⁰⁶ terwijl de Raad van State juist weer vond dat de toegenomen werklast van de Kamers pleitte *tegen* een verkleining van het aantal Kamerleden.³⁰⁷

Het argument van efficiëntie kan dus blijkbaar zowel tot de conclusie leiden dat het parlement vergroot moet worden, als dat het verkleind moet worden. Dat maakt het niet erg overtuigend. Ik heb ook geen wetenschappelijk onderzoek kunnen vinden dat de ene of de andere conclusie ondersteunt.³⁰⁸ De mate van efficiëntie zal op dit punt vermoedelijk sowieso meer afhangen van de interne organisatie en de werkwijze, en de kwaliteit en kwantiteit van de facilitering en ondersteuning van de Kamerleden.

Een argument dat minder vaak is gebruikt, maar dat misschien wel sterker is, is de band met de kiezer. In een land met veel minder parlementariërs dan het optimum van $(2P)^{1/3}$ verwachten wetenschappers dat parlementariërs moeite hebben om voldoende contact te houden met hun kiezers en dat er daardoor een grote ‘kloof’ bestaat tussen kiezers en gekozenen.

³⁰⁴ S.J. Fockema Andreae, *De Nederlandse staat onder de Republiek* (Verhandelingen der KNAW, Afd. Letterkunde, Nieuwe reeks, deel LXVIII, No. 3, zevende ongewijzigde druk), Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij 1975, p. 13.

³⁰⁵ *Handelingen II 1920/21*, p. 843.

³⁰⁶ MvT, *Kamerstukken II 2011/12*, 33 345, nr. 3.

³⁰⁷ Advies van de Raad van State, *Kamerstukken II 2012/13*, 33 345, nr. 4.

³⁰⁸ Wel wordt veel onderzoek gedaan naar de relatie tussen de omvang van parlementen en de omvang van de overheid. Zie bijv. Pettersson-Lidbom, t.a.p.

6. De kloof tussen kiezers en gekozenen

Begin jaren '50 betoogde de regering dat een voordeel van de vergroting van de Kamers zou zijn dat de Kamerleden meer contact met de samenleving konden onderhouden,³⁰⁹ omdat '*versterking van de kiezer en gekozenen dringend nodig is*'.³¹⁰ Sommige Kamerleden deelden die opvatting en vonden dat zij meer tijd moesten krijgen om '*het land in te gaan*'. Andere fracties hadden daar geen behoefte aan en benadrukten dat Kamerleden toch vooral tijd moesten houden om een andere (hoofd)functie te blijven uitoefenen. Het zou bepaald niet ideaal zijn – ook niet voor het aanzien van de Kamer – als de Kamer bevolkt zou raken door 'beroeps-politici'.³¹¹ Er waren al te veel mensen die geen Kamerlid wilden worden omdat dit hen te veel zou hinderen bij het uitoefenen van hun beroep of bedrijf. Het opgeven daarvan kon van hen niet worden verwacht, '*vooral niet, indien zij nog kinderen hebben op te voeden*'.³¹²

Sinds de jaren '80 leeft onder steeds meer politici het beeld dat er in Nederland een (te grote) kloof bestaat tussen burger en politiek.³¹³ Tot voor kort werd daarbij geen verband gelegd met de omvang van het parlement, maar volgens sommige onderzoekers kan een klein parlement leiden tot '*a feeling of "distance" between representatives and voters, even voters who favor large parties*'.³¹⁴ Volgens andere onderzoekers kan het ertoe leiden dat goed georganiseerde deelbelangen een onevenredig grote invloed krijgen op de besluitvorming.³¹⁵ Naar aanleiding van het recente voorstel om de Kamers te verkleinen, vroegen de kleine Kamerfracties om in kaart te brengen wat het effect zou zijn op '*de kloof tussen de burger en de politiek*'.³¹⁶

Als er inderdaad een verband bestaat tussen 'de kloof' en de omvang van het parlement mag het misschien opmerkelijk lijken dat er al sinds lang geen enkele animo bestaat om de omvang van de Staten-Generaal te vergroten. Volgens mij was oud-Kamervoorzitter Vondeling de laatste politicus die openlijk voorstander was van een uitbreiding van de Tweede Kamer. Maar hij wilde dan wel tegelijk

³⁰⁹ MvT, *Kamerstukken II* 1951/52, 2341, nr. 8.

³¹⁰ MvT, *Kamerstukken II* 1951/52, 2341, nr. 8 en MvA, nr. 15, p. 31.

³¹¹ Voorlopig verslag, *Kamerstukken II* 1951/52, 2341, nr. 13, p. 23.

³¹² *Handelingen II* 1951/52, 50e vergadering, 19 februari 1952, p. 1627.

³¹³ Herman van Gunsteren & Rudy Andeweg, *Het grote ongenoegen. Over de kloof tussen burgers en politiek*, Bloemendaal: Aramith 1994 en Rudy Andeweg & Jacques Thomassen, *Binnenhof van binnenuit. Tweede Kamerleden over het functioneren van de Nederlandse democratie*, Raad voor het openbaar bestuur, april 2007, p. 24.

³¹⁴ Zie het lemma 'Parliamentary size' in de *ACE Encyclopaedia*, versie 1.0, van het ACE Electoral Knowledge Network, een internationale organisatie die kennis over kiesstelsels verzamelt en daarover adviseert. Zie <http://aceproject.org>.

³¹⁵ Auriol en Gary-Bobo, t.a.p., p. 28. Ook Arco Timmermans, hoogleraar public affairs, wijst op dit mogelijke risico in een interview in *de Volkskrant* van 26 augustus 2013.

³¹⁶ *Handelingen II* 2010/11, p. 29-66.

de Eerste Kamer opheffen.³¹⁷ Tijdens de verkiezingscampagne van 2012 waren de meeste partijen tegen een verandering van het aantal Kamerleden. VVD, PVV en 50PLUS wilden het aantal Kamerleden met een derde verminderen.³¹⁸ In dit opzicht zijn we internationaal dan weer geen buitenbeentje, want ook in andere westerse landen is de laatste jaren vaker voorgesteld om het parlement te verkleinen (Frankrijk, Italië, Hongarije, Nieuw-Zeeland, Ierland, Schotland, het Verenigd Koninkrijk) dan te vergroten (Duitsland).

Een verklaring hiervoor kan zijn dat een vergroting van het parlement toch meer een 19^e-eeuws antwoord lijkt te zijn op het hedendaagse vraagstuk van de legitimiteit van de representatieve democratie. Het is een antwoord dat niet meer zo goed aansluit bij hedendaagse wensen en verwachtingen over democratie en participatie. Er bestaat wel al langere tijd veel steun onder Nederlanders voor meer vormen van *directe* democratie, zoals referenda.³¹⁹ Mondige 21^e-eeuwse burgers, die zelf willen kunnen meepraten en meebeslissen, hebben wellicht meer behoefte aan dit soort instrumenten dan aan een groter aantal volksvertegenwoordigers.

7. Tot slot

De ‘idiote argumenten’ van Wim Duk die in 1956 werden gebruikt om de juiste omvang van het parlement te bepalen, waren minder idioot dan Duk zelf leek te vinden. Ze vormen al 200 jaar de handvatten om de juiste grootte van de Kamers te kunnen bepalen. Het valt niet vol te houden dat de Grondwetgever dit als een puur willekeurige keuze heeft beschouwd, of dat die keuze echt werd bepaald door het aantal ‘obscure aanhangers’ van politieke partijen die beloofd moesten worden met een Kamerzetel (aldus Duk). Het lastige is wel dat de gebruikte argumenten niet precies dicteren wat nu de ideale omvang van het Nederlandse parlement is. De wet van de derdemachtswortel die in de politicologie is ontwikkeld, biedt meer houvast, maar ook die laat een ruime bandbreedte. Binnen die bandbreedte kunnen allerlei argumenten een rol spelen. Ook praktische, zoals de grootte van de vergaderzaal en het streven naar zuinigheid en efficiëntie. In de geschiedenis van de Staten-Generaal hebben juist dit soort praktische argumenten veel gewicht in de schaal geworpen, wat kan verklaren waarom Nederland een relatief klein parlement heeft.

³¹⁷ Anne Vondeling, *Tweede Kamer: lam of leeuw?* Amsterdam: Arbeiderspers 1977, p. 191-5.

³¹⁸ De meeste partijen hadden over dit onderwerp niets opgenomen in hun verkiezingsprogramma's, maar zij hebben wel een standpunt ingenomen naar aanleiding van de stelling 'De Tweede Kamer moet uit 150 leden blijven bestaan' die was opgenomen in de Stemwijzer van 2012 (zie <http://stemwijzer.nl/tk2012>).

³¹⁹ Legitimiteitsmonitor democratisch bestuur 2013, p. 13.

1970

Openbaarheid in ontwikkeling

Peter Stolk

Hoe kan de burger al in het voorbereidingstadium van de beleidsvorming de beschikking krijgen over de bestuurlijke informatie die hem in staat stelt zelfstandig aan dit proces deel te nemen?

Deze vraag werd voorgelegd aan de Commissie Heroriëntatie Overheidsvoorlichting (CHO), ook wel naar haar voorzitter de commissie Biesheuvel genoemd. Deze commissie die werd ingesteld op 13 september 1968 heeft op 9 juni 1970 haar rapport aangeboden aan minister-president P.J.S. de Jong. Als we in de periode van de afgelopen 200 jaar een cruciaal moment voor de ontwikkeling van de openbaarheid van bestuur zouden willen aanwijzen, dan is het wel het verschijnen van dit rapport geweest. Niet in het minst omdat de commissie in het rapport een voorontwerp van wet had opgenomen, dat als uitgangspunt heeft gediend voor de latere wet(ten) openbaarheid van bestuur. De door de CHO behandelde uitgangspunten van openbaarheid zijn nog steeds actueel en illustreren de grote verdiensten van de Commissie Heroriëntatie Overheidsvoorlichting bij het denken over openbaarheid van overheidsinformatie.

1. Inleiding

Op 16 september 1812 spraken de bulletins de la Grande Armée nog triomfantelijk dat toen de Fransen voor Moskou verschenen de Russen hun hoofdstad in brand staken voordat zij haar aan de vijand prijsgaven. Nog spraken de Bulletins van het Grote Leger over overwinningen en van de overvloed aan brood, aardappelen, groenten en vlees. Kort daarna werd de terugtocht door de verschrikkelijke Russische winter het begin van het einde van de Franse bezetting van Nederland. Op 9 november 1813 werden de geruchten dat Napoleon bij Leipzig verpletterend was verslagen en zelfs vermoord zou zijn zo sterk dat grote groepen Franse douaniers met hun vrouwen en kinderen de provincie Gelderland angstig verlieten en dat de keizerlijke ambtenaren uit Duitsland zich verdrongen bij de veren te Emmerik en Spijk om maar zo snel mogelijk over de Rijn in veiligheid te komen.³²⁰ Propaganda en geruchten in oorlogstijd zijn van alle tijden. Zo ook kort na de Tweede Wereldoorlog.

³²⁰ Ontleend aan 1813-1815 Ons Koninkrijk geboren, D.H. Couvée en dr. G. Pikkemaat, Samsom, 1963.

Propaganda of overheidsvoorlichting?

De vraag welke aard overheidsvoorlichting diende te hebben kwam aan de orde in 1946.

Op 6 maart 1946 installeerde de toenmalige minister-president, prof. Ir. W. Schermerhoorn, een adviescommissie inzake de overheidsvoorlichting. Een adviescommissie die bekend is geworden onder de naam van commissie –Van Heuven Goedhart. Het is de verdienste van deze commissie geweest een onderscheid te maken tussen verstrekken van informatie en het voeren van propaganda. Propaganda die in de daaraan voorafgaande jaren van de Tweede Wereldoorlog centraal in het overheidsvoorlichtingsbeleid stond en dat eenzijdig gericht was op het behalen van de overwinning door de Geallieerden en de bevrijding van Nederland. De vraag of de overheid propaganda mocht voeren beantwoordde de commissie – niet onbegrijpelijk gezien de weergekeerde vrede – ontkennd. Wel bestond er volgens de commissie een wezenlijke behoefte aan goede overheidsvoorlichting en daaronder verstond zij: verduidelijking van en toelichting op het beleid.

Openheid en openbaarheid

In de zestiger jaren van de vorige eeuw is het accent op de verduidelijking van het overheidsbeleid geleidelijk verschoven naar de vraag hoe openheid en openbaarheid van bestuur een rol van betekenis zouden kunnen spelen in het proces van politieke democratisering, dat toen nieuwe impulsen kreeg, zoals het vergroten van de rechtsbescherming van de burger tegenover de overheid in de vorm van de voorgangers van de Algemene wet bestuursrecht (de Wet Bab/Wet Arob), inspraakregelingen en door de invoering van het instituut van de Nationale ombudsman (destijds de Commissaris van Onderzoek geheten).

Gezocht werd naar nieuwe – onconventionele – middelen in een steeds gecompliceerder en ondoorzichtige bestuurlijke structuur het wezen van de democratie beter tot gelding te brengen. Dit betekende dat men een antwoord trachtte te vinden op de vraag hoe de informatiestromen tussen bestuur en samenleving zo zouden kunnen verlopen dat men wederzijds op de hoogte zou kunnen komen van elkaars gegevens, wensen en doeleinden. Hoewel werd onderkend dat hier van een tweezijdig probleem sprake was, werd vooralsnog de meeste aandacht besteed aan het bevorderen van de informatieverschaffing door het bestuur aan de samenleving. Centraal stond daarbij de vraag: Hoe kan de burger al in het voorbereidingsstadium van de beleidsvorming de beschikking krijgen over de bestuurlijke informatie die hem in staat stelt zelfstandig aan dit proces deel te nemen.

Commissie Heroriëntatie Overheidsvoorlichting

Deze vraag werd voorgelegd aan de Commissie Heroriëntatie Overheidsvoorlichting (CHO), ook wel naar haar voorzitter de commissie Biesheuvel genoemd. Hierna ook wel omschreven als de commissie. Deze commissie die werd ingesteld op 13 september 1968 heeft op 9 juni 1970 haar rapport aangeboden aan minister-president P.J.S. de Jong. Als we in de periode van de afgelopen 200

jaar een cruciaal moment voor de ontwikkeling van de openbaarheid van bestuur zouden willen aanwijzen, dan is het wel het verschijnen van dit rapport geweest. Niet in het minst omdat de commissie in het rapport een voorontwerp van wet had opgenomen, dat als uitgangspunt heeft gediend voor de latere wet(ten) openbaarheid van bestuur. Er bestaat dan ook aanleiding genoeg om bij dit rapport stil te staan en enkele ontwikkelingen sindsdien vanuit de uitgangspunten van het rapport te schetsen.

2. Het rapport

In haar rapport zag de commissie openheid en openbaarheid als middelen om het proces van beleidsvorming doorzichtig te maken, de burger inzicht te geven in het hoe en waarom van de beleidsvorming en de afstand tussen basis en de top te verkleinen. Het verwezenlijken van deze doeleinden werd des te belangrijker geacht, omdat het bestuur in versneld tempo veel veranderingen heeft ondergaan door factoren als uitbreiding van het aantal bestuurstaken, internationalisering en het gebruik van wetenschappelijke deskundigheid. Het bestuur is daardoor ongrijpbaar geworden voor de burgers, ondanks het evenzeer in snel tempo gestegen opleidingsniveau en de toegenomen mogelijkheden van communicatie. Anderzijds wordt bij de burgers, wellicht mede ten gevolge van deze factoren, grote behoefte geconstateerd aan informatie over, inzicht in en invloed op het bestuur.³²¹

Meer dan openbaarheid.

