

***De filosofie
van mensenrechten***

***De filosofie
van mensenrechten***

P.B. Cliteur

tweede druk

***Ars Aequi Libri
Nijmegen 1999***

***Ars Aequi Cahiers
Rechtstheorie
deel 1***

Serie Ars Aequi Cahiers Rechtstheorie:

1De filosofie van mensenrechten, P.B. Cliteur

2Het gelijkheidsbeginsel, T. Loenen

3Argumentatietheorie en recht, M. Henket

8 1999 Ars Aequi Libri, Nijmegen

Behoudens uitzondering door de wet gesteld mag zonder schriftelijke toestemming van de rechthebbende(n) op het auteursrecht, (c.q. de uitgever, door de rechthebbende(n) gemachtigd namens hem (hen/haar) op te treden), niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of anderszins, hetgeen ook van toepassing is op de gehele of gedeeltelijke bewerking. De uitgeefster (uitgever) is met uitsluiting van ieder ander gerechtigd de in artikel 17, lid 2, Auteurswet 1912 en in het KB van 20 juni 1974 (Stb. 351) bedoelde vergoeding te innen en/of daartoe in en buiten rechte op te treden.

ISBN 90-6916-343-8

Ontwerp omslag: Bea Oudejans

Inhoudsopgave

<i>Voorwoord bij de tweede druk</i>	8
---	---

Hoofdstuk 1 Wat zijn mensenrechten?

1.Drie benaderingen van het concept 'mensenrechten'	13
2.De natuurrechtstraditie als voorloper van de traditie van mensenrechten	16
3.Eerste kenmerk van mensenrechten: hoger recht	16
(a)Een vroege manifestatie van het natuurrechtsdenken: Antigone	17
(b)Een latere manifestatie van mensenrechten: de Onafhankelijkheidsverklaring	18
4.Twee vragen over het hogere recht: bestaat het en wat heb je eraan?	20
5.De pogingen om de traditie van het hogere recht te effectueren	22
6.Tweede kenmerk van mensenrechten: gecodificeerd hoger recht	23
7.Derde kenmerk van mensenrechten: rigide recht	25
8.Vierde kenmerk van mensenrechten: afdwingbaarheid voor de rechter	29
9.De uitspraak Marbury v. Madison (1803)	29
10.John Marshall en de federalisten	31
11.Het Nederlandse toetsingsverbod	33
12.Het Algemeen Constitutioneel Patroon van de Moderne Tijd (ACP)	34
13.Vijfde kenmerk van mensenrechten: universaliteit	36
14.Vier soorten rechten	36
(a)Gewone juridische rechten	37
(b)Mensenrechten als constitutionele rechten	38
(c)Gewone morele rechten	39
(d)Mensenrechten als morele rechten die aan alle mensen toebehoren	40
15.Het specifiek van de na-oorlogse ontwikkeling ten aanzien van rechten	40

Hoofdstuk 2 Cultuurrelativisme als uitdaging voor de universaliteit

1.Wat is cultuurrelativisme?	43
2.De breedtegraden van Pascal	44
3.Het cultuurrelativisme van Montaigne	46
4.Het cultuurrelativisme van de antropologen	47
5.De botsing tussen de antropologen en het universalisme van de mensenrechtentraditie	48
6.Het cultuurrelativisme nader bepaald	49
7.De argumentatie van cultuurrelativisten: van verscheidenheid naar norm	50
8.De feitelijke basis van het cultuurrelativisme	51
(a)Is er werkelijk zo veel verscheidenheid?	51
(b)Zijn er werkelijk geen universele normen?	52
(c)Twee wegen die tot universele normen leiden	54

9.H et cultuurrelativisme met pragmatische criteria gewogen	56
(a)H et cultuurrelativisme als ondermijning van onze kritische mogelijkheden.....	56
(b)Is cultuurrelativisme een goede basis voor tolerantie?	60
10.T ussen cultuurrelativisme en radicaal universalisme	61

Hoofdstuk 3 Multiculturalisme en mensenrechten

1.Wat is multiculturalisme?	65
2.H et eerste probleem: normatief, descriptief of beide?	66
3.H et tweede probleem: de omschrijving is te ruim	67
4.N og een gedachtenexperiment: multiculturalisme als activistisch credo	67
5.H et derde probleem: weet de multiculturalist wát hij wil?	68
6.T wee soorten multiculturalisme: modern en postmodern.....	70
(a)Modern multiculturalisme.....	70
Grenzen aan culturele pluriformiteit	71
T wee soorten rechten in relatie tot multiculturaliteit	71
(b)Postmodern multiculturalisme	72
7.Waarom voldoet het multicultureel toelaatbare van de democratische rechtsstaat niet?	73
8.H et wereldvreemde van het postmodern multiculturalisme	74