Het rapport heeft het vanuit die beschrijving van maatschappelijke ontwikkelingen over veel meer onderwerpen dan alleen openbaarheid, maar ook over inspraak bij beleidsvoornemens, publiciteitsbeleid, voorlichtingsbeleid, motivering van rechterlijke uitspraken en de mogelijkheid die uitspraken te verkrijgen.

Onder "openheid" verstaat de commissie een mentaliteit, die wordt gekenmerkt door bereidheid tot het verstrekken van informatie en door ontvankelijkheid voor de meningen van anderen. Wanneer sprake is van openheid van bestuur, wordt bedoeld op de mate waarin besturen beheerst worden door deze mentaliteit.

Openbaarheid is volgens de commissie het algemeen bekend zijn of het algemeen toegankelijk zijn van gegevens of procedures.

Openbaarmaking is het algemeen bekend maken of algemeen toegankelijk maken van gegevens die slechts bekend zijn aan sommigen.

Het kabinet –de Jong deed in reactie op de voorstellen van de commissie twee pasjes terug in zijn Nota openheid en openbaarheid van bestuur.³²² Het lukte noch het kabinet de Jong, noch aan het volgende kabinet Biesheuvel om een wetsont-

³²¹ Rapport van de Commissie Heroriëntatie Overheidsvoorlichting, SDU, s'Gravenhage 1970, blz 201

³²² Kamerstukken II, 1971/1972, 10946.

werp tot regeling van de openbaarheid van bestuur in te dienen. De ontwerpen bleven steeds steken op het punt van een sluitende formulering van de eventuele openbaarheid van interne documenten. Tien jaar na de instelling van de CHO hakte het kabinet den Uyl de knoop door en kwam met een voorstel op dit punt ³²³.

In het vervolg van deze beschouwing zal ik stilstaan bij een aantal onderdelen van het rapport, te weten, de probleemstelling, openbaarheid, ministeriële verantwoordelijkheid en het interne beraad, het recht op informatie en tot slot op enkele uitzonderingsgronden. Daarbij is de vraag of de de keuzes van het rapport thans nog actueel zijn in het licht van de ontwikkelingen tot nu toe.

3. De probleemstelling van het rapport

De commissie ziet het grondprobleem van haar studie in de eerste plaats als een probleem van politieke democratisering. De commissie heeft haar aandacht vooral gericht op de beantwoording van de vraag: "In welke mate en op welke wijze kan en moet de informatie, waarover de regering beschikt, aan de burger ter beschikking komen?"

De commissie plaatst het hiervoor genoemde probleem binnen de klassieke sleutel van de openbaarheid te weten het belang van een goede en democratische bestuursvoering. Dit principe vormt het uitgangspunt van alle versies van de Wet openbaarheid van bestuur. Het belang van een goede en democratische bestuursvoering vormt het uitsluitende belang van openbaarmaking op grond van de Wob. Openbaarmaking krachtens de Wob dient uitsluitend het algemeen belang van een goede en democratische bestuursvoering, welk belang de wet veronderstelt. Het komt iedere burger in gelijke mate toe.

Goede en democratische bestuursvoering.

Dit uitgangspunt maakt tevens deel uit van de standaardoverweging van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) waarmee wordt aangegeven dat het belang van een verzoeker geen rol speelt bij de afweging in het kader van de Wob (vgl. bijvoorbeeld ABRvS 14 mei 2003, nr. 200203532/1, AB 2003/241, mnt E.J. Daalder, ABRvS 18 juli 2007, nr. 200700307/1, ABRvS 24 december 2008, AB 2009/24, ABRvS 11 februari 2009, AB 2009/102 en ABRvS 23 maart 2011, 201008189/1/H3, AB 2011/205). De goede en democratische bestuursvoering vormt het kernbegrip van de Wob, dat vanaf de eerste Wob (Wet van 9 november 1978, Stb. 581) in de wet is verankerd. In de MvT wordt daarover nader uitleg gegeven. Openbaarheid beoogt de participatie van burgers in het bestuur te bevorderen en wel in alle fasen waarin dit van belang kan zijn voor een goede en

³²³ J.T. van Stegeren, Openbaarheid van interne documenten, CZW bundel, Gegeven de Grondwet 175 jaar Grondwet, 1988, blz. 182.

democratische bestuursvoering, van de formulering van de probleemstelling via het verzamelen van gegevens, het opstellen van prognoses, concept-doeleinden en plannen van actie tot en met de keuze van een bepaald beleid en de uitvoering, controle en herwaardering daarvan (Kamerstukken II 1974-1975, 13418, nr. 3, blz. 15). Openheid en openbaarheid zijn de doeleinden waarop de Wob is gericht, maar het zijn echter geen doelen op zichzelf. Zij worden gehanteerd als middelen tot het bereiken van een verder gelegen doel, te weten een betere en meer democratische bestuursvoering (Kamerstukken II 1974-1975, 13418, nr. 3, blz. 8-9).

Communicatie

Het is volgens de commissie vooral een probleem van communicatie tussen overheid en burger. De regering zal de burgers zoveel mogelijk moeten bereiken via de kanalen waarvan de burgers feitelijk gebruik maken en waarin zij vertrouwen stellen. De regering is voor de communicatie met de burgers dikwijls aangewezen op de onafhankelijke massacommunicatiemediën. Oppervlakkig gezien lijkt dit een nadeel, maar bij nadere beschouwing blijkt het eerder een voordeel te zijn. Het politieke nieuws is dan opgenomen in een aantrekkelijk gevarieerd nieuwsaanbod, dat de hele leefwereld van de lezer/luisteraar/kijker bestrijkt en dat met dagelijkse regelmaat wordt geproduceerd en geconsumeerd. Zelfs de selectie, die de media op de overheidsmededelingen toepassen, is tot op zekere hoogte functioneel. De journalisten zijn op grond van hun ervaring, in staat de betekenis van de verschillende berichten tegen elkaar af te wegen. Zij weten wat het publiek vermoedelijk zal interesseren en wat niet. Een probleem is volgens de commissie over het algemeen, dat de redacties vooral oog hebben voor nieuws.³²⁴

Rol van journalisten

Die ontwikkeling heeft een grote vlucht genomen. De (parlementaire) journalist en de onderzoeksjournalist zijn thans niet meer weg te denken uit de relatie tussen overheid en burger. In de praktijk van de openbaarheid van overheidsinformatie zijn de onderzoeksjournalist of in breder verband de researchafdelingen van de actualiteitenrubrieken dan wel van de omroepen van groot belang. Deze hebben uiteraard ook ten behoeve van de eigen nieuwsvoorziening gezorgd voor openbaarheid van declaraties en reizen van bewindslieden³²⁵ en ambtsdragers,

³²⁴ Minder actueel is de commissie wanneer het gaat om een oordeel over media die minder gefocust zijn op het nieuws:

“Dit geldt in mindere mate voor de redacties van bepaalde publieksgroepen (vrouw, bejaarden, zieken) gerichte radio- en televisieprogramma’s, de redacties van vakbladen, verenigingsbladen en advertentiebladen.

Met name voor voorlichting over de uitvoering van aanvaard beleid zullen grotendeels andere wegen moeten worden gezocht. Te denken valt aan plaatselijke informatie centra, sociale raadsliden, voorlichtingsmateriaal, overheidszending, advertenties. Een belangrijk aspect van de communicatie via de onafhankelijke massacommunicatiemediën is het vertrouwen dat deze media genieten bij het geestverwante deel van het publiek. Deze vertrouwensrelatie die toegankelijkheid voor beïnvloeding met zich brengt zou in veel mindere mate aanwezig zijn, indien de regering zelf door middel van eigen kranten, radio- of televisieprogramma’s invloed op de meningsvorming zou trachten uit te oefenen.”

³²⁵ ABRvS 25 april 2000, AB 2000/210, mnt SZ.

dienstauto's, externe inhuur door de overheid, kosten van het Koninklijk Huis, maar ook via een serie uitspraken bij de Afdeling Rechtspraak resp. de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State over de openbaarheid van het (in)formatiedossier.³²⁶ De verhoudingen tussen de media en de overheid hebben aanleiding gegeven om informeel onder leiding van de Nationale ombudsman van gedachten wisselen over een prettige omgang met elkaar. De Nationale ombudsman heeft geïnspireerd door deze ronde tafelgesprekken eind 2013 enkele aanbevelingen gedaan (<http://www.nationaleombudsman-nieuws.nl/nieuws/2013/ombudsman-doet-aanbevelingen-wet-openbaarheid-van>).

4. Openbaarheid en ministeriële verantwoordelijkheid.

De commissie betreft in haar rapport op dit punt twee stellingen.

1. De wijze waarop de ministeriële verantwoordelijkheid tegenover de in het openbaar optredende volksvertegenwoordiging thans functioneert, is ontoereikend om de openbaarheid van bestuur waarover die verantwoordelijkheid zich uitstrekt, te waarborgen.
2. Rechtstreekse openbaarheid van bestuur zelf, op basis van een wettelijke verplichting daartoe, tast het beginsel van de ministeriële verantwoordelijkheid niet aan, maar kan integendeel tot een betere realisering daarvan bijdragen.

Ministeriële verantwoordelijkheid

Openbaarheid vormt volgens de commissie in ons staatsbestel het complement van ministeriële verantwoordelijkheid. Een minister is voor alle bestuursdaden die op het terrein van het door hem beheerde departement worden verricht of nagelaten, verantwoordelijk tegenover de in het openbaar functionerende volksvertegenwoordiging. Deze verantwoordelijkheid geldt zowel voor de specifiek eigen beleidsactiviteiten van de minister als voor werkzaamheden en nalatigheden van de onder hem ressorterende ambtenaren, die zelf geen staatkundige verantwoordelijkheid dragen, doch alleen aan de bewindsman verantwoording schuldig zijn. Staatsrechtelijk is een departement slechts één man: de verantwoordelijke minister.

De praktijk kent ook andere vormen van bestuurlijke openheid dan die welke wettelijk vastliggen, gelet o.m. op het bestaan van de ambtelijke voorlichtingsdiensten. Uitholling van de ministeriële verantwoording wordt veroorzaakt door delegatie en de overdracht van bevoegdheden naar Europees niveau.

Invoering van het openbaarheidbeginsel kan volgens de commissie een belangrijke correctie vormen van gebleken tekorten in de effectuering van de ministeriële verantwoordelijkheid.

³²⁶ ARRvS 27 juli 1982, Gemeentestem 6727, mnt J.M. Kan, AB 1983/127, mnt HJdR; ARRvS 5 december 1986, AB 1987/525, mnt HJdR en ABRvS 6 mei 2004, AB 2004/200 resp. 201, mnt PJS.

Ambtelijke beleidsadviezen wel openbaar

Van de andere kant is de commissie zich bewust dat ook het tegendeel beweerd kan worden. Daarbij gaat het vooral om de voorbereidende ambtelijke beleidsadviezen aan de minister, niet behorend tot de categorie van de “kladnota’s”. Deze zouden bij openbaarmaking wellicht een eigen politieke rol in de opinievorming gaan vervullen en tegen de bewindsman kunnen worden uitgespeeld. De commissie meent dat echter openbaarheid van ambtelijke beleidsadviezen één van de voorwaarden vormt om het proces van besluitvorming en beleidsvoorbereiding doorzichtiger te maken voor de burger.

Dit laatste punt van de commissie is niet overgenomen in de opvolgende wetten openbaarheid van bestuur. Daarin worden documenten ten behoeve van intern beraad voor zover daarin sprake is van persoonlijke beleidsopvattingen van openbaarheid uitgesloten, waarbij in de memorie van toelichting duidelijk de voorkeur wordt gegeven voor de bescherming van de beleidsintimiteit van het bestuursorgaan om ongestoord te kunnen brainstormen e.d. Deze beperking geldt niet alleen het brainstormen binnen de overheid. Volgens de wet en de vaste jurisprudentie van de ABRvS³²⁷:

.....kunnen documenten afkomstig van derden, die niet tot de kring van de overheid behoren, worden aangemerkt als documenten die zijn opge- maakt ten behoeve van intern beraad indien de documenten met dat oog- merk zijn opgesteld. Ook de adviezen van de landsadvocaat zijn opgesteld ten behoeve van intern beraad. De minister heeft zich bij het vormgeven van beleid inzake de verdeling van de capaciteit van mosselzaadinvan- ginstallaties over verscheidene juridische aspecten laten adviseren door de landsadvocaat, waaronder het eventueel bestaan van een juridische grondslag voor nadeelcompensatie. De landsadvocaat heeft de adviezen opgesteld voor gebruik binnen de overheid door de minister en de onder hem werkende ambtenaren. De omstandigheid dat de minister in de Tweede Kamer en tijdens een bijeenkomst met de Producentenorganisatie Mosselen te kennen heeft gegeven dat hij bij de voorbereiding van het te voeren beleid extern juridisch advies heeft ingewonnen bij de landsadvocaat, brengt niet met zich mee dat de adviezen niet langer kunnen worden beschouwd als stukken opgesteld ten behoeven van intern beraad. De Afdeling is voorts van mening dat de in de adviezen van de landsadvocaat opgenomen passages waar het verzoek op ziet, persoonlijke beleidsopvat- tingen bevatten. De passages bevatten opvattingen, voorstellen, aanbeve- lingen en conclusies van de landsadvocaat in het kader van het vormgeven

³²⁷ Bijvoorbeeld: ABRvS 17 juli 2002/ AB 2002,375, mnt E.J. Daalder, ABRvS 22 december 2004/ AB 2005, 116, ABRvS 5 juli 2006 ,AB 2006/ 306, ABRvS 18 augustus 2010, AB 2010/ 289, m.nt. P.J. Stolk, ABRvS 8 juni 2011/ LJN BQ7424 , AB 2011/ 345 , mnt E.J. Daalder.

van het beleid door de minister, alsmede inschattingen omtrent eventuele te voeren procedures zodat is voldaan aan de definitie van artikel 1, aanhef en onder f Wob. Dat de landsadvocaat de juridische merites van mogelijke beleidskeuzes bespreekt, betekent niet dat geen sprake zou zijn van persoonlijke beleidsopvattingen. De in de passages opgenomen opvattingen zijn immers, ook wanneer deze een juridische waardering van verschillende benaderingen betreffen, persoonlijke opvattingen van degene die deze opschrijft (ABRvS 21 september 2011, AB 2011/ 344).

Dit dilemma tussen enerzijds de vraag naar openheid van de interne besluitvorming en de behoefte om daarin ook enige vertrouwelijkheid te hebben speelt blijkens de jurisprudentie tot op de dag van vandaag. Daarbij bestaat het compromis tussen deze twee wensen er uit dat interne stukken op zich openbaar zijn, maar de daarin opgenomen persoonlijke beleidsopvattingen niet. Voor een verdere behandeling van dit onderwerp verwijs ik naar onderdeel 7 hierna.

Onvolledige informatie

Op dit punt kende de commissie in haar ontwerp een bijzondere uitzondering. Volgens art. 5, tweede lid, van het ontwerp van de commissie, kan afwijzend op een verzoek om informatie worden beslist, wanneer het verzoek betrekking heeft op een aangelegenheid ten aanzien waarvan de voorbereiding van de besluitvorming nog niet is afgerond en op dat moment opinievorming over die aangelegenheid niet van belang is voor een goede of democratische bestuursvoering. Kennelijk wordt ook door de commissie uitgegaan van een niet openbaar element in de voorbereidingsprocedure. Hoe dat in de praktijk had moeten worden toegepast met name voor de beoordeling van het criterium “niet van belang voor een goede of democratische bestuursvoering” lijkt mij een lastig te beantwoorden vraag voor het bestuur.

In de eerste uitvoering van de Wob bestond nog de uitzonderingsgrond indien informatie ten behoeve van intern beraad nog in bewerking was of hoewel gereed op zichzelf een onvolledig en daardoor vertekend beeld zou geven³²⁸. Maar daarvan is terecht afgestapt. De algemene uitzonderingsgrond van (thans) artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g werd voldoende geacht om hierin te voorzien. Indien informatie onvolledig is dan kan het bestuursorgaan dat – zoals de ABRvS ook aangeeft – in een toelichting bij de te verstrekken informatie aanstippen. Een bestuursorgaan kan immers de informatie zodanig presenteren dat derden weten dat de informatie een onvolledig of vertekend beeld geeft en kan daarvoor waar-
schuwen.³²⁹

³²⁸ Artikel 1, tweede lid, onder a, wetsvoorstel 13 418, Wet van 9 november 1978, Stb. 581, inwerking getreden op 1 januari 1980.

³²⁹ ABRvS 12 maart 2008, JB 2008/107, mnt G. Overkleef – Verburg. ABRvS 10 november 2010, LJN BO3465.

Concept voorstel van wet

De commissie beval aan om de openbaarheid van het overheidshandelen vast te leggen in een wet openbaarheid van bestuur, en wel in die zin dat de organen van de centrale overheid worden verplicht informatie te verstrekken over het gevoerde en te voeren bestuur en de burger het recht krijgt op informatie daarover. Deze aanbeveling staat in het hoofdstuk getiteld het recht op informatie. Uitzonderingen op het openbaarheidbeginsel dienen wettelijk te worden geregeld. Tegen beslissingen op een verzoek om informatie zal beroep mogelijk moeten zijn. De commissie heeft deze aanbeveling zelf uitgewerkt in een concept voorstel wet openbaarheid van bestuur, die als “oerbasis” heeft gediend voor de Wet(ten) openbaarheid van bestuur.

5. Recht op informatie

Een recht op informatie zoals door de commissie voorgesteld kent de huidige Wet openbaarheid van bestuur en haar voorganger niet. Er wordt uitgegaan van de begrippen “verzoek” en “verzoeker”.

De regering heeft bij de behandeling van de Grondwet 1983 naar aanleiding van het voorgestelde artikel 110 Grondwet de vraag opgeworpen of het bij het beginsel van openbaarheid primair gaat om een vrijheidsrecht van de burger dan wel om een gebod voor de overheid. De regering vond het laatste het geval.³³⁰

Daarmee vormt openbaarheid volgens art. 110 van de Grondwet thans nog steeds de opdracht aan het bestuur om bij de uitoefening van haar taak openbaarheid te betrachten, volgens regels bij de wet te stellen. Daaronder wordt volgens de memorie van toelichting in de eerste plaats de Wet openbaarheid van bestuur verstaan. Overigens was tijdens de mondelinge behandeling van het voorstel van artikel 110 ook door de regering erkend, dat het algemeen openbaarheidsartikel een completering vormde van de grondrechten die de participatie in de publieke zaak beogen te bevorderen.³³¹

Artikel 10 Europees Verdrag van de Rechten van de Mens

Het recht op informatie is door een aantal commissies, o.m. de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk (de commissie Franken), voorgesteld om in aanvulling op artikel 110 Grondwet als grondrecht op te nemen in de Grondwet³³². Maar deze voorstellen hebben het niet gehaald. In de literatuur is ook het standpunt ingenomen dat het hier om een grondrecht gaat³³³. De discussie of een dergelijk grondrecht wenselijk is, werd vooral bepaald door de vrees of een dergelijk

³³⁰ *Kamerstukken II*, 1979/80, 14348, nr. 10, p. 2-3.

³³¹ *Handelingen II*, 1979/80, blz. 2093.

³³² Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, mei 2000, blz. 20 -23. Een drietal leden van de Staatscommissie Grondwet, rapport november 2010, blz 90-91, bepleitte eveneens een dergelijk grondrecht.

³³³ J.M. de Meij, *Wet openbaarheid van bestuur, half ei of lege dop?* NJB 1980, p 420.

recht zou leiden tot een ongelimiteerde openbaarheid en een toename aan openbaarheidsverzoeken. Zoals wel vaker werd de Grondwetgever echter ingehaald door de ontwikkelingen binnen het EVRM en de jurisprudentie van de ABRvS. In de jurisprudentie van het EHRM wordt een recht op toegang tot documenten afgeleid uit artikel 10 EVRM. Dit artikel omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen. De Afdeling leidt uit de jurisprudentie van het EHRM af dat onder omstandigheden aan art. 10 EVRM een algemeen recht op informatie jegens de overheid kan worden ontleend.³³⁴ In haar uitspraak van 19 januari 2011 overwoog de Afdeling enigszins impliciet.

Voorts faalt het door De Linkse Kerk betoogde, dat zij op grond van het EVRM recht heeft op verstrekking dan wel openbaarmaking van de e-mailberichten. Met de bepalingen in de Wob is inmenging in het in artikel 10 van het EVRM gewaarborgde recht om inlichtingen te ontvangen in dit geval bij wet voorzien. Voorts is voldaan aan het vereiste dat de inbreuk op dat recht noodzakelijk is in het belang van het beschermen van de rechten van anderen. De e-mailberichten zijn naar hun aard bestemd voor intern verkeer. Nu artikel 10 van het EVRM niet vereist dat alle informatie verstrekt wordt of openbaar wordt gemaakt en dat artikel staten die partij zijn bij het verdrag de mogelijkheid biedt bij wet beperkingen te verbinden aan het verstrekken dan wel openbaar maken van gegevens en documenten — bijvoorbeeld ter bescherming van het belang om in vertrouwelijke sfeer te kunnen ‘brainstormen’ zonder vrees voor gezichtsverlies en het kunnen waarborgen dat bij de vormgeving van het beleid de betrokkenen in alle vrijheid hun gedachten en opvattingen kunnen uiten — en de Wob in voorziet in een dergelijke beperking, bestaat geen grond voor het oordeel dat het college in strijd met die bepaling niet de door De Linkse Kerk gevraagde e-mailberichten volledig heeft verstrekt dan wel openbaar heeft gemaakt.

6. De wettelijke uitzonderingen

De wettelijke uitzonderingen op de openbaarheid waren door de commissie wat lichtvoetiger benaderd dan thans. Allereerst werd bepaald dat van het beginsel van openbaarmaking kon worden afgeweken voor zover zich één van de nader genoemde uitzonderingen voordeden. Dit betrof de eenheid van de Kroon, de veiligheid van de Staat, de goede betrekkingen van Nederland met vreemde mogendheden, de economische of financiële belangen van de Staat, de opsporing van strafbare feiten en de onevenredige bevoor- of benadeling van personen.

³³⁴ ABRvS 19 januari 2011, LJN BP1216, AB 2011/148, m.nt. E.J. Daalder. NTB 2013, afl 1 / 2, Kroniek Openbaarheid en behoorlijkheid, blz. 27.

Derhalve maakte de commissie geen onderscheid in absolute of relatieve uitzonderingsgronden, zoals bij de huidige Wob en diens voorgangers, maar paste wel in alle gevallen een “harmtest” toe, dwz er moet sprake zijn van schade, benadeling e.d. door het openbaar maken van informatie. In sommige gevallen diende er zelfs sprake te zijn van ernstige schade of ernstige benadeling.

De commissie ging er vanuit dat de beide kamers der Staten Generaal bereid zouden zijn, de bepalingen van het voorontwerp van wet openbaarheid van bestuur consequent op hun werkwijze toe te passen. Daaraan is tot nu toe op een andere wijze invulling aangegeven door openbaarheid van kamerstukken en vergaderingen die zelfs via de website zijn te volgen. De wet zelf is niet van toepassing op het parlement. Daarin zal verandering komen, indien het Groenlinks wetsvoorstel Wet open overheid (Kamerstukken II 2011/12, 33 328, nr. 2) aangenomen wordt. In dat voorstel wordt de reikwijdte van de wettelijk geregelde openbaarheid uitgebreid tot de beide kamers van de Staten Generaal.

Ontwikkelingen in de jurisprudentie

De ontwikkeling van de openbaarheid heeft dankzij de uitspraken van de opvolgers van de Kroon, te weten de Afdeling rechtspraak van de Raad van State en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State “vleugels” gekregen. Hierna zal ik de jurisprudentie van twee uitzonderingsgronden nader bespreken.

De betrekkingen met andere landen

Eén van de uitzonderingsgronden betreft de schade aan de betrekkingen met andere landen. Deze schade acht de Afdeling ook aanwezig indien door de minister geen formeel navraag is gedaan bij de regering van het andere land over de openbaarheid van de documenten. Voldoende is indien aannemelijk wordt gemaakt dat het internationale contact op bepaalde punten stroever zal gaan lopen, met als gevolg bijvoorbeeld dat het onderhouden van diplomatieke betrekkingen, of het voeren van bilateraal overleg moeilijker zou gaan dan voorheen of dat die landen minder geneigd zouden zijn tot het verstrekken van bepaalde gegevens (vgl. ook ABRvS 17 februari 2010, AB 2010/91, mnt P.J. Stolk). Wanneer aannemelijk is gemaakt dat een ander land niet zal instemmen met het openbaar maken van documenten, behoeft de Nederlandse overheid daar niet nog eens formeel navraag naar te doen. Overigens ging het in een vergelijkbare uitspraak van de ABRvS van 16 februari 2011, AB 2011/99, om vertrouwelijk aan Nederland door de Amerikaanse overheid verstrekte JSF stukken. Navraag of een document dat vertrouwelijk is verstrekt wel echt vertrouwelijk is maakt – neem ik aan – de verhouding met de Amerikaanse regering er ook niet beter op. Het dilemma bij deze uitzonderingsgrond waarbij het vragen aan een ander land of er bezwaren bestaan tegen openbaarheid van gezamenlijke informatie al de onderlinge betrekkingen kan verstoren, is opgelost in de jurisprudentie door de aanname dat deze verstoring al snel aannemelijk is.

Onevenredige bevoor- of benadeling

Een aparte uitzonderingsgrond betreft die van artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken personen. Het dilemma bij deze uitzonderingsgrond is de vraag of zij niet te algemeen is en daarmee een te algemene en te ruime uitzondering op de openbaarheid vormt.

Deze uitzonderingsgrond bleek in de praktijk echter nodig te zijn als zelfstandige uitzonderingsgrond, omdat er ook belangen beschermd dienden te worden, die niet onder de andere (specifieke) uitzonderingsgronden vielen. Een voorbeeld daarvan vormt het weigeren van informatie over infectieziekten in een aantal ziekenhuizen die niet representatief waren en waardoor een vertekend beeld kon ontstaan³³⁵. In haar uitspraak van 1 december 2004 overwoog de Afdeling Bestuursrechtspraak RvS.

“Vaststaat dat de gevraagde informatie voor een groot gedeelte is terug te vinden in de gegevens die zijn verzameld door een deel van de ziekenhuizen en het RIVM in samenwerking met het kwaliteitsinstituut voor de gezondheidszorg in het kader van het project Precies. Deelneming daaraan geschiedt op vrijwillige basis en houdt in dat ziekenhuizen gegevens over bij hen voorkomende infectieziekten via het CBO, dat de gegevens anonimiseert, rapporteert aan het RIVM, dat deze gegevens afgezet tegen de landelijke cijfers via het CBO aan het ziekenhuis terugstuurt. Doel is om het aantal ziekenhuisinfecties terug te dringen. De in het kader van Precies verzamelde gegevens leveren op zichzelf beschouwd en zonder nadere analyse geen betrouwbare informatie op over infectieziekten in Nederlandse ziekenhuizen. Cijfers uit Precies zijn niet landelijk representatief omdat niet alle ziekenhuizen deelnemen. Openbaarmaking van deze gegevens zou ertoe kunnen leiden dat ten onrechte een negatief beeld ontstaat van bepaalde deelnemende ziekenhuizen en dat daarmee deze ziekenhuizen ten opzichte van andere ziekenhuizen onevenredig benadeeld worden.

Zulks geldt evenzeer voor de weigering van openbaarmaking van de melding door ziekenhuizen aan de IGZ van geconstateerde aanwezigheid van bacteriën, van een anonieme en onbevestigde melding per e-mail over het herhaaldelijk niet naleven van het MRSA-protocol door een ziekenhuis en van een tweetal brieven met bijlagen van Precies gericht aan twee specifieke ziekenhuizen. Nu het hier gaat om niet voor de gehele zorgsector representatieve cijfers en uit die cijfers bovendien niet kan worden afgeleid of de infecties in dat ziekenhuis al dan niet door onachtzaamheid worden veroorzaakt, valt niet in te zien dat openbaarmaking daarvan de zorgconsument zou helpen in het maken van een bewuste keuze voor een bepaald ziekenhuis.”

³³⁵ ABRvS 1 december 2004, AB 2005/64, mnt P.J. Stolk.

Andere toepassingen van artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g betroffen: het in het kwaad daglicht plaatsen van personen zonder dat de in documenten geuite negatieve meningen met feiten worden gestaafd³³⁶; de bescherming van werkwijzen en informatieniveau van overheidsdiensten³³⁷; het belang dat militairen in vertrouwelijkheid door de krijgsmacht kunnen worden gedebrieft (Sebrenica), zowel voor de betrokken militairen als voor de Staat bij toekomstige debriefings³³⁸ en het beschermen van de namen van Nederlandse transporteurs bij internationale veetransporten tegen mogelijke buitensporige activiteiten van dierenactivisten³³⁹.

Meer in het algemeen vormt de “g” de meest algemene uitzonderingsgrond die kan worden toegepast als door het verstrekken van informatie andere belangen te zeer worden geschaad dan de in artikel 10, tweede lid, aanhef en onder a tot en met f, Wob genoemde belangen. Deze bepaling voorziet daarmee in de behoefte om de Wob te kunnen toepassen in zeer verschillende, niet voorspelbare situaties. Deze bepaling mag niet zover gaan dat overheidsorganen gegevens zouden mogen achterhouden, omdat publicatie daarvan mogelijk een ongunstig licht zou werpen op het door hen gevoerde beleid of de kans op aanvaarding van het door hen voorgenomen beleid zou verkleinen³⁴⁰. In de uitspraak van 20 april 2011 overwoog de Afdeling.