Hoofdstuk 4 Sociale cohesie en mensenrechten

1.Leidt een cultuur van respect voor mensenrechten tot vermindering van sociale cohesie?.....	77
2.H oe kan in een samenleving sociale cohesie bestaan?.....	78
3.Wat is sociale cohesie? H et empirisch begrip	80
4.Vier gedachtenexperimenten	81
5.Wat is sociale cohesie? H et normatief begrip	82
6.Vier elementen van het normatief begrip van sociale cohesie.....	83
7.Door welke factoren wordt sociale cohesie in het algemeen gevormd?	85
8.N atuurrecht, sociale cohesie en cultuurrecht	88
9.Mensenrechten als constitutief voor de moderne cultuur	90

Hoofdstuk 5 De wet van de epigonie en ambtelijke uitingsvrijheid

1.De wet van de epigonie.....	93
2.A nvaringen tussen politiek en bureaucratie	94
3.Wat moet men verstaan onder 'vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren'?.....	97
4.A mbtelijke uitingsvrijheid en de grondslagen van een parlementaire democratie.....	98
5.Kan de contradictie tussen ambtelijke uitingsvrijheid en ministeriële	

verantwoordelijkheid worden opgeheven?.....	101
6.Een rekkelijke interpretatie van de ministeriële verantwoordelijkheid	101
7.C onclusie: ambtelijke utingsvrijheid en democratie onverzoenbaar	103

H oofdstuk 6 H et conflict tussen mensenrechten en democratie

1.Een Britse en een Amerikaanse visie.....	107
2.H et eerste conflict tussen mensenrechten en democratie: verschansing.....	110
3.T homas Paine en Edmund Burke	111
4.H et tweede conflict tussen mensenrechten en democratie: toetsing van wetten aan mensenrechten door de rechter	112
5.Zijn mensenrechten en democratie onverzoenbaar?.....	113
(a)H et semantisch antwoord: beperkte democratie als de ware democratie.....	114
(b)H et constitutionalistisch antwoord: niet de wet maar de grondwet als hoogste expressie van de volkswil	118
(c)H et traditionalistisch antwoord: de brede discussie door de eeuwen heen.....	123

H oofdstuk 7 Een nadere overweging van de kritiek op mensenrechten

1.T wee soorten proliferatie.....	127
(a)D e culturele verandering: proliferatie van »rights-talk«.....	127
(b)D e constitutionele verandering: de proliferatie van constitutionele rechten 130	
2.D e collectieve rechten van V asak	131
3.Bezwaren tegen de tweede en tegen de derde generatie rechten	133
4.Pleidooi voor legislatieve en rechterlijke zelfbeperking.....	134
(a)R echterlijke terughoudendheid	135
(b)L egislatieve terughoudendheid.....	136

H oofdstuk 8 De toekomst van mensenrechten

1.Mensenrechten als ontdekking.....	139
2.Eerste geschiedenis: de genese van de vijf kenmerken van mensenrechten.....	140
3.T weede geschiedenis: de erkenning van de subcategorieën van H omo Sapiens.....	141
4.D erde geschiedenis: van de intrinsieke waarde van de mens naar de intrinsieke waarde van alle levende wezens?	143
5.Speciesisme als een vorm van discriminatie.....	146

<i>L iteratuurlijst</i>	149
-------------------------------	-----

Voorwoord bij de tweede druk

Toen de redactie van de serie Cahiers van Ars Aequi mij in 1997 benaderde om een boekje te schrijven over 'de filosofie van mensenrechten', heb ik over die titel enige tijd moeten nadenken. In zekere zin zou deze aanleiding kunnen geven tot misverstand, want er is natuurlijk niet zoiets als 'de' filosofie van mensenrechten. Dit boek had dan ook B en misschien zelfs beter B 'een' filosofie van mensenrechten of 'filosofie' van mensenrechten kunnen heten. Over mensenrechten en in ieder geval over de voorloper daarvan, het natuurrecht, wordt al eeuwenlang gefilosofeerd. Men kan op dit punt verschillende opvattingen en benaderingen onderkennen.

Toch lijkt de titel om bepaalde redenen toch ook weer verantwoord en die redenen hebben de doorslag gegeven om dit boekje onder deze titel te presenteren. Wat met deze titel in ieder geval duidelijk wordt, is dat het niet gaat om een beschrijving van het positieve recht op het terrein van mensenrechten, maar om een wijsgerige benadering van het onderwerp. Wat zijn eigenlijk mensenrechten? Hoe onderscheiden zij zich van natuurrecht? Wat is de verhouding van mensenrechten tot de idealen van rechtsstaat en democratie? Zijn mensenrechten universeel of historisch en cultureel variabel? Wat is de toekomst van mensenrechten? Bestaan er bedreigingen voor de traditie van mensenrechten?