“Blijkens de geschiedenis van de totstandkoming van artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, van de Wob is dit de meest algemene uitzonderingsgrond die kan worden toegepast als door het verstrekken van informatie andere belangen dan de in artikel 10, tweede lid, aanhef en onder a tot en met f, van de Wob genoemde belangen te zeer worden geschaad. Deze bepaling voorziet daarmee in de behoefte om de Wob te kunnen toepassen in zeer verschillende, niet voorspelbare situaties. Het karakter van deze bepaling brengt mee dat onder bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel derden ook publiekrechtelijke lichamen worden begrepen. De bepaling mag er echter niet toe leiden dat overheidsorganen gegevens zouden mogen achterhouden omdat publicatie daarvan mogelijk een ongunstig licht zou werpen op het door hen gevoerde beleid of de kans op aanvaarding van het door hen voorgenomen beleid zou verkleinen. De belangen die hierbij in het geding zijn wegen niet op tegen het met de Wob beoogde publieke belang van het verstrekken van informatie. Een en ander neemt niet weg dat ook ministers, andere bestuurders en ambtenaren bij de aangelegenheid betrokken personen kunnen zijn, zeker als om informatie wordt gevraagd over aangelegen-

³³⁶ ABRvS 4 juni 2008, AB 2008/232, mnt P.J. Stolk.

³³⁷ ABRvS 1 september 2010, LJN BN5699.

³³⁸ ABRvS 19 januari 2011, AB 2011/214, mnt P.J. Stolk

³³⁹ ABRvS 27 april 2011, AB 2011/231, mnt P.J. Stolk

³⁴⁰ ABRvS 20 april 2011, LJN BQ1879

heden die henzelf betreffen. Hierbij is niet gedacht aan gevallen waarin van inbreuk op hun persoonlijke levenssfeer sprake is, maar aan zulke waarin het belang van het goed functioneren van het publiekrechtelijke lichaam waarvan zij deel uitmaken, in het geding is (Kamerstukken II 1986/87, 19 859, nr. 3, 36 en 37). De onderzoeksdoSSIERS VII en VIII bevatten processen-verbaal van uitgewerkte verhoren. Het betreft verhoren door onderscheidenlijk de rijksrecherche en het BIZ van politieambtenaren die deel uitmaakten van het Tolteam en van personen die anderszins betrokken waren bij het strafrechtelijk onderzoek naar de vuurwerkrap. Gedeelten van de afgelegde verklaringen zijn letterlijk overgenomen in de zes overzichtsprocessen-verbaal waarin de bevindingen van de rijksrecherche in de zes onderzoekstrajecten zijn neergelegd. Anders dan de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat de minister zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat openbaarmaking van de processen-verbaal van deze verhoren dan wel van de verklaringen uit die verhoren die zijn neergelegd in de zes overzichtsprocessen-verbaal, kan leiden tot onevenredige benadeling van de Staat, omdat aannemelijk is dat ambtenaren en andere getuigen in de toekomst minder bereidwillig zullen zijn om aan dergelijke onderzoeken van de rijksrecherche en het BIZ mee te werken, dan wel terughoudender zullen zijn in hun verklaringen. Daarbij heeft de minister in aanmerking mogen nemen dat ook in geval van een disciplinair onderzoek waarin ambtenaren gehouden zijn medewerking te verlenen, de Staat erbij is gebaat dat deze ambtenaren zo vrijelijk mogelijk verklaren en niet uit vrees voor openbaarmaking volstaan met het verklaren van het hoogst noodzakelijke. Dit geldt temeer in onderzoeken als deze, waarbij verklaringen worden afgelegd door een beperkte groep reeds uit dien hoofde te identificeren personen over het interne functioneren van een overheidsorgaan en over elkaar. De minister heeft eveneens in aanmerking mogen nemen dat de getuigen, gelet op de aard van het onderzoek, er niet op bedacht behoeft te zijn dat hun verklaringen openbaar zouden worden gemaakt. De Afdeling is voorts van oordeel dat de minister zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het belang van openbaarmaking in dit geval niet opweegt tegen dat van het voorkomen van onevenredige benadeling voor de Staat. Anders dan de rechtbank heeft overwogen, heeft de minister daarbij gewicht mogen toekennen aan de omstandigheid dat het rijksrechercherapport, dat mede op de informatie uit de afgelegde verklaringen is gebaseerd, grotendeels openbaar is gemaakt, zodat ook zonder openbaarmaking van de verhoren en de afgelegde verklaringen uit die verhoren, het door de Wob vooronderstelde publieke belang van een goede en democratische bestuursvoering in voldoende mate is gediend. Volledigheidshalve wordt overwogen dat de minister openbaarmaking van de processen-verbaal van de verhoren geheel achterwege heeft mogen laten op grond van artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, van de Wob, der-

halve met inbegrip van de citaten waarop, zoals volgt uit het overwogene onder 2.4.1, artikel 365 Sv niet van toepassing is.”

In deze uitspraak geeft de Afdeling aan dat bij de op grond van de Wob voorgescreven belangenafweging belang toegekend moet worden aan de informatie die wel openbaar is gemaakt in het gevraagde kader en de mate waarin daardoor het publieke debat mogelijk is. De uitzondering sub “g” fungeert in de praktijk als vangnet, in sommige gevallen in combinatie met een andere uitzonderingsgrond van artikel 10. Dit laatste wordt door sommigen als onjuist gekenmerkt, omdat de “g”grond daarmee niet meer een rest categorie vormt maar een extra blokkade tot openbaarheid (Groenlinks wetsvoorstel Wet open overheid (*Kamerstukken II* 2011/12, 33 328 nr.2)).

7. Intern beraad

Zoals hiervoor onder 4 al aangegeven is door de regering in afwijking van het standpunt van de commissie een beperking op de openbaarheid van interne documenten aangebracht.

Uitgangspunt van de Wob is dat documenten opgesteld ten behoeve van intern beraad openbaar zijn. Aan die openbaarheid stelt artikel 11 beperkingen die voortvloeien uit de omstandigheid dat een openhartige onderlinge gedachtewisseling tussen bewindspersonen en ambtenaren mogelijk moet blijven. De Wob van 1978 sneed die beperking toe op de persoonlijke meningsvorming in het interne beraad van bestuurders en ambtenaren; deze beperking indertijd van de persoonlijke opvattingen tot die van bewindspersonen en ambtenaren is vervallen in de Wob van 1990 (*Kamerstukken II*, 1986/1987, 19859, p14-15). Daarbij zijn ook opvattingen van anderen – ook van buiten het interne circuit – onder het begrip intern beraad begrepen waardoor hun persoonlijke beleidsopvattingen niet openbaar gemaakt hoeven te worden. Daarnaast behoeven de opvattingen niet tot één persoon te herleiden te zijn.

Vier vragen

Bij de toepassing van artikel 11 zijn vier vragen te onderscheiden³⁴¹:

- Gaat het om een document bestemd voor intern beraad?
- Bevat het document persoonlijke beleidsopvattingen?
- Zo, ja, bevat het document ook informatie niet zijnde persoonlijke beleidsopvattingen die zozeer met dergelijke opvattingen is verweven dat niet tot openbaarmaking kan worden overgegaan?
- Kan over de persoonlijke beleidsopvattingen in niet tot personen herleidbare vorm informatie worden verstrekt?

³⁴¹ Daalder, *Handboek openbaarheid van bestuur*, blz 259

In de praktijk vindt de beantwoording van de 3 eerste vragen conform artikel 11, eerste lid, als eerste plaats.

Daarbij is overigens geen plaats voor een afweging van belangen (ABRvS 3 augustus 2005/ LJN AU0391).

“Gelet op het voorgaande onderschrijft de Afdeling het oordeel van de voorzieningenrechter dat het college het advies waarvan openbaarmaking is gevraagd, met een beroep op artikel 11, eerste lid, van de Wob heeft mogen weigeren. Voor de door appellant voorgestane afweging tussen het belang dat met geheimhouding van de in het advies vervatte persoonlijke beleidsopvattingen is gediend en het belang van openbaarheid, biedt deze bepaling geen ruimte.”

Iets is intern beraad dan wel een persoonlijke beleidsopvatting of niet.

Een afweging vindt alleen plaats op grond van het vierde lid van artikel 11 in geval van milieu-informatie, waarbij het belang van de bescherming van persoonlijke beleidsopvattingen afgewogen moet worden tegen het belang van openbaarheid.

Feitelijke gegevens in een document zijn geen persoonlijke beleidsopvattingen. Een beschrijving van bepaalde gebeurtenissen is dat evenmin. Een selectie van volgens de opsteller van een document relevante gegevens voor de beoordeling van een bepaald feiten complex kan onder omstandigheden weer wel een persoonlijke beleidsopvatting zijn, maar de Afdeling Bestuursrechtspraak RvS neemt dat niet snel aan³⁴². Beslissend is of de opsteller van het document bij het opstellen daarvan keuzes heeft gemaakt. De enkele selectie van feiten die aan een persoonlijke beleidsopvatting ten grondslag worden gelegd, is geen persoonlijke beleidsopvatting (ABRvS 10 november 2010/ LJN BO3465).

“Artikel 11, eerste lid, van de Wob biedt echter geen grond voor het standpunt van de staatssecretaris dat openbaarmaking van de gevraagde documenten geheel geweigerd moet worden. Dat bij het opstellen van een minuut een selectie wordt gemaakt van feiten uit het dossier van de betreffende vreemdeling doet er niet aan af dat het feiten zijn, waaronder feiten inzake de procedures die de vreemdelingen hebben doorlopen en de uitkomsten daarvan. De staatssecretaris heeft niet inzichtelijk gemaakt waarom hij van oordeel is dat de feiten en persoonlijke beleidsopvattingen niet van elkaar gescheiden kunnen worden. Bovendien ontbreekt een uiteenzetting waarom de persoonlijke beleidsopvattingen in zo'n minuut niet ingevolge artikel 11, tweede lid, van de Wob openbaar kunnen worden gemaakt in niet tot de persoon herleidbare vorm.”

³⁴² Daalder, idem, blz 267

Behelst de weergave van feiten een gewogen selectie dan is het verdedigbaar dat er sprake is van persoonlijke beleidsopvattingen³⁴³.

Is er alleen maar sprake van een inkleuring, dan is dat onvoldoende om van een persoonlijke beleidsopvatting te spreken (ABRvS 12 maart 2008, JB 2008/107 en ABRvS 21 maart 2007, AB 2007/147, mnt P.J. Stolk).

“De Afdeling heeft met toepassing van art. 8:29 lid 5 art. 8:29 lid 5 Awb kennis genomen van de volledige conceptbrief. Zij is met de rechtbank van oordeel dat, hoewel de conceptbrief een document is dat is opgesteld ten behoeve van intern beraad, de daaruit niet openbaar gemaakte passages geen persoonlijke beleidsopvattingen bevatten. Het door het college ingeroepen ervaringsfeit dat de weergave van feiten altijd enigermate gekleurd wordt door de persoonlijke opvattingen van degene die ze beschrijft, is niet voldoende grondslag om die beschrijving reeds daarom als persoonlijke beleidsopvatting aan te merken. Anders dan het college betoogt, bevat de conceptbrief geen andere informatie dan een algemene schets van de bedrijfsactiviteiten vanX (geanonimiseerd, PJS) en diens broer en van omstandigheden die in algemene zin bij de inschaling van een bedrijf in een bepaalde milieu-categorie een rol spelen. De rechtbank is terecht tot het oordeel gekomen dat het college in strijd met art. 11 art. 11 Wob heeft geweigerd deze informatie openbaar te maken en dat, nu gesteld noch gebleken is dat andere weigeringsgronden van toepassing zijn, het verzoek ... (naam weggelaten, PJS) moest worden ingewilligd.”

Verwevenheids criterium.

Meestal zijn in een document feiten en persoonlijke beleidsopvattingen door elkaar weergegeven. Onderzocht moet dan worden of die feiten en opvattingen dan kunnen worden gesplitst. De ABRvS hanteert daarbij het verwevenheids criterium. Bij verwevenheid tussen feiten en opvattingen bestaat er volgens de ABRvS geen verplichting tot openbaarmaking. (ABRvS 27 mei 2009, AB 2009/232, mnt P.J. Stolk). De laatste jaren neemt de Afdeling overigens steeds minder snel aan dat er sprake is van verwevenheid van feiten en opvattingen (ABRvS 21 juli 2010, AB 2010/263, mnt P.J. Stolk).

“In het verslag worden evenwel ook feiten vermeld. Die zijn niet zodanig met de in het verslag verwoorde persoonlijke beleidsopvattingen verweven dat het niet mogelijk is deze los daarvan te bezien, zoals de minister in het bestreden besluit primair stelt. Aan de weigering die informatie te openbaren, heeft de minister ten onrechte artikel 11 artikel 11 van de Wob ten grondslag gelegd. Het betoog van de stichting is in zoverre dan ook terecht voorgedragen, maar leidt, gelet op hetgeen hierna onder 2.5.2 wordt overwogen, niet tot gegronde verklaring van het beroep.”

³⁴³ Daalder, idem, blz 268

Toetsing in de praktijk

Hoe gaat dat nu in de praktijk? Documenten worden gezien op hun inhoud, zoals de Afdeling Bestuursrechtspraak RvS vereist, zin voor zin, alinea voor alinea. Dat maakt het werk arbeidsintensief. Zinnen waarin staat: “ben ik van mening”, “denken wij”, “adviseer ik u” etc. zijn duidelijk als een persoonlijke beleidsopvatting te duiden. Vervolgens kom je toe aan de onderbouwing van dat advies, mening of gedachte en tot de selectie of die onderbouwing bestaat uit feiten, uit feiten verweven met het advies etc. of uit meningen, adviezen etc. van anderen.

Voorbeelden³⁴⁴ waarin geen persoonlijke beleidsopvattingen werden aangenomen:

- Een ambtelijke lijst met wetten, die nav het Securitel arrest moesten worden aangepast.
- Een reactie van een burgemeester aan de Commissaris van (destijds) de Koningin over een tegen hem ingediende klacht.
- Een wetenschappelijke notitie van een ambtenaar.
- Het concept draaiboek voor Koninklijke uitvaarten.
- Mindmaps met kernwoorden voor toekomstig beleid.
- Besluiten en besluitenlijsten, die uitsluitend bestaan uit procedureafspraken.

Een alternatief waardoor meer inzicht kan worden verschaft in de interne besluitvorming is gelegen in de verstrekking van informatie in een niet tot personen herleidbare vorm. Op grond van artikel 11, tweede lid, is dat mogelijk.

De toepassing van dat artikel vormt een discretionaire bevoegdheid van het bestuur om tot een verstrekking van informatie over te gaan die niet tot personen herleidbaar is. Het probleem bij de toepassing van dit artikel is dat alleen het schrappen van enkele namen vaak niet volstaat³⁴⁵, omdat dat niet leidt tot anonimisering. Vervolgens moet een geheel nieuw document gecreëerd worden en daartoe verplicht de Wob weer niet. Naarmate de kring van personen groter is zal anonimiseren door middel van het achterwege laten van namen wel uitkomst kunnen bieden. Maar ook dan is het mogelijk dat een bepaalde mening in de gegeven omstandigheden maar van één ambtenaar afkomstig kan zijn.