Het is echter van belang dat ik nader uiteenzet wat nu precies het wijsgerige is in de behandeling van deze vragen. Het is misschien goed meteen aan het begin te stellen dat twee verwachtingen ten aanzien van de inhoud van dit boek niet zullen worden gehonoreerd.

Allereerst: in *De filosofie van mensenrechten* wordt géén poging gedaan de gelding van mensenrechten te funderen. Mensenrechten vormen hoger recht dat maatgevend is voor het recht van alledag en dat roept natuurlijk onmiddellijk de vraag op waaraan mensenrechten die hogere status ontleen. Vinden mensenrechten hun basis in het streven naar vrijheid van de mens? Hebben zij te maken met de menselijke waardigheid? Vormt het ideaal van de gelijkheid de basis voor mensenrechten? Over deze vragen zijn belangrijke, exclusief wijsgerige en rechtsfilosofische verhandelingen geschreven en dit boekje heeft maar ten dele de pretentie daarmee te concurreren.

Ik stel mij zoveel mogelijk (deze benadering kan nooit helemaal consequent worden volgehouden) 'agnostisch' op ten aanzien van de waarden waarin het mensenrechtenconcept gefundeerd zouden zijn. Ik érkén noch óntkén het belang van die waarden, maar voor de wijze waarop ik het onderwerp in dit boekje behandel, plaats ik ze tussen haakjes.

Een tweede verwachting die men slechts tevergeefs van het hier gepresenteerde zal koesteren, is dat het gaat om een vertoog over het belang van mensenrechten. Veel beschouwingen over mensenrechten gaan over het belang van de erkenning van mensenrechten in deze of gene context, dit of dat regime. Natuurlijk is dat belangrijk, heel belangrijk zelfs. Maar het is niet waar dit boekje over gaat. Het is een meer 'academische' behandeling van het onderwerp. Niet alleen ontbreekt missionaire ijver, maar het stelt ook voortdurend onze spontane voorkeuren voor bepaalde

standpunten ter discussie. Tijdens lezingen over de rechten van de mens is mij regelmatig gebleken dat deze benadering bij velen gevoelens oproept als de volgende. 'Waarom al dat kritiseren van mensenrechten? Mensenrechten zijn toch belangrijk? Laten we onze tijd investeren in het verwerkelijken van mensenrechten in plaats van het plaatsen van kanttekeningen bij de toepassing daarvan'. Ik erken het belang van het ijveren voor mensenrechten, maar het is niet wat in deze verhandeling gebeurt. Wat hier gebeurt, is het volgende.

Ik neem een zeer specifiek concept van mensenrechten als uitgangspunt, zoals dat in de na-oorlogse discussie onder juristen en politici tot ontwikkeling is gekomen, met name in documenten als de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens en latere mensenrechtenverdragen. Ik noem dat het 'moderne concept van mensenrechten'. Eerst articuleer ik de kenmerken van dat 'mensenrechtenbegrip'. Het gaat hierbij om *gecodificeerd hoger recht met een pretentie van universele gelding, waaraan ook de producten van de wetgever door de rechter kunnen worden getoetst*. Pas wanneer ik dát begrip van mensenrechten heb omlijnd (en dat gebeurt in hoofdstuk 1), stel ik een aantal 'filosofische' vragen aan de orde die zich vanzelf aandienen op het moment dat men dit mensenrechtenbegrip als richtsnoer neemt.

Als eerste behandel ik de uitdaging van het cultuurrelativisme. Het relativisme staat namelijk op gespannen voet met de universaliteitspretentie van mensenrechten. Cultuurrelativisten zien het proclameren van universele standaards als een vorm van cultureel imperialisme. Geen cultuur heeft het recht een andere cultuur voor te schrijven wat men in normatieve aangelegenheden moet vinden, meent de cultuurrelativist. Mensenrechten maken inbreuk op die norm. Verdedigers van mensenrechten staan niet 'tolerant' tegenover andere culturen, met andere zeden en gewoonten dan de westerse. De cultuurrelativistische kritiek zal ik afwijzen.

Een tweede probleem met het moderne concept van mensenrechten wordt opgeworpen door diegenen die zich 'multiculturalisten' noemen. Zij kritiseren in zekere zin ook de universaliteitspretentie van mensenrechten, maar richten zich daarbij op de 'binnenlandse vormgeving' daarvan. Multiculturalisten bepleiten variëteit in waarden en normen onder de groepen die binnen één cultuur leven. De hoofdcultuur mag de deelculturen niet overwoekeren. Om dat tegen te gaan wil men soms speciale collectieve rechten toevoegen aan het bestaande mensenrechtenbestand, ter bescherming van de cultuur van minderheden. Ik zal betogen dat dit niet nodig is, omdat het bestaande corpus aan mensenrechten voldoende waarborg biedt voor culturele pluriformiteit.

De eerste twee vormen van kritiek op de universaliteitspretentie van mensenrechten worden behandeld in de hoofdstukken 2 en 3.

Het vierde hoofdstuk sluit in zoverre aan bij het derde dat ook hier de individualistische grondslag van de traditionele mensenrechtenbenadering centraal staat. Het gaat hierbij om de zorg die sommigen ventileren ten aanzien van de eroderende sociale cohesie in de westerse samenlevingen. Mensenrechten ziet men als een belangrijke factor in dat individualiseringsproces. Mensenrechten zijn immers individuele rechten; zij stimuleren een preoccupatie van het individu met het eigen welzijn en zij negeren of miskennen groepsbelangen.

Hebben de eerste vier hoofdstukken betrekking op de problemen rond de universaliteitspretentie van mensenrechten, de hoofdstukken 5 tot en met 7 behandelen de spanning tussen mensenrechten en democratie. Hoofdstuk 5 gaat in op de vraag in welke context mensenrechten toepasselijk zijn. Het antwoord dat op die vraag in dit boek gegeven wordt, is dat mensenrechten dienen ter bescherming van de burger tegenover de overheid. Wanneer men dát uit het oog verliest, leidt het tot desastreuze misvattingen. Zo worden mensenrechten tegenwoordig ook wel onkritisch toegepast in willekeurig elke andere verhouding waarin mensen tegenover elkaar kunnen staan. Eén van de verhoudingen die tegenwoordig veel besproken worden, is de verhouding van de politiek gelegitimeerde bestuurder tegenover de ambtenaar. Gelden mensenrechten hier onverkort? Of worden mensenrechten in een verkeerde context geplaatst door ze hier te erkennen? Hoewel het voorstelbaar is dat mensenrechten (of grondrechten) *in het algemeen* door ambtenaren tegenover de overheid worden ingeroepen, geldt voor in ieder geval één grondrecht dat daarvan geen sprake kan zijn: vrijheid van meningsuiting. De erkenning van vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren tegenover democratisch gelegitimeerde bestuurders (ministers) zou leiden tot een ondermijning van de ministeriële verantwoordelijkheid en daarmee van de parlementaire democratie. We hebben hier dus te maken met een spanning tussen mensenrechten en democratie die het best kan worden geëlimineerd door géén vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren toe te kennen. Immers grondrechten zijn er in beginsel om burgers te beschermen tegenover de overheid, niet om de overheid (ambtenaren) te beschermen tegenover (vertegenwoordigers van) burgers (ministers).

Waarschijnlijk is het hier geformuleerde standpunt impopulair en 'contra-intutief'. Het roept onmiddellijk protesten op die appeleren aan het 'gevoel' dat toch ook ambtenaren mensen zijn en 'dus' recht hebben op mensenrechten. Niet dus wanneer het vrijheid van meningsuiting betreft. De prijs in termen van een verlies aan democratie is te hoog.

Een tweede probleem dat ik aan de orde stel ten aanzien van mensenrechten en democratie, is de spanning tussen mensenrechten en democratie in het algemeen. De tweede spanning tussen mensenrechten en democratie is in zoverre fundementeler dan de in hoofdstuk 5 besprokene, dat deze tweede spanning voortvloeit uit de wijze waarop het modern concept van mensenrechten is omlijnd. Men kan het ook als volgt stellen: de spanning tussen mensenrechten en democratie vloeit logisch voort uit het idee van een rigide constitutie en de erkenning van rechterlijke toetsing als onderdeel van het moderne mensenrechtenconcept. Immers, alleen als men mensenrechten omlijnt als subjectieve rechten, ontleend aan hoger recht, die een toetsingsgrondslag vormen voor de rechter, doet zich de spanning van mensenrechten en democratie als probleem voor.

Een oplossing voor de hier gesignaleerde spanning zou natuurlijk zijn het afschaffen van het rechterlijk toetsingsrecht. Dat is echter niet de weg die hier wordt bewandeld. Het rechterlijk toetsingsrecht heeft de mensenrechtentraditie een enorme praktische relevantie gegeven die B mits goed toegepast B van grote betekenis is. Het zal dus gaan om een bezinning op de *juiste toepassing* van het toetsingsrecht. We kunnen de spanning tussen mensenrechten en democratie verzachten door de hoeveelheid hoger

recht binnen de perken te houden en dat impliceert een ethos van zelfbeperking voor zowel rechter als wetgever. Deze zaken worden behandeld in de hoofdstukken 6 en 7.