8. Epiloog

In dit bestek zijn aan de orde geweest het uitgangspunt van openbaarheid, de beleidsintimiteit van de overheid in relatie tot de politieke verantwoordelijkheid, het recht op informatie en de vormgeving van de uitzonderingsgronden op de openbaarheid. Al deze punten zijn door de CHO op de agenda gezet en in de loop der tijden – mede dankzij de talrijke rechterlijke uitspraken – nog steeds actueel. Dacht de commissie in termen van een recht op openbaarheid; pas door

³⁴⁴ Daalder, idem, blz 271

³⁴⁵ Daalder, idem, blz. 271

de EVRM jurisprudentie is dit recht ook in Nederland van toepassing. Het grote probleem van de bescherming van het interne beraad dat enige tijd het indienen van een wetsvoorstel op openbaarheid heeft tegen gehouden, is opgelost door de introductie van de uitzonderingsgrond dat persoonlijke beleidsopvattingen ten behoeve van intern beraad niet openbaar gemaakt behoeven te worden. Een uitzonderingsgrond die volgens de CHO nu juist niet nodig was. Bij de formulering van de weigeringsgronden heeft de CHO in haar concept voorstel al voorgesteld de algemene uitzondering van onevenredig voordeel of nadeel. Deze heeft – als zelfstandige uitzonderingsgrond – in de praktijk – in een behoefte voorzien. Men kan immers niet alle situaties bij het ontwerpen van wetgeving van tevoren voorstellen.

Deze ontwikkelingen illustreren de grote verdiensten van de Commissie Heroriëntatie Overheidsvoorlichting bij het denken over openbaarheid van overheidsinformatie en de ontwikkeling daarvan.

1983

Grondwettelijke en Europese sociale rechten: schuivende panelen?

John Morijn³⁴⁶

In 1983 werd de grondrechtencatalogus in de grondwet uitgebreid met sociale grondrechten. Vervolgens is daar weinig mee gebeurd. Recentelijk zijn in Europees verband echter enkele belangrijke ontwikkelingen in gang gezet die bescherming van sociale rechten meer op de kaart zetten. Het Europees Comité voor Sociale Rechten kwam tot de bevinding dat Nederland in overtreding was van het Herziene Europees Sociaal Handvest door geen onderdak te bieden aan uitgeprocedeerde asielzoekerskinderen. In 2012 leunde de Hoge Raad in een uitspraak over dit onderwerp op deze bevindingen. Ook het EU Hof van Justitie verwijst steeds vaker naar sociale grondrechten. Zijn Grondwettelijke sociale rechten achter het paneel van Europese sociale rechten aan het verdwijnen, of geeft het nieuwe Europese sociale rechten elan juist aanleiding tot hernieuwde aandacht voor onze “eigen” sociale rechten?

1. Inleiding

Twee jaar geleden moest het Amerikaanse Hooggerechtshof beoordelen of de Obamacare-hervormingsvoorstellen op het terrein van volksgezondheid in overeenstemming waren met de Amerikaanse Grondwet. De Amerikaanse regering wilde burgers verplichten om een ziektekostenverzekering af te sluiten. Tijdens de rechtszitting stelde rechter Scalia de volgende verrassende vraag: waarin onderscheidt gezondheidszorg zich van ... broccoli?³⁴⁷ Broccoli?! Voor de kenner van Scalia's gedachtegoed was duidelijk dat hij (retorisch) bedoelde te vragen: als we het erover eens zijn dat de overheid zich niet moet mengen in de voedselmarkt door de bevolking te verplichten een bepaalde groente te kopen, waarom zou de overheid burgers dan wel moeten verplichten om een dienst als een ziektekostenverzekering aan te schaffen? Scalia's broccoli-vraag leidde in Amerika tot veel debat over de rechtvaardiging en rechtvaardigbaarheid van overheidsingrijpen in het sociale domein, en de mate waarin dat gepaard moet gaan met het creëren of beperken van grondrechten. Tot veler verrassing hield het Amerikaanse Hooggerechtshof Obamacare uiteindelijk overeind.

³⁴⁶ Met bijzondere dank aan Peter van der Harst, werkzaam bij de Raad van State, voor zijn hulp bij het opsporen van Raad van State adviezen die naar Grondwettelijke sociale rechten verwijzen.

³⁴⁷ N. Feldman, "Broccoli-Bungling Defense Hurts Health Care", 27 mei 2012, Bloomberg Views, op: www.bloomberg.com.

Deze discussie zal zich in Nederland niet snel in deze termen voordoen. In de Toelichting bij de Zorgverzekeringswet³⁴⁸ kunnen we echter wel lezen hoe we de onderliggende broccoli-vraag lange tijd geleden al hebben beantwoord: “Uit (artikel 22 van) de Grondwet (over volksgezondheid) en uit internationale verdragen vloeit voort dat de Nederlandse overheid zorg draagt voor een stelsel van gezondheidszorg dat de Nederlanders toegang geeft tot noodzakelijke, kwalitatief goede medische zorg ... verzekering tegen ziektekosten is een belangrijk instrument om risico's te delen en de toegang tot geneeskundige zorg veilig te stellen voor mensen die zorg nodig hebben”. Artikel 22 Grondwet is een van de zogenaamde sociale rechten, toegevoegd aan de grondrechtencatalogus van de Grondwet in 1983. Hoewel in de Zorgverzekeringswet naar de Grondwet wordt verwezen, is het echter de vraag of dit Grondwetsartikel als zodanig erg sturend is geweest bij de gevonden rechtvaardiging voor overheidsinterventie. De meeste wetenschappers stellen dat de Grondwettelijke sociale rechten totnogtoe niet veel aanvullende betekenis hebben gehad in de praktijk.³⁴⁹

Maar toen kwam dus wederom 2012. In september, enkele maanden na Scalia's broccoli-vraag, verklaarde de Hoge Raad³⁵⁰ dat de Nederlandse Staat in overtreding was door uitgeprocedeerde asielzoekerskinderen geen onderdak te bieden. Ons hoogste rechtcollege baseerde zich daarbij gezien de oorsprong van de voorliggende vraag voor een deel op sociale rechten en verwees daarbij naar de bevindingen van het Europees Comité voor Sociale Rechten, niet naar de Grondwet. Deze Europese instantie, die klachten in behandeling neemt over het door Nederland ondertekende Herzien Europees Sociaal Handvest, had in een eerder stadium al verklaard dat Nederland dit verdrag had overtreden.³⁵¹ Waar de Staat in reactie op de uitspraak van het Europees Comité van Sociale Rechten nog had gewezen op de niet bindende status van dergelijke bevindingen³⁵², werd naar aanleiding van de (bindende) Hoge Raad uitspraak aangekondigd dat het beleid met betrekking tot uitgeprocedeerde asielzoekerskinderen werd gewijzigd.³⁵³ Ook in EU-verband zijn sociale rechten recentelijk prominenter op de kaart komen te staan. Ze vormen een heel hoofdstuk in het EU Grondrechtenhandvest, een

³⁴⁸ Memorie van Toelichting, Regeling van een sociale verzekering voor geneeskundige zorg ten behoeve van de gehele bevolking (zorgverzekeringswet), Kamerstukken II 2003-2004, 29763, nr. 3.

³⁴⁹ Zie bijvoorbeeld F.M.C. Vlemminx, “Onze tandeloze sociale grondrechten in het licht van twintig jaar EVRM”, NJCM-Bulletin 28 (2002), pp. 235-244, p. 235.

³⁵⁰ Hoge Raad, Staat der Nederlanden tegen “de moeder”, 21 september 2012, Nr. 11/01153, LJN: BW5328, r.o. 3.5.5.

³⁵¹ Defence for Children International tegen Nederland, Collectieve Klacht 47/2008, 20 oktober 2009, te vinden op: <http://www.coe.int/T/DGHL/Monitoring/SocialCharter/>

³⁵² Tweede Kamer, Aangangsel van de Handelingen, Vergaderjaar 2009-2010, nr. 2035, Antwoord van de Minister van Justitie dd. 25 maart 2010 op vragen van het lid Spekman (PvdA) over een uitspraak van het Europees Comité voor Sociale Rechten over de opvang van “illegale” kinderen in Nederland (ingezonden 15 maart 2010).

³⁵³ Brief van de Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel, 24 oktober 2012, Kamerstukken II 2012-2013, 19637, nr. 1587.

grondrechtencatalogus van de EU die sinds eind 2009 bindend is. Het EU-Hof van Justitie heeft al in verschillende uitspraken verwezen naar sociale rechten.

Hoewel opnemng van sociale rechten in de Grondwet in 1983 tot weinig daarop gebaseerde actie lijkt te hebben geleid, zijn zij de laatste jaren toch weer stilletjes op de agenda gekomen in Nederland. Het is daarbij opvallend dat dit in belangrijke mate via de band van Europees verankerde sociale rechten is gelopen en niet is voortgekomen uit de Grondwet. Deze bijdrage heeft tot doel deze ontwikkeling te signaleren. Allereerst wordt bekeken waarom sociale rechten in 1983 in de Grondwet werden opgenomen, en hoe er sindsdien gebruik van is gemaakt. Vervolgens wordt stilgestaan bij het daarmee contrasterende steeds meer actieve gebruik van de Europese sociale rechten die Nederland heeft geaccepteerd. Tot slot wordt de vraag gesteld of Grondwettelijke sociale rechten nu simpelweg achter het paneel van Europese sociale rechten aan het verdwijnen zijn, of dat het nieuwe Europese elan op dit terrein juist aanleiding kan geven tot hernieuwde aandacht voor “onze eigen” sociale rechten?

2. Grondwettelijke sociale rechten: van klarenstoot naar stilte?

De Grondwet bevat sinds 1983 zogenaamde sociale grondrechten. Het resultaat is met name te vinden in de artikelen 19 tot en met 22 Grondwet. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om onderwerpen als werkgelegenheid, bestaanszekerheid, sociale zekerheid, bijstand, woonbaarheid en leefmilieu, volksgezondheid, woongelegenheden en het scheppen van voorwaarden voor maatschappelijke en culturele ontplooiing en voor vrijetijdsbesteding. Deze onderwerpen zijn volgens de Grondwetsartikelen “voorwerp van zorg” van de overheid. Ze leggen opdrachten vast voor de overheid om op deze terreinen voorzieningen te treffen, en houden dus taakstellingen in voor wetgeving en bestuur.³⁵⁴ De sociale rechten worden onderscheiden van zogenaamde klassieke grondrechten, die van oorsprong zijn bedoeld om bescherming te bieden tegen de overheid. Overigens geven beide soorten grondrechten soms aanleiding tot onthouding door de overheid, en soms juist tot ingrijpen.³⁵⁵ Denk bijvoorbeeld aan het overheidsingrijpen, in de vorm van investeringen, dat nodig is om rechtbanken en gevangnissen in te richten en de daaraan gelieerde klassieke rechten te beschermen.

Qua onderwerp gaat het bij sociale rechten om die aanspraken van burgers en overeenkomstige overheidsverplichtingen die samenhangen met “de bestaanszekerheid van de mens” en “zijn individuele en maatschappelijke ontplooiing”.³⁵⁶

³⁵⁴ Nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid, Kamerstukken II 1973-1974, 12944, nr. 2, p. 12.

³⁵⁵ Zie hierover F.M.C. Vlemminx, Aanduidingen ‘klassiek’ en ‘sociaal’ zeggen weinig over inhoud grondrecht, Staatscourant 79, maandag 24 april 1995.

³⁵⁶ Nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid, Kamerstukken II 1973-1974, 12944, nr. 2, p. 12.

Volgens de regering zijn die thema's "van niet mindere betekenis" dan het onderwerp van klassieke rechten die "de geestelijke en fysieke vrijheid en gelijkheid" vastleggen.³⁵⁷ Een belangrijk motivatie achter de opnemng van sociale rechten was weer te geven wat "hier te lande algemeen als maatschappelijke verworvenheid en als plicht van de overheid ... wordt ervaren".³⁵⁸ Het is dus van belang, zoals ook Heringa heeft aangegeven, goed in te zien dat "de grondwettelijke erkenning in 1983 van een groot aantal sociale grondrechten meer een *sluitstuk* van een feitelijke ontwikkeling [was] dan de motor erachter".³⁵⁹ Inhoudelijk gezien was een dergelijke fundamentele verankering volgens de regering (die daarbij de voorstellen van de Sociaal-Economische Raad overnam) om drie redenen waardevol: 1) het op bijzondere wijze beschermen van wetgeving op sociaal-economisch terrein tegen intrekking of verandering ervan, 2) het vormen van een stimulans voor verdere uitbouw van dergelijke wetgeving en 3) het verwoorden van de plicht om op de ingeslagen weg voort te gaan.³⁶⁰ De Grondwetgever beoogde dus niet inhoudelijk een geheel nieuw pad in te slaan, maar juist de bescherming van sociale rechten die al plaatsvond vóór 1983 tegelijkertijd een steviger basis te geven en voorwaarden te scheppen voor continuering van de al opgebouwde praktijk.

Het inzicht dat grondrechten van verschillend karakter uiteenlopende aspecten van het menselijk bestaan in de samenleving bestrijken en elkaar aanvullen³⁶¹, is tevens vastgelegd in vele andere grondwetten en in (door Nederland erkende) Europese en internationale verdragen. Nobelprijswinnaar Amartya Sen onderbouwt deze basisgedachte in zijn beroemde boek *Development as Freedom* uit 1999 kernachtig in de volgende bewoordingen:

*"Freedoms are not only the primary ends of development, they are also among its principal means... We have to understand the remarkable empirical connection that links freedoms of different kinds with one another. Political freedoms (in the form of free speech and elections) help to promote economic security. Social opportunities (in the form of education and health facilities) facilitate economic participation. Economic facilities (in the form of opportunities for participation in trade and production) can help to generate personal abundance as well as public resources for social facilities. Freedoms of different kinds can strengthen one another".*³⁶²

³⁵⁷ Nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid, Kamerstukken II 1973-1974, 12944, nr. 2, p. 12.

³⁵⁸ Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet strekkend tot opnemng van bepalingen inzake sociale grondrechten, Kamerstukken II 1975-1976, 13873, nr. 3, p. 3.

³⁵⁹ A.W. Heringa, *Sociale grondrechten: Hun plaats in de gereedschapskist van de rechter*, Tjeenk Willink, Zwolle, 1989. Nadruk in de originele tekst.

³⁶⁰ Nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid, Kamerstukken II 1973-1974, 12944, nr. 2, p. 11.

³⁶¹ Aldus de bewoordingen van de regering; Nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid, Kamerstukken II 1973-1974, 12944, nr. 2, p. 12.

³⁶² A. Sen, *Development as Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 10-11.

Toch is het algemene beeld dat de opnemings van sociale rechten in de Grondwet tot op heden een beperkt (aanvullend) effect heeft gehad. Grondwettelijke sociale rechten vormen vandaag de dag niet vaak een uitgangspunt van debat of beleidsvorming. Een voorbeeld dat dit recentelijk treffend illustreerde was de oproep van de redactie van het Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten om in tijden van economische crisis “het nationale en Europese *commitment* aan de sociale rechten een sterke, leidende rol te [laten] spelen”. Hét ankerpunt van dit nationale *commitment*, de Grondwet, werd echter nergens genoemd in het artikel.³⁶³ Dit is beeldend voor een bredere indruk dat de Grondwettelijke sociale rechten niet veel effect hebben gesorteerd. Hun opnemings is bekritiseerd in de wetenschap. Ook de toepassing door de wetgever en de rechter zijn volgens velen achtergebleven.