Bezien vanuit het perspectief van enthousiastelingen voor mensenrechten zou op het eerste gezicht het hier bepleitte dieet kunnen worden ervaren als 'mager'. Op verschillende punten wordt een kritisch oordeel uitgesproken over ontwikkelingen die door velen worden gezien als min of meer vanzelfsprekende en wenselijke uitbreidingen ten aanzien van de actieradius van mensenrechten. Ik eindig echter in hoofdstuk 8 met een te verwachten uitbreiding van het terrein van de mensenrechten over subjecten die tot nu toe weinig erkenning hebben gekregen. Het gaat om de rechten van *dieren*. De grote verandering van de mensenrechtentraditie zal plaatsvinden op het gebied van de erkenning van de rechten van (sommige) dieren. Zoals Oscar Wilde zei: 'It's hard to prophesize, especially about the future'. Maar de belangrijkste ontwikkelingen zullen op dit terrein liggen, zo is mijn verwachting. Niet op het terrein van het onkritisch toepassen van mensenrechten in een context waarin zij slechts ondermijnend kunnen werken ten aanzien van andere grote constitutionele idealen (democratie) of waardoor een centraal onderdeel van de mensentraditie eigenlijk moet worden prijsgegeven (universaliteit).

Tot slot een woord van dank. Ik ben verschillende van mijn collega's aan de Universiteit Leiden dankbaar voor het doorlezen van het manuscript, zoals Bart Labuschagne en Ada Deelder. Tilly Zoethout heeft mij behoed voor een aantal stilistische onvolkomenheden. Carla Zoethout-Cliteur heeft mij B als altijd B gestimuleerd ideeën verder te ontwikkelen die niet altijd aansluiten bij de heersende leer of de meest courante benadering en ik denk dat de geboorte van Valéry Cliteur niet alleen mijn leven heeft verrijkt, maar ook mijn wetenschappelijke creativiteit vergroot. Ton Hol en Ivo Giessen van Ars Aequi hebben mij benaderd om dit boekje te schrijven. Cees Maris heeft als redacteur van deze reeks samen met Ton Hol het manuscript gelezen. Ik ben hen dank verschuldigd voor de gemaakte opmerkingen.

Maar dank ben ik misschien nog wel het meeste verschuldigd aan mijn ouders. Niet alleen om de voor de hand liggende reden dat zonder hen dit boek er niet was geweest, maar omdat het zonder hun opvoeding op een andere manier geschreven zou zijn. Mijn vader, Ben Cliteur, stimuleerde mij de rechtenstudie te combineren met die van de filosofie, waarin de vragen gesteld worden waarom het *wé*kelijk gaat. Mijn moeder, Ans Cliteur-Nagelschmidt, heeft mij geleerd 'je mond open te doen op een nette manier'. Dat wil zeggen: praat niet na wat prettig klinkt, maar spreek netjes doch beslist uit wat je vindt, ook al leidt dat niet altijd tot bijval.

Dank ben ik ook verschuldigd aan de afdeling Encyclopedie van het recht van de Universiteit van Utrecht waar dit boekje in het onderwijs gebruikt wordt. Daardoor is een tweede druk mogelijk geworden. Ik zal niet verhullen dat ik wel eens met een beetje afgunst de positie van mijn collega's in de 'juridische kerndisciplines' beschouw, die tenslotte alleen maar een onderdeel van het positieve recht behoeven te beschrijven (wat staat in de wet en wat zegt de rechter daarvan?) om zich van een herdruk verzekerd te weten. Dank zij het gebruik van dit boekje in Utrecht kan nu ook een beoefenaar van de meta-juridica dit genoeg smaken. De uitbreiding van de

hoeveelheid materiaal in deze tweede druk is overigens substantieel: de hoofdstukken 3, 4 en 5 zijn nieuw.

Delen daarvan zijn besproken tijdens de stimulerende seminars op het Leidse E.M. Meijers instituut, met name binnen de onderzoeksgroep 'Sociale Cohesie'. Ik heb daar veel inspiratie geput uit de gesprekken met Andreas Kinneging. De hoogleraar-directeur van het Meijers instituut, Carel Stolker, moet ik complimenteren met het waarachtig academisch klimaat dat door het instituut en daarmee door hem is geschapen voor het stellen van de grote vragen.

Amsterdam, 25 oktober 1999

HOOFDSTUK 1

Wat zijn mensenrechten?

1. Drie benaderingen van het concept ›mensenrechten‹

Soms zijn tamelijk elementaire filosofische vragen van groot praktisch belang. Dat geldt bijvoorbeeld voor de problemen rond *erkenning*. Of het nu gaat om de erkenning van een in den vreemde gesloten huwelijk door een Nederlandse rechter, de erkenning van staten door regeringen van andere staten, of de erkenning van mensenrechten door de daartoe bevoegde gremia binnen de VN. B telkens zijn hele elementaire vragen aan de orde als ›wat is een huwelijk‹, ›wat is een staat‹ en ›wat is een mensenrecht‹?