In wetenschappelijke literatuur is wel gesteld dat de Grondwettelijke sociale rechten een wat willekeurige opsomming vormen, en te vaag zijn geformuleerd om juridisch toepasbaar en rechterlijk toetsbaar te zijn.³⁶⁴ Deze kritiek moet echter in breder perspectief worden geplaatst. De in de Grondwet opgenomen grondrechtselectie, zowel klassieke als sociale grondrechten, is erg beperkt in vergelijking tot algemene mensenrechtennormen in Europese en internationale mensenrechtenverdragen. Grof geschat bevat hoofdstuk 1 van de Grondwet maar ongeveer de helft van in Nederland inroepbare grondrechten. Het verbaast veel mensen dat de Grondwet bijvoorbeeld geen folterverbod bevat, of een recht op een eerlijk proces. Die rechten worden natuurlijk wel beschermd in Nederland, maar niet op basis van hoofdstuk 1 van de Grondwet maar op grond van hun verankering als onderdeel van internationaal recht. Dat de selectie rechten in de Grondwet willekeurig overkomt is dus een breder probleem. Voor wat betreft de formulering van de rechten heeft Fleuren een nuttig onderscheid aangedragen dat erg helpt om de discussie op zinvolle wijze te kunnen voeren.³⁶⁵ Volgens hem is er een verschil tussen het gebruik van Grondwettelijke rechten als algemene toetsingsmaatstaf om wetgeving te beoordelen en eventuele problemen bij de wetgever terug te kunnen leggen, of als specifieke aanspraak waaraan burgers direct rechten kunnen ontleenen. Veel Grondwettelijke sociale rechten hebben qua formulering veel meer het karakter van de eerste categorie, en moeten dan ook in die termen worden gezien. Dat de visie van Fleuren ook in de praktijk wordt gebracht blijkt in de volgende sectie, waar met name wordt gekeken naar toepassing door Europese comités en rechters van vergelijkbaar geformuleerde normen. Het kan overigens niet worden ontkend dat velen die meer vanuit een internationaalrechtelijk perspectief kijken

³⁶³ Redactioneel, “Sociale rechten in tijden van economische crisis – meer dan ooit onder druk”, Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten/NJCM-Bulletin jaargang 38, 2013, nr. 1, p. 3-5.

³⁶⁴ Zie bijvoorbeeld C.A.J.M. Kortmann, *De grondwetsherziening 1983*, Kluwer, Deventer, 1983, p. 107-108. Voor een kritische bespreking van deze argumentatie zie ook A.J.H.W.M. Versteeg, “De rechtskracht van sociale grondrechten”, Tijdschrift voor Openbaar Bestuur, jaargang 13, nr. 7, 1987, p. 131-135.

³⁶⁵ J. Fleuren, “Toetsing van wetgeving aan de sociale grondrechten van hoofdstuk 1 van de Grondwet”, *Ars Aequi*, september 2008, p. 620-625.

naar sociale rechten deze meer als individuele aanspraken benaderen. Dan is een brede formulering problematischer.

Vaak wordt ook aangegeven dat de wetgever sinds 1983 sporadisch naar de sociale rechten verwijst in de wetgeving. Mede gezien het feit dat de sociale grondrechten werden opgenomen als bestending van een staande praktijk, is het opvallend dat bij dergelijke analyses vaak ontbreekt wat het inhoudelijk had uitgemaakt als er wel naar de Grondwettelijke sociale rechten was verwezen. Ook is er wel op gewezen dat sociale rechten tot niet meer dan “madurodamjurisprudentie” heeft geleid.³⁶⁶ Deze kritiek richt zich echter vaak alleen op de hoogste rechters, en moet voor het overige worden gezien in het licht van artikel 120 Grondwet: het verbod om formele wetgeving aan de Grondwet te toetsen. Een algemene studie naar de wijze waarop rechters lagere regelgeving aan Grondwettelijke sociale rechten toetsen zou een vollediger beeld geven van het gebruik van Grondwettelijke sociale grondrechten door Nederlandse rechters.

Hoewel een voorzichtige stellingname dus past, kan niet worden ontkend dat bij recente discussies over de Grondwet sociale rechten vaak expliciet worden uitgesloten of geen rol spelen. Het “initiatief Halsema”, dat voorstelt een bevoegdheid tot rechterlijke toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet in te voeren, sluit sociale rechten (met uitzondering van het recht op vrije keuze van arbeid; artikel 19, lid 3 GW), expliciet uit. Deze keuze wordt onderbouwd met de stelling dat “de onthoudingsplicht die het overheidsgedrag behoort te kenmerken bij de klassieke grondrechten de rechter een scherper, indringender en meer begrensd toetsingskader [geeft] dan het geval zou zijn bij de sociale grondrechten die inspanningsverplichtingen bevatten waarbij de overheid de vrijheid heeft deze nader in te vullen”.³⁶⁷ De opdracht van de Staatscommissie Grondwet, die door de regering werd gevraagd over verschillende onderwerpen te adviseren over de noodzaak tot wijziging van de Grondwet³⁶⁸, bevatte geen verwijzing naar de sociale rechten in de Grondwet.

Toch is het ook weer niet zo dat de Grondwettelijke sociale rechten helemaal nooit worden aangehaald of gebruikt. Met name de positie van de Raad van State, hoewel niet vaak bekeken, is daarbij interessant. Het was bijvoorbeeld de Raad van State die in zijn advies op het “initiatief Halsema” aangaf dat ook artikel 20, lid 3 Grondwet (recht op bijstand) zo is geformuleerd dat het in aanmerking zou

³⁶⁶ F.M.C. Vlemminx, “Onze tandeloze sociale grondrechten in het licht van twintig jaar EVRM”, NJCM-Bulletin 28 (2002), pp. 235-244, p. 235. Volgens Vlemminx hadden de Grondwettelijke sociale rechten in 2002 slechts twee keer tot vaststelling van een schending van een sociaal grondrecht door de rechter geleid.

³⁶⁷ Voorstel van wet van het lid Halsema houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van een bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter, Kamerstukken II 2001-2002, 28331, nr. 3, p. 2-3.

³⁶⁸ Stcrt 2009, nr. 10354

komen voor opnemning in de lijst van rechten waaraan de rechter zou kunnen toetsen.³⁶⁹ Meer algemeen verwijst de Raad van State bij zijn wetgevingsadvisering sinds 1983 redelijk geregeld naar sociale rechten, en vaak op een manier die de regering noemde als de eerste van de drie inhoudelijke redenen tot opnemning van sociale rechten in de Grondwet: gekwalificeerde bescherming van wetgeving op sociaal-economisch terrein tegen intrekking of verandering ervan. Zo werd bij recente voorstellen over verhogen van de eigen bijdrage bij rechtsbijstand naar artikel 18, lid 2 Grondwet (rechtsbijstand voor minder daadkrachtigen)³⁷⁰ verwezen en bij voorstellen over het reguleren van nevenwerkzaamheden van ambtenaren naar artikel 19, lid 3 Grondwet (vrije keuze van arbeid).³⁷¹ Bij het advies over een wetsvoorstel uitbreiding loondoorbetalingsplicht bij ziekte³⁷² haalde de Raad artikel 20, lid 2 Grondwet aan (sociale zekerheid) en stelde “gegeven de aan dit artikel ten grondslag liggende gedachte over het belang van sociale zekerheid, dient de principiële verandering in het stelsel van sociale zekerheid bij ziekte en arbeidsongeschiktheid als thans beoogd ... uitdrukkelijk te worden verantwoord”.³⁷³ Even opvallend als deze redelijk frequente verwijzingen naar sociale rechten is echter het gemak waarmee de wetgever dit element van de advisering vaak onbesproken lijkt te laten of terzijde schuift. Ook het gebruik van Grondwettelijke sociale rechten door de Raad van State en opvolging van die advisering door de wetgever rechtvaardigt daarmee nadere studie.

Interessant, tenslotte, is ook dat het recent opgerichte College voor de Rechten van de Mens er in zijn eerste jaarrapportage op aandrang om bij het maken van beleidsafwegingen in het bijzonder ook rekening te houden met de sociale rechten zoals

³⁶⁹ Kamerstukken II 2001/2002, 28331, nr. A.

³⁷⁰ Advies W03.11.0063/II, Ontwerpbesluit houdende aanpassing van het Besluit eigen bijdrage rechtsbijstand en het Besluit vergoedingen rechtsbijstand 2000, Staatscourant 2011, nr. 12411

³⁷¹ Advies W04.95.0187, Wetsvoorstel tot wijziging van de ambtenarenwet etc. in het verband met het verrichten van nevenwerkzaamheden, Kamerstukken II 1995-1996, 24575, nr. A.

³⁷² Advies W12.95.0241, Wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, de Ziektewet en enkele andere wetten in verband met loondoorbetaling door de werkgever bij ziekte van de werknemer, Kamerstukken II 1995-1996, 24439, nr. B.

³⁷³ Een aantal andere voorbeelden is: Advies W12.04.031, Ontwerpwet medezeggenschap werknemers, Kamerstukken II 2004/2005, 29818, nr. 4 (verwijzing naar artikel 19, lid 2 Grondwet (o.a. over medezeggenschap); Advies W01.06.0536, Initiatiefwetsvoorstel van de leden Halsema en Van Gent houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot opnemning van een zorgplicht voor het welzijn van dieren, Kamerstukken II 2006/2007, 30900, nr. 4 (verwijzing naar artikel 21 Grondwet (bescherming en verbetering van het leefmilieu) – initiatiefnemers namen de suggesties van de Raad van State over); Advies W.13.84.0400, Wet Stelselwijziging ziektekostenverzekering tweede fase, Kamerstukken II 1989-1990, 21592, B, par. 18 (verwijzing naar artikel 22, lid 1 Grondwet – volksgezondheid): “budgettering als wettelijk voorgeschreven instrument mag de overheid niet verhinderen om uitvoering te geven aan haar grondwettelijke taak op het gebied van de volksgezondheid (artikel 22 van de Grondwet). In de toelichting ware hieraan een beschouwing te wijden, waarbij in het bijzonder ware in te gaan op de waarborgen toegankelijkheid van de zorg”)

verankerd in zowel de Grondwet als in mensenrechtenverdragen.³⁷⁴ Overigens is het in deze zin opvallend dat het College zelf in een grote studie naar de situatie van Poolse arbeidsmigranten helemaal niet verwees naar Grondwettelijke sociale rechten. Het baseerde de analyse over sociaal-economische aspecten op Europees en internationaal neergelegde sociale rechten.³⁷⁵

3. Europese sociale rechten: uit twee hoeken aanzwellende muziek

De relatieve windstilte met betrekking tot Grondwettelijke sociale rechten staat in schril contrast met Europese ontwikkelingen als het gaat om bescherming van sociale rechten. Uit minstens twee hoeken zwelt de muziek aan, namelijk vanuit de Raad van Europa en de Europese Unie. Beide zijn voor Nederland beleidsmatig en juridisch zeer van belang. Een derde hoek, die van de Verenigde Naties, waar ook enkele voor de bescherming van sociale rechten belangrijke ontwikkelingen gaande zijn³⁷⁶, blijft hier omwille van de lengte van de bijdrage verder buiten beschouwing. De Europese (en internationale) ontwikkelingen zijn des te meer van belang, omdat ze allerminst los staan van de Grondwet. In het voorstel om sociale rechten in de Grondwet op te nemen had de regering al een vergelijking gemaakt. In dat verband werd aangegeven dat de Grondwettelijke sociale rechten “qua keuze van onderwerpen ... minder gedetailleerd zijn” maar tegelijkertijd dat “vele van de onderwerpen [in de internationale regelingen] wel expliciet of impliciet” hierin terug te vinden zijn.³⁷⁷ Kortom: de Europese en internationale ontwikkeling geven ook direct en indirect invulling aan de Grondwettelijke sociale rechten.

³⁷⁴ College voor de Rechten van de Mens, Jaarrapport 2012,8 juli 2013, p. 22. Volgens het College komen rechten die minder bekend zijn dan privacy, vrije meningsuiting en godsdienstvrijheid nauwelijks voor in discussies in Nederland: “beleidsdocumenten over maatregelen in de sfeer van arbeid en sociale zekerheid bevatten bijvoorbeeld geen paragrafen over het recht op arbeid en het recht op een behoorlijke levensstandaard. Gezien de effecten van beleid op de situatie van individuen is er alle aanleiding om te onderzoeken of een maatregel op zichzelf, of in samenhang met andere maatregelen, de mensenrechtentoets kan doorstaan Kan de overheid deze maatregelen wel nemen in het licht van de ... sociale mensenrechten? Hoe zorgen wij ervoor dat we niet de ondergrens overschrijden? Vanuit het oogpunt van de menselijke waardigheid zijn dit heel legitieme vragen. Sterker nog, het zijn dwingende vragen die telkens weer een antwoord behoeven.”

³⁷⁵ College voor de Rechten van de Mens, Rapportage Poolse arbeidsmigranten in mensenrechtenperspectief, 18 april 2013, op: <http://www.mensenrechten.nl/publicaties/detail/18123>

³⁷⁶ Het kabinet heeft aangegeven zijn standpunt te bepalen ten aanzien van het facultatief protocol van het VN-gehandicaptenverdrag en het derde facultatief protocol bij het VN-kinderrechtenverdrag, en ook de mogelijke gevolgen van ratificatie op korte termijn te onderzoeken van het facultatief protocol bij het VN-verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten. Zie ‘Respect en Recht voor Iedereen – Beleidsnota over het mensenrechtenbeleid van Nederland’, 14 augustus 2013, p. 21. Deze VN-verdragen bevatten alledrie (ook) sociale rechten, en de protocollen bevatten modaliteiten voor individueel klachtrecht.

³⁷⁷ Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet strekkend tot opnemng van bepalingen inzake sociale grondrechten, Kamerstukken II 1975-1976,13873, nr. 3, p. 4.

Nederland heeft zich aangesloten bij het Herzien Europees Sociaal Handvest.³⁷⁸ Dit verdrag bevat zo'n dertig sociale rechten, veel meer dan de opsomming in de Grondwet. Ook heeft Nederland zich als een van vijftien Europese landen aangesloten bij het zogenaamde collectieve klachten protocol dat aan dit verdrag is gekoppeld. Op basis van dit protocol kunnen vooraf geaccrediteerde maatschappelijke organisaties klagen over beleid of wetgeving van aangesloten landen in het licht van de verplichtingen van het Herzien Europees Sociaal Handvest. De mogelijkheid tot het indienen van collectieve klachten heeft een ongekende aantrekkingskracht gehad. Inmiddels zijn al meer dan honderd klachten geregistreerd.

Zo zijn ook tegen Nederland klachten ingediend. De eerste was een klacht die werd ingediend door de kinderrechten-organisatie Defence for Children International om het Nederlandse beleid omtrent opvang van ongedocumenteerde kinderen aan de kaak te stellen.³⁷⁹ Het Europees Comité voor Sociale Rechten kwam tot de conclusie dat Nederland hier in overtreding was met artikelen 17, lid 1, onder c) (bescherming en ondersteuning aan kinderen en jeugdige personen die tijdelijk of definitief zijn verstoken van de steun van hun gezin) en 31, lid 2 (voorkomen en verminderen van dak- en thuisloosheid) van het Herzien Europees Sociaal Handvest. In reactie op dit rapport is er door de regering op gewezen dat de bevindingen van het Comité juridisch niet bindend zijn.³⁸⁰ Ook wees het kabinet erop hoe de Nederlandse zich inspande om te voorkomen dat asielzoekers in het algemeen, en (gezinnen met) minderjarige kinderen in het bijzonder, op straat terecht komen.³⁸¹

Er is overigens wel op gewezen dat het de politieke en juridische autoriteit van de bevindingen van het Comité sterk ten goede zou komen als meer aandacht werd besteed aan de onderbouwing.³⁸² Los van oordelen over de beleidsmatige wenselijkheid van de bescherming van sociale rechten van ongedocumenteerde

³⁷⁸ Kamerstukken II 2004-2005, 29941 (Goedkeuring van het op 3 mei 1996 te Straatsburg tot stand gekomen Europees Sociaal Handvest (herzien), met Bijlage, en van het op 9 november 1995 te Straatsburg tot stand gekomen Aanvullend Protocol bij het Europees Sociaal Handvest betreffende een systeem voor collectieve klachten (Trb. 2004, 13 en Trb. 2004, 14)).

³⁷⁹ Defence for Children International tegen Nederland, Collectieve Klacht 47/2008, 20 oktober 2009, te vinden op: <http://www.coe.int/T/DGHL/Monitoring/SocialCharter/>

³⁸⁰ Tweede Kamer, Aanhangsel van de Handelingen, Vergaderjaar 2009-2010, nr. 2035, Antwoord van de Minister van Justitie dd. 25 maart 2010 op vragen van het lid Spekman (PvdA) over een uitspraak van het Europees Comité voor Sociale Rechten over de opvang van "illegale" kinderen in Nederland (ingezonden 15 maart 2010).

³⁸¹ Brief van de Minister van Justitie, Kamerstukken II 2009-2010, 19637, nt. 1356, 7 juli 2010.

³⁸² Zie hierover A. Buyse, 'Kinderen in de kou: gebrek aan onderdaksgarantie minderjarige illegalen schendt ESH', NTM-NJCM-Bulletin, 2010, p. 205-219, p. 217 (Buyse observeert: "er is een grens aan het uitleggen van een verdragstekst ... die grens wordt overschreden als een uitleg wordt gegeven die compleet tegenovergesteld lijkt aan de letterlijke tekst"). Ook het Comité van Ministers van de Raad van Europa heeft benadrukt dat de zogenaamde personele reikwijdte van het Herzien Europees Sociaal Handvest op twee manieren ingeperkt is: het gaat alleen om legaal verblijvende mensen uit een van de verdragspartijen van het Herzien Europees Sociaal Handvest.

mensen van buiten Europa, is het inderdaad opvallend dat het Comité vrijwel geen inhoudelijke analyse wijdde³⁸³ aan de duidelijke bewoording die de verdragsluitende landen aan het Herzien Europees Sociaal Handvest hadden meegegeven: “the persons covered ... include foreigners only in so far as they are nationals of other Parties lawfully resident or working regularly within the territory of the Party concerned.” Gedegen aandacht voor onderbouwing is juist ook belangrijk vanuit het perspectief van bescherming van sociale rechten. Meer dan 40 Raad van Europa lidstaten hebben het collectieve klachtenrecht nog niet geaccepteerd. Ook zij zullen graag willen weten met welke zorgvuldigheid het comité klachten behandelt alvorens tot aansluiting te besluiten.

De Hoge Raad³⁸⁴ zag niettemin in de bevindingen van het Europees Comité, in combinatie met andere verdragsverplichtingen, voldoende aanleiding om te concluderen dat op de Staat een rechtsplicht rust om te voorzien in adequate opvang en verzorging van kinderen zonder rechtmatig verblijf indien de ouders daar niet de financiële middelen voor hebben en een andere opvang niet is gewaarborgd. Een enkele annotator gaf nog wel aan dat “bij de fundering van dit arrest in het internationale recht zich sterk de behoefte aan nadere motivering en precisie doet gevoelen”.³⁸⁵ Het kabinet stuurde echter naar aanleiding van de (bindende) Hoge Raad een brief waarin een wijziging van het beleid met betrekking tot uitproceeerde asielzoekerskinderen werd aangekondigd.³⁸⁶

Inmiddels zijn ook enkele andere klachten aanhangig gemaakt tegen Nederland. Het gaat allereerst om een klacht van een organisatie die zich inzet voor dak- en thuislozen. De klacht heeft betrekking op toegang tot (nood)opvang, de beschikbaarheid en kwaliteit van (nood)opvang, en obstakels bij doorstroom door de huidige coördinatie tussen gemeenten.³⁸⁷ De tweede klacht heeft betrekking op het recht op voedsel, kleding en onderdak van ongedocumenteerde volwassenen.³⁸⁸ In het verband van de tweede klacht heeft het Comité eind 2013 een voorlopig standpunt naar buiten gebracht met daarin onder andere een oproep tot het nemen van “onmiddellijke maatregelen”.³⁸⁹ Het kabinet heeft daarop de Raad van State om voorlichting gevraagd over de reikwijdte, de mate van juridische binding en de gevolgen voor de toetsing door rechters van dergelijke “onmiddellijke maat-

³⁸³ Het Europees Comité behandelt deze bewoordingen in par. 34-38 van zijn rapport.

³⁸⁴ Hoge Raad, Staat der Nederlanden tegen “de moeder”, 21 september 2012, Nr. 11/01153, LJN: BW5328, r.o. 3.5.5.

³⁸⁵ Nederlandse Jurisprudentie 2013, 22, m.nt. E.A. Alkema.

³⁸⁶ Brief van de Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel, 24 oktober 2012, Kamerstukken II 2012-2013, 19637, nr. 1587.

³⁸⁷ European Federation of National Organisations working with the Homeless (FEANTSA) tegen Nederland, Collectieve Klacht 86/2012, 18 juli 2012, te vinden op: <http://www.coe.int/T/DGHL/Monitoring/SocialCharter/>

³⁸⁸ Conference of European Churches tegen Nederland, Collectieve Klacht 90/2013, 21 januari 2013, te vinden op: <http://www.coe.int/T/DGHL/Monitoring/SocialCharter/>

³⁸⁹ Zie hierover Brief van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, Kamerstukken II 2013-2014, 19637, nr. 1745, 5 november 2013.

regelen”. De Raad van State³⁹⁰ heeft het standpunt naar buiten gebracht dat een onmiddellijke maatregel geen individueel afdwingbare rechten toekent, dat deze net als de bevindingen van het Comité niet juridisch bindend zijn, maar dat het aan een rechter is in een concreet geval tot oordeelsvorming te komen. De definitieve bevindingen van het Comité moeten nu worden afgewacht. Het is echter inmiddels wel duidelijk dat de sociale rechten als neergelegd in het Herzien Europees Sociaal Handvest langzaam maar zeker een impact beginnen te krijgen op het Nederlandse beleid.

Naast de Raad van Europa³⁹¹ is significant dat ook in EU-verband sociale rechtende laatste jaren sterk aan juridisch en beleidsmatig belang hebben gewonnen. Het EU-Grondrechtenhandvest³⁹², dat sinds 1 december 1999 dezelfde bindende status heeft als Unierecht, bevat een groot aantal sociale rechten. Deze staan met name in Hoofdstuk 5 van het Handvest (artikelen 27-38), getiteld “solidariteit”. Een deel van deze sociale rechten heeft geen equivalent in de Grondwet, zoals bijvoorbeeld het verbod van kinderarbeid (artikel 32 Handvest) en consumentenbescherming (artikel 38 Handvest). Een deel van de bepalingen heeft wel hetzelfde onderwerp als Grondwettelijke sociale rechten, zoals sociale zekerheid (artikel 31, lid 1 Handvest) en gezondheidszorg (artikel 35 Handvest). Daar is echter de vraag of deze bepalingen van de Grondwet en het EU-Grondrechtenhandvest precies dezelfde inhoudelijke betekenis hebben.

Het Hof van Justitie verwijst inmiddels geregeld naar het EU-Grondrechtenhandvest. In eerste instantie werd nog wel getwijfeld of het wel aan sociale rechten zou kunnen toetsen, omdat het EU-Grondrechtenhandvest een bepaling bevat die neerlegt dat Handvestrechten die “beginselen” bevatten (simpel gezegd: bepalingen die niet duidelijk als recht zijn geformuleerd) alleen rechterlijk kunnen worden getoetst als ze eerste zijn omgezet in nationale handelingen (artikel 52, lid 5 Handvest). Algemeen werd aangenomen dat dit de toetsbaarheid van juist sociale rechten zou kunnen beperken.³⁹³ Toch heeft het Hof al vanaf het begin, zonder

³⁹⁰ Raad van State, Advies W03.13.0414/II/Vo, Voorlichting over het instrument van de “immediate measure” van het Europees Comité voor Sociale Rechten.

³⁹¹ Deze bijdrage laat verder buiten beschouwing dat ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens op basis van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens steeds vaker sociale aspecten “inleest” in EVM-rechten, zoals bijvoorbeeld in het recht op eigendom. Zie voor een kritische beschouwing over deze benadering, J. Gerards, *Het Prisma van de Grondrechten*, Oratie Nijmegen, 2012.

³⁹² Publicatieblad van de Europese Unie, C 326/391, 26 oktober 2012. Voor een bespreking van de consequenties van het Handvest, zie J. Morijn, “Het juridisch bindende Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: eerste ervaringen en openstaande vragen”, *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten*, jaargang 36, nummer 1, januari/februari 2011, p. 45-62.

³⁹³ J. Morijn, “Het juridisch bindende Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: eerste ervaringen en openstaande vragen”, *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten*, jaargang 36, nummer 1, januari/februari 2011, p. 45-62, p. 58-59.

veel woorden vuil te maken aan artikel 52, lid 5 Handvest³⁹⁴, aan sociale rechten getoetst. Een voorbeeld is de zaak Kamberaj uit april 2012.³⁹⁵ Het ging om een Albanees die in Italië woont, altijd huursubsidie voor minder draagkrachtige huurders ontving, en die op een gegeven moment stopgezet zag omdat nieuw beleid was de voorkeur te geven aan lokale minderheden bij toewijzing ervan. Omdat er EU-regels zijn over de status van langdurig ingezetene derdelanders, kon hij zich ook beroepen op Unierecht en het Handvest. Het Hof past in deze zaak artikel 34 EU-Grondrechtenhandvest (sociale zekerheid en sociale bescherming/bijstand) toe, en dringt er bij de nationale rechter op aan hiermee rekening te houden bij de nadere besluitvorming in deze zaak.

Interessant, tenslotte, is dat ook EU burgers zelf sociale rechten evident een belangrijke prioriteit vinden. Juist het zogenaamde Europees burgerinitiatief van de organisatie Right2Water, dat de Europese Commissie bij ontwikkeling van Europees beleid wil bewegen “water als een mensenrecht” te benaderen, werd in 2013 het eerste dat voldoende handtekeningen ophaalde.³⁹⁶ Nu zal de Europese Commissie moeten besluiten hoe zij op dit initiatief zal ingaan, mede in het licht van het feit dat het EU-Grondrechtenhandvest geen recht op voedsel of water bevat. Het kan dus best zijn dat in de praktijk op termijn ook sociale rechten gaan worden beschermd in de EU, en daarmee in de Nederlandse rechtsorde, die niet staan genoemd in het EU-Grondrechtenhandvest.

4. Schuivende panelen, of een tweede scherm?

In 1983 werden sociale rechten in de Grondwet opgenomen om een al bestaande maatschappelijke praktijk te bestendigen. Toch worden zij sindsdien over het algemeen gezien en benaderd als een vergeten deel van de Grondwet. Een precieze blik suggereert dat deze aanname op onderdelen verfijning behoeft. Er is een onvoldoende helder beeld of en hoe Nederlandse rechters lagere regelgeving toetsen aan Grondwettelijke sociale rechten. Ook de kennelijk niet eerder opgemerkte wijze waarop de Raad van State Grondwettelijke sociale rechten toepast, en hoe de wetgever omgaat met die adviezen, verdient een meer gedetailleerde blik.

Hoe dan ook vormt de relatieve windstille rond de Grondwettelijke sociale rechten een contrast met de steeds actievare rol die verschillende door Nederland aanvaarde Europese sociale rechten in Nederland spelen. Dit is een opmerkelijke situatie die uitnodigt tot reflectie. Volstaat een feitelijke vaststelling dat de Grondwettelijke sociale rechten simpelweg langzaam aan het zicht worden

³⁹⁴ Hof van Justitie van de Europese Unie, Zaak C-571/10, Servet Kamberaj tegen IPES, 24 april 2012, European Human Rights Cases 2012/162, m.nt. J. Morijn, par. 5.

³⁹⁵ Hof van Justitie van de Europese Unie, Zaak C-571/10, Servet Kamberaj tegen IPES, 24 april 2012.

³⁹⁶ Expertisecentrum Europees recht, “Nieuwsbericht: Miljoen handtekeningen voor Europees burgerinitiatief verzameld”, 25 februari 2013, op: www.minbuza.nl/ecer

onttrokken door het ervoor schuiven van het paneel van Europese sociale rechten, en moet de energie dan maar volledig worden gestoken in het opvolgen van die verplichtingen? Of geeft de nieuwe Europese activiteit (tevens) aanleiding tot hernieuwde aandacht voor inhoud en meerwaarde van onze “eigen” sociale rechten?

Vanuit het perspectief van de Grondwet zou een invalshoek kunnen zijn dat actie helemaal niet nodig is. Met een vertraging van dertig jaar worden de oorspronkelijke bedoelingen van de Grondwetgever via een Europese omweg, maar op een voor Nederland beleidsmatig en juridisch relevante manier gerealiseerd. Langzaam maar zeker begint een veel groter aantal sociale rechten dan in de Grondwet is opgenomen meer aandacht te krijgen. De regering speelt, mede onder druk van het parlement, al voor een deel in op deze ontwikkeling. Het reageert op de Europese ontwikkelingen. Daarnaast werd bijvoorbeeld recentelijk ook aangekondigd dat ter waarborging van de naleving van het EU-Grondrechtenhandvest, en daarmee ook de daarin vervatte sociale rechten, aan een Handreiking over de toepassingsvoorwaarden ervan wordt gewerkt.³⁹⁷

Toch kan er ook aanleiding zijn voor reflectie. Gaat er iets verloren als we de Nederlandse praktijk, die gezien de discussie voorafgaand aan 1983 al vele elementen van sociale rechten bescherming bevatte (zonder het altijd zo te noemen) alleen nog vanuit het perspectief van Europese en internationale sociale rechten benaderen en moeten uitleggen? Zijn er aspecten aan sociale rechten die eigen zijn aan Nederland, of juist specifiek voor Nederland moeten worden verhelderd? Biedt de Nederlandse Grondwet op onderdelen wellicht juist verdergaande bescherming dan Europese minimumnormen, of is daaraan behoefte, zodat duidelijk is in welke situaties extra aandacht nodig als deze rechten Europees of internationaal aan de orde komen? Tenslotte speelt de vraag: kan de parallelle inhoudelijke verankering van sociale rechten in de Grondwet worden benut als een steviger aanvullende basis voor het realiseren van de onderliggende idealen dan bescherming van Europese sociale rechten via de enkele band van de algemene Grondwettelijke regels over doorwerking van internationaal en EU-recht?

Het (mede) benaderen van de discussie over sociale rechten vanuit de Nederlandse Grondwet kan helpen de sociale rechten analyse voor en vanuit Nederland te verscherpen en te richten op de specifieke Nederlandse dilemma's die spelen bij vorming van beleid en wetgeving. Met de nieuwe aandacht van het College voor de Rechten van de Mens voor sociale rechten, en de in dat licht door het kabinet aangekondigde ontwikkeling van een checklist sociale rechten³⁹⁸, kan een nieuwe

³⁹⁷ Nationaal Actieplan Mensenrechten – Bescherming en bevordering van mensenrechten op nationaal niveau, 10 december 2013, p. 20.