Weet men ten aanzien van die elementaire vragen geen bevredigend antwoord te geven, dan is alles wat daarna betoogd wordt op los zand gebouwd. Ook ten aanzien van de vraag welke rechten we als mensenrechten kunnen erkennen doet zich dat probleem voor. Over de vraag wat eigenlijk een mensenrecht is, of liever, hoe we het begrip ›mensenrechten‹ het beste kunnen afbakenen, bestaat grote verwarring. Men kan drie soorten benaderingen onderkennen.

De eerste zou men de *filosofisch-ethische* kunnen noemen.¹ De reden van die benaming zal nog duidelijk worden gemaakt. Zoals zal blijken uit het overzicht dat hierna volgt, is deze benadering de oudste. Mensenrechten worden dan getypeerd in termen van fundamentele waarden die door het recht moeten worden beschermd of waarop het recht is gebaseerd. Mensenrechten zijn fundamentele rechten die aan de mens louter op basis van het mens-zijn toekomen, hoort men wel in dit verband. Mensenrechten zijn rechten die de menselijke waardigheid tot fundament hebben, zeggen anderen. Mensenrechten verzekeren mensen een menswaardig bestaan. Mensenrechten articuleren het ideaal van de vrijheid. Enzovoorts. Op basis van deze filosofisch-ethische benadering is een concept van mensenrechten tot ontwikkeling gekomen dat sterk waardengericht is.

Voorbeelden van een dergelijke benadering van mensenrechten zijn de volgende. De adviescommissie mensenrechten voor buitenlands beleid omschrijft mensenrechten als ›elementaire rechten gericht op de waarborging van voorwaarden die onontbeerlijk zijn voor de menselijke waardigheid, om bescherming van individuele personen tegen machtsmisbruik door hun eigen overheid en andere overheden‹.² Een ander voorbeeld van deze benadering vinden we bij Marek Piechowiak. Hij schrijft: ›in the most general sense human rights are understood as rights which belong to any individual as a consequence of being human, independently of acts of law‹.³ Een ander auteur, de rechtsfilosoof Maris, wijst op de volgende kenmerken van mensen-

¹ Men zou ook kunnen spreken van de *natuurrechtelijke* of de *traditionele* benadering.

² Adviescommissie mensenrechten buitenlands beleid, *Collectieve rechten*, Advies nr. 19, Ministerie van Buitenlandse Zaken, Den Haag, zonder jaartal, p. 2.

³ Piechowiak, Marek, ›Human Rights: How to understand them?‹, in: Patricia Morales, ed., *Towards global human rights*, International Centre for Human and Public Affairs, Tilburg 1996, p. 25.

rechten: »zulke rechten zijn noodzakelijk voor een leven dat overeenkomt met de waardigheid van de mens, en gelden daarom ongeacht de politieke cultuur waarin men leeft, en onafhankelijk van juridische positivering.⁴ In twee van de drie omschrijvingen (de eerste en de derde) komt het woord »menselijke waardigheid« voor. In twee van de drie omschrijvingen (de tweede en de derde) wordt als kenmerkend aangegeven dat mensenrechten bestaan onafhankelijk van een daad van wetgeving.

Waarom we dit een filosofisch-ethische benadering noemen is duidelijk. Bepaalde ethische waarden constitueren de mensenrechtelijke status van een recht, niet het feit dat zo'n recht gecodificeerd is in een document van hoger rechtskracht.

Een tweede benadering van mensenrechten zou men de *positiefrechtelijke* kunnen noemen. Dan staan niet de waarden die het recht zou moeten dienen centraal, maar spreekt men pas van mensenrechten, wanneer het "recht" in een verdrag of een grondwet een plaats heeft gekregen. Mensenrechten behoren in deze optiek tot het positieve recht, het recht dat binnen een bepaalde samenleving geldt. Het element van de positivering komt bijvoorbeeld duidelijk naar voren in de omschrijving van grondrechten⁵ door Hofman, Sap en Sewandono: »Grondrechten zijn aanspraken, die mensen hebben op de bescherming van hun elementaire belangen, en die zijn gepositieerd in rechtsdocumenten van hogere orde.«⁶ Ook hier vinden we een verwijzing naar het feit dat het bij mensenrechten of grondrechten gaat om elementaire belangen, maar tevens wordt het element van het gecodificeerd karakter van die rechten naar voren gehaald. Mensenrechten zijn vastgelegd in documenten die een hogere rechtskracht hebben.

Het juridisch afdwingbare van mensenrechten wordt ook door Alkema naar voren gebracht. Hij begint overigens met een »filosofische« omschrijving: »met de term mensenrechten worden hier die rechtsnormen aangeduid die strekken tot en fundamenteel zijn voor de ontplooiing van de mens«. Maar hij perkt deze omschrijving vervolgens in met de woorden: »het gaat om regels van behoren, berustend op ethische overtuiging die *in beginsel door middel van het recht gehandhaafd kunnen worden*« (cursivering toegevoegd; PC).⁷

Dat laatste levert een aanzienlijke beperking op. Wat niet in het positieve recht is vastgelegd, valt buiten het mensenrechtenbegrip van Alkema. Dat is overigens niet bezwaarlijk en niet het product van een minachting voor de filosofische benadering, zoals de auteur ook zelf vermeldt, maar een kwestie van arbeidsverdeling. Men zou in die positiefrechtelijke verenging zelfs nog verder kunnen gaan. Alkema schrijft dat mensenrechten door middel van het recht *gehandhaafd* moeten kunnen worden. Dat roept de vraag op: wie moet dat doen? In de meeste gevallen is hier de rechter de aangewezen partij.⁸ Zo zou men dus nog een verdere specificatie van het begrip van

4Maris, C.W., »Een natuurlijke historie van de mensenrechten«, in: P.B. Cliteur, A. Deelder en M.R. Rutgers, red., *Mensenrechten*, Gouda Quint, Arnhem, pp. 27-77, p. 28.

5We maken hier - in overeenstemming met gangbare terminologie - geen onderscheid tussen grondrechten en mensenrechten.

6Hofman, J.A., Sap, J.W., Sewandono, I., *Grondrechten in evenwicht*, Kluwer, Deventer 1995, p. 17.

7Alkema, E.A., »Juridische aspecten van de mensenrechten«, in: E.A. Alkema e.a., *Mensenrechten*, Een publicatie van het Nederlands Gesprekcentrum, 1990, pp. 36-48, p. 36.

8Aldus Meuwissen, D.H.M., »Verantwoording en inleiding«, in: in: E.A. Alkema e.a., *Mensenrechten*, Een

mensenrechten kunnen bepleiten: mensenrechten zijn rechten die in documenten van hoger rechtskracht zijn neergelegd en die *door de rechter kunnen worden gehandhaafd*. Hierna zal nog blijken dat ook in dit boekje het rechterlijk toetsingsrecht als element van het mensenrechtenconcept wordt opgenomen.

Men kan zelfs nòg verder gaan. Men kan verdedigen dat het er niet om gaat wat de rechter zou *kunnen* handhaven, maar wat hij *daadwerkelijk handhaaft*. Rechten die dan wel zijn gecodificeerd, maar die een rechter niet daadwerkelijk toepast, rekenen we dan niet tot de categorie mensenrechten.⁹

Hieruit blijkt wel dat over de vraag wat we tot de mensenrechten moeten rekenen grote verschillen in benadering mogelijk zijn. Een boek over welke rechten uit de menselijke waardigheid zouden kunnen worden afgeleid, heeft een geheel andere inhoud dan een boek waarin wordt beschreven welke rechten door rechters als mensenrechten worden toegepast.¹⁰

In dit boekje wordt noch de filosofisch-ethische benadering, noch de positief-rechtelijke benadering consequent gevolgd, maar een tussenweg bewandeld. Het concept van mensenrechten dat hier centraal staat, heeft trekken van het eerste concept en trekken van het tweede concept. We gaan hier uit van mensenrechten, zoals deze voornamelijk na de Tweede Wereldoorlog in verdragsteksten zijn vastgelegd en die zich kenmerken door een universaliteitspretentie. Met name in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (1948) komt dit goed naar voren. Twee jaar later werd met de Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (1950) het voor de rechter mogelijk om aan mensenrechten te toetsen. Hiermee kwam het »moderne concept van mensenrechten« naar voren.

Dat moderne concept van mensenrechten heeft natuurlijk een lange ontwikkeling achter de rug. Er is in de historische ontwikkeling een evolutie te onderkennen van natuurrecht naar mensenrechten. De *geschiedenis* van mensenrechten vormt daarmee een centrale rol in dit verhaal. Echter weer niet in de zin waarin dat doorgaans in de boeken over mensenrechten het geval is. Doorgaans laat men aan de verdragsteksten een historisch overzicht voorafgaan waarin wordt uiteengezet wat John Locke, Immanuel Kant, Hugo de Groot en andere belangrijke ideologen van het mensenrechten-concept hebben gezegd. Hier wordt het iets anders aangepakt. Hier wordt als uitgangspunt het moderne concept van mensenrechten genomen en vervolgens gaan we op zoek naar de historische wortels van de verschillende elementen daarvan. Daarbij wordt ook de vergelijkende rechtswetenschap, met name het vergelijkend constitutioneel recht betrokken.¹¹ Laten we die evolutie maar eens in hoofdlijnen volgen.

publicatie van het Nederlands Gesprekcentrum, 1990, pp. 7-36, p. 10.

⁹Een dergelijke benadering wordt geïmplementeerd binnen het Amerikaans realisme. Vgl. daarover: Richard Taylor, »Law and Morality«, in: *New York University Law Review*, Volume 43, Number 4, October 1968, pp. 611-650; Frank, Jerome, *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1973 (1949).