³⁹⁸ Nationaal Actieplan Mensenrechten – Bescherming en bevordering van mensenrechten op nationaal niveau, 10 december 2013, p. 20: “Ter waarborging van de naleving van sociaal-economische rechten in beleid en wetgeving wordt in 2014 een checklist ten aanzien van deze mensenrechten te ontwikkelen.”

kans ontstaan voor Grondwettelijke sociale rechten. Met andere woorden: misschien, heel misschien, is er dertig jaar na opneming van sociale rechten in de Grondwet ook in Nederland voldoende aanleiding voor een broccoli-debat.

2014

Uitleiding: de Grondwet in de toekomst

Marilyn Haimé

De bijdragen in dit boek hebben alle betrekking op een datum uit de historie van de huidige Grondwet. Zij laten zien welke ontwikkeling de Grondwet heeft doorgemaakt. Dat past goed bij de herdenking van 200 jaar Koninkrijk. De laatste algemene herziening van de Grondwet dateert van 1983. In de afgelopen 30 jaar hebben zich vele ontwikkelingen voorgedaan waarbij de vraag gerechtvaardigd is of de Grondwet de tand des tijds doorstaat. Biedt de Grondwet nog altijd de waarborgfunctie die zij heeft te vervullen?

Traditioneel gaat het bij de waarborgfunctie om de vrijheidsrechten van de burger: zijn bescherming tegen de overheid. Ook gaat het zowel om zijn burgerlijke en politieke rechten als om zijn economische en sociale rechten. Hoe ver kan die waarborgfunctie vandaag de dag nog reiken, niet alleen in de relatie tussen overheid en burger, maar ook tussen burgers onderling? De ontwikkelingen van de afgelopen dertig jaar hebben ook de Nederlandse burger niet ongemoeid gelaten. De burger is beter opgeleid, geëmancipeerd en mondiger geworden. Zijn verhouding tot de overheid is veranderd. Dankzij de ontwikkelingen van de ICT en van het internet is de burger sneller en beter geïnformeerd, kan hij sneller communiceren, zijn mening laten horen of een demonstratie organiseren.

Na de onttovering van de religie ten gunste van de wetenschap zien we een onttovering van het gezag en zelfs van dat van de wetenschap. Dankzij de ICT-ontwikkelingen kunnen vele data eenvoudig worden verzameld, verwerkt, gekoppeld en hergebruikt. Technologische ontwikkelingen brengen ongekende mogelijkheden in alle sectoren van de samenleving. In de medische sector rijst de vraag of alles wat kan ook zou moeten. Denk daarbij aan zaken als 'deep brain stimulation' en meer algemeen de ontwikkeling en toepassing van BNIC-technologie (bio-, nano-, informatie- en cognitietechnologie), mede in relatie tot de beheersing van medische kosten. Private diensten zoals banken, maar ook overheidsdiensten en op het terrein van veiligheid opsporings-, inlichtingen- en veiligheidsdiensten krijgen te maken met nieuwe ICT-mogelijkheden om hun taken effectiever te kunnen uitvoeren. Tegelijkertijd worden zij geconfronteerd met daarmee gepaard gaande nieuwe risico's en bedreigingen, zoals cyberaanvallen. Van de overheid wordt bescherming tegen deze risico's gevraagd, maar ook bescherming van de rechten van de burger.

Bij dit alles rijst de vraag hoe deze mogelijkheden te benutten en tegelijkertijd de rechten van de burger ten opzichte van de overheid en ten opzichte van elkaar of machtige (internet-) bedrijven te beschermen. Op het internet gelden geen fysieke landsgrenzen. Internationalisering en globalisering hebben invloed op onze economie. De EU en de euro brengen veel voordelen, maar hebben ook invloed op ons recht en brengen verplichtingen met zich voor de begroting (discipline). De inrichting en taakverdeling in 'het huis van Thorbecke' (rijk – provincie – gemeente) is regelmatig voorwerp van discussie: is onze bestuurlijke structuur zodanig ingericht dat de economische en sociaal maatschappelijke uitdagingen ook effectief kunnen worden aangegaan?

Staatsrechtelijk rijst de vraag of onze (nationale en lokale) democratie gelet op deze vele en snelle veranderingen nog naar ieders tevredenheid functioneert. Biedt een gang eens per 4 jaar naar de stembus nog voldoende legitimatie en betrokkenheid van de burger in onze democratie? Verkiezingen lijken te verworden tot een afrekening van de ontevreden burger met de regerende partijen. Er is grote volatiliteit in stemgedrag. De vraag rijst of het anders kan³⁹⁹.

Over al deze vraagstukken is een politiek en maatschappelijk debat nodig naar de constitutionele aspecten en gevolgen. Biedt de huidige Grondwet voldoende ruimte en adequate bescherming in de veranderende samenleving of biedt zij op onderdelen een te strak keurslijf? Dat zou een mooie constitutionele agenda voor de toekomst kunnen genereren. Het gaat daarbij om debat over en verkenning van deze prealabele vragen en niet zozeer om het ontwerpen van allerlei voorstellen tot wijziging van de Grondwet. Het is van belang om aan de hand van een verkenning eerst vast te stellen waar de Grondwet ruimte biedt dan wel waar het knelt. Zo een verkenning en debat is niet voorbehouden aan juristen, maar dient interdisciplinair te worden gevoerd. Voor verschillende onderwerpen zijn verschillende andere deskundigen nodig: van medici tot ethici, van technologen tot ICT-deskundigen, van politicologen tot bestuurskundigen en sociologen. Ook zouden niet alleen wetenschappers, maar ook mensen met praktijkervaring hierbij betrokken moeten worden.

Ondertussen wordt mede naar aanleiding van het rapport van de laatste Staatscommissie Grondwet al een aantal zaken opgepakt. Voor de korte termijn staat een herziening van artikel 13 Grondwet al op de agenda van het kabinet. Het gaat daarbij om het techniekneutraal maken van het brief- en telegraafgeheim, met als centrale vraag of de bescherming die de grondwetgever tot nu toe gaf aan het briefgeheim ook op grondwetsniveau voor de inhoud van correspondentie met gebruikmaking van andere telecommunicatiemiddelen kan en moet gelden. Op de agenda staan nog onderwerpen als een notitie over het constitutioneel refe-

³⁹⁹ Zie bv. David van Reybrouck in de Correspondent: Het kan: een totaal andere inrichting van onze democratie.

rentiekader voor decentralisaties in Hoofdstuk VII van de Grondwet, aanpassing van de Grondwet in verband met de staatkundige positie van de BES-eilanden⁴⁰⁰ en het opnemen van het recht op een eerlijk proces in Grondwet.

Aan het parlement is een notitie toegezegd over de positie van de Eerste Kamer in rechtsvergelijkend perspectief. Het parlement heeft recent een nota ontvangen over de vormgeving van een algemene bepaling in de Grondwet die tot uitdrukking brengt dat Nederland een democratische rechtstaat is⁴⁰¹. Los van de vormgeving van zo een algemene bepaling hangt het opnemen van een algemene bepaling in de Grondwet direct samen met de visie op de Grondwet (consoliderend, uitdrukking gevend aan historische en culturele verworvenheden of juist toekomstbestendig, sober en normatief). Voorstanders van zo een bepaling vinden dat Nederland zodanig is geëvolueerd als democratische rechtstaat dat dit feit in de Grondwet zelf behoort te worden verankerd. Tegenstanders zijn voor een sobere Grondwet: uit de inhoud van de Grondwet zelf blijkt al dat Nederland een democratische rechtstaat is.

Achterliggende vraag bij dit alles is hoe de verhouding tussen democratie en rechtstaat moet worden gezien. Volgens prof. Hirsch Ballin zijn democratie en rechtstaat niet los verkrijgbaar. Het zijn de twee kanten van dezelfde medaille. De rechtstaat is er om de rechten van het individu en van minderheden te beschermen tegen die van de meerderheid. Anderen stellen het concept van de democratie centraal. Die moet zelf weerbaar zijn en behoeft geen bescherming, omdat bescherming beperking van democratische vrijheden met zich brengt. Een democratie heeft instituties nodig, een machtenscheiding, de trias politica, en een machtsevenwicht tussen de instituties (checks and balances). Een goed functionerende democratie is dus afhankelijk van het functioneren van de instituties, die de democratie moeten schragen. Volgens Fukuyama ligt het falen van een democratie niet aan het concept, maar aan de uitvoering. Een belangrijke institutie voor de bescherming van de rechten van het individu is de rechter. Het verbod voor de Nederlandse rechter om formele wetten te toetsen aan de Grondwet maakt de toetsing aan mensenrechtenverdragen belangrijker, inclusief de rechtsgang naar het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg. Constitutionele toetsing is een onderwerp dat Nederland tot nu toe verdeeld houdt, gelet op het belang dat in onze trias wordt gehecht aan het 'primaat van de wetgever'. Dit onderwerp staat niet op de agenda van het kabinet, maar wel van de Kamer (initiatiefwetsvoorstel GroenLinks⁴⁰²). De Kamer heeft nog meer op de agenda staan als het gaat om grondwetswijziging: deconstitutionalisering benoeming burgemeester en Commissaris van de Koning (D66⁴⁰³), correctief referendum (PvdA,

⁴⁰⁰ Kamerstukken II nr. 33 131

⁴⁰¹ Kamerstukken II nr. 31 570

⁴⁰² Kamerstukken II nr. 32 334

⁴⁰³ Kamerstukken II nr. 33 239

GroenLinks en D66⁴⁰⁴), doorwerking van verdragen in de nationale rechtsorde (VVD⁴⁰⁵), uitbreiding van de non-discriminatiegronden in artikel 1 Grondwet (D66, GroenLinks, PvdA⁴⁰⁶), aanpassing van de rol van de Koning (PVV⁴⁰⁷), vereiste van tweederde meerderheid voor goedkeuring EU-verdragen (SGP⁴⁰⁸) en een zorgplicht voor het welzijn van dieren (GroenLinks⁴⁰⁹).

De Grondwet wijzigen is geen sinecure: het vergt twee lezingen en in tweede lezing een tweederde meerderheid in beide Kamers der Staten Generaal. Aldus bezien is het de vraag wat het lot is van de diverse grondwetsherzieningvoorstellen die hiervoor zijn geschetst. Deze bijzondere procedure is bedoeld om de Grondwet te behoeden voor al te lichtvaardige wijzigingen. Zoals een voormalig Minister van Binnenlandse Zaken het wel eens heeft verwoord: de Grondwet is geen jojo. Om die reden is het van belang dat er eerst een goed en breed debat wordt gevoerd over de constitutionele aspecten van de veranderingen in het huidige tijdsgewricht. Op basis van een breed gedragen probleemanalyse kan vervolgens maatschappelijk en politiek draagvlak ontstaan voor de noodzaak tot wijziging van de Grondwet en daarmee het verder ontwikkelen van onze democratische rechtstaat. En daarbij is uiteraard ook discussie mogelijk over de huidige Grondwetsherzieningprocedure.

De Grondwet is geen zaak van alleen juristen of zelfs van een handjevol staatsrechtjuristen, maar gaat iedere burger in zijn dagelijks leven aan. Hopelijk kunnen de bijdragen in deze bundel inspireren tot het leveren van een bijdrage aan het borgen en verder ontwikkelen van de democratische rechtstaat en een Grondwet die dat mogelijk maakt.

⁴⁰⁴ Kamerstukken II nr. 30 174

⁴⁰⁵ Kamerstukken II nr. 33 359

⁴⁰⁶ Kamerstukken II nr. 32 411

⁴⁰⁷ Kamerstukken II nr. 32 867

⁴⁰⁸ Kamerstukken II nr. 30 874

⁴⁰⁹ Kamerstukken II nr. 30 900

Auteursinformatie

Dit boek is een initiatief van de directie Constitutionele zaken en Wetgeving van het ministerie van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties. Alle auteurs zijn werkzaam bij die directie, met uitzondering van Mr. J.R. Groen, die tot 2013 bij die directie werkte. Alle bijdragen zijn geschreven op persoonlijke titel.

Mr. M.M. Bense werkt bij de afdeling Constitutionele zaken, is belast met juridische advisering over koninkrijksrecht en publiceerde eerder over staats- en bestuursrechtelijke onderwerpen. De laatste publicaties betroffen aspecten van de staatkundige hervorming van de Nederlandse Antillen in het Tijdschrift voor Constitutioneel recht, het Caribisch Juristenblad en de bundel Schip van Staat.

Drs. D.P van den Bosch is hoofd van de afdeling Wonen en Rijksdienst en publiceerde eerder onder meer over onderwijsrecht in School en Wet en over wetgevingsvraagstukken in Regelmaat.

Mr. Drs. J.R. Groen werkt bij de directie Wetgeving en Juridische zaken van het ministerie van Veiligheid en Justitie, is belast met vreemdelingenrecht en nationaliteitsrecht en publiceerde eerder over onderwijsrecht in onder andere het Nederlands Tijdschrift voor Onderwijsrecht en School en Wet.

Mr. M.L. Haimé is directeur van de directie Constitutionele zaken en Wetgeving.

Mr. A.H.G. van Herwijnen is werkzaam bij de afdeling Juridisch adviseur, belast met onder meer advisering over staatssteun en publiceerde eerder over staatssteun in de bundel Het schip van staat, overgenomen op SC Online.

Mr. dr. S. Hillebrink is werkzaam bij de afdeling Constitutionele zaken, belast met taken op het gebied van Grondwet, staatsinrichting en democratie. Hij was in 2011/12 betrokken bij de totstandkoming van het wetsvoorstel tot verkleining van de Eerste en Tweede Kamer. Hij is gepromoveerd op een proefschrift over het zelfbeschikkingsrecht van de Nederlandse Antillen en Aruba (2007) en publiceerde verder in het Nederlands Juristenblad, RegelMaat en (internationale) wetenschappelijke bundels over o.a. het Statuut voor het Koninkrijk, de staatkundige hervorming van de Nederlandse Antillen en de mensenrechtenbescherming in de Caribische delen van het Koninkrijk.

Mr. L.H. von Meijenfeldt is werkzaam bij de afdeling Juridisch adviseur.

Mr. Dr. J. Morijn is werkzaam bij de afdeling Constitutionele zaken, is belast met advisering over grondrechtelijke aangelegenheden en publiceerde eerder naast zijn proefschrift zo'n twintig artikelen en boekhoofdstukken over uiteenlopende grondrechtelijke onderwerpen.

Mr. P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt BA is werkzaam bij de afdeling Constitutionele zaken, is onder andere belast met advisering over grondrechtelijke aangelegenheden en publiceerde eerder over grondrechtelijke vraagstukken in relatie tot wetgeving, veiligheid en de pluriforme samenleving in onder andere het NJB, TRRB, NTM/NJCM-Bulletin, TvCR, Regelmaat en EHRC (annotaties).

Mr. P. J. Stolk is hoofd van de afdeling Juridisch Adviseur en publiceerde diverse malen reeds eerder over de Wet openbaarheid van bestuur, in het tijdschrift AB Rechtspraak Bestuursrecht.