¹⁰Vgl. daarover ook: Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1986, p. 21.

¹¹Inspiratiebronnen voor een dergelijke benadering zijn: Haines, Charles Grove, *The Revival of Natural Law Concepts, An Study of the Establishment and the Interpretation of Limits on Legislatures with special reference to the Development of certain phases of American Constitutional Law*, Russell & Russell Inc.,

2. De natuurrechtstraditie als voorloper van de traditie van mensenrechten

De gedachte van hoger recht dat maatgevend zou zijn voor het gewone recht is al oud. Het gaat terug op de natuurrechtstraditie.¹² In de natuurrechtstraditie is een hoogst belangwekkende ontwikkeling te onderkennen. Het natuurrecht werd aanvankelijk als strikt gescheiden gezien van het positieve recht. Pas laat in de historische ontwikkeling is daarin verandering gekomen, namelijk toen men het hogere recht is gaan optekenen en toepasbaar maken voor de concrete politieke verhoudingen. Als ideaal begint het natuurrechtsdenken echter in de Griekse oudheid en komt het in zekere zin tot een voorlopig eindpunt aan het einde van de achttiende eeuw met de Amerikaanse Onafhankelijkheidsverklaring en de Amerikaanse grondwet.

In dit hoofdstuk zullen de vijf belangrijkste ontwikkelingsfasen van het moderne concept van mensenrechten worden behandeld. We zullen zien hoe uit het natuurrecht, de gedachte van een hoger recht dan het recht van alledag, geleidelijk het concept van mensenrechten is ontstaan. Aan het moderne concept van mensenrechten zijn vijf kenmerken te onderkennen en die vijf kenmerken leveren dan tevens de vijf markeringspunten op in de geschiedenis van het denken over mensenrechten.

Met een historische benadering van die vijf kenmerken kan ook duidelijk worden gemaakt dat er een zekere consistentie zit in de ontwikkeling van het idee van mensenrechten. Het moderne concept van mensenrechten zit logisch-consistent in elkaar.

3. Eerste kenmerk van mensenrechten: hoger recht

Het eerste kenmerk van een mensenrecht is dat het gaat om een subjectief recht dat wordt ontleend aan objectief recht, dat een hogere status heeft dan het recht van alledag dat wordt gemaakt door de statelijke wetgever, vroeger een vorst, tegenwoordig doorgaans een democratisch gelegitimeerde wetgever. Mensenrechten zijn »hoger recht«. Eén van de vroegste manifestaties van dat denken over hoger recht vinden we in de Griekse oudheid, meer in het bijzonder bij de tragediedichter Sophocles in diens *Antigone*.

(a) Een vroege manifestatie van het natuurrechtsdenken: Antigone

New York 1965 (1958); Cappelletti, Mauro, *Judicial review in the contemporary world*, The Bobbs-Merrill Company, inc., Indianapolis 1971; Corwin, Edward S., *The 'Higher Law' background of American constitutional law*, Great Seal Books, Cornell University Press, Ithaca, New York 1955.

¹² Richard Taylor, »Law and Morality«, in: *New York University Law Review*, Volume 43, Number 4, October 1968, pp. 611-650; Weinreb, Lloyd L., »Natural Law and Rights«, in: George, Robert P., ed., *Natural Law Theory*, Clarendon Press, Oxford 1992, pp. 278-309; Weinreb, Lloyd L., *Natural Law and Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., London 1987; Flückiger, Felix, *Geschichte des Naturrechtes*, Erster Band, Alterthum und Frühmittelalter, Evangelischer Verlag AG., Zollikon-Zürich 1954.

Antigone is een figuur uit de Griekse mythologie.¹³ Zij was de dochter van de koning en koningin van Thebe, Oedipus en Jocaste. Na allerlei verwickelingen die hier niet terzake doen, vergezelde Antigone haar vader in ballingschap, maar zij keerde na diens dood terug naar haar geboortegrond Thebe. Daar ontspon zich een strijd om de troon tussen haar twee broers Eteocles en Polyneices, die beiden werden gedood. De nieuwe koning Kreon gaf aan Eteocles een eervolle begrafenis, maar hij beschouwde Polyneices als een verrader en verbood dat deze werd begraven.

Antigone stoorde zich niet aan dat verbod. Voor ons is nu van belang de *wijze waarop* zij haar ongehoorzaamheid aan de bevelen van de vorst rechtvaardigt. Zij beroept zich op een hoger recht, een goddelijk recht, een recht dat superieur is aan dat van de vorst.

Het is niet best afgelopen met Antigone. Kreon decreteerde dat zij levend verbrand zou moeten worden, maar daar kreeg hij de kans niet voor want zij verhing zichzelf. Haar geliefde, die weer de zoon van Kreon was, pleegde eveneens zelfmoord (het was ook spreekwoordelijk een Griekse tragedie).

Dit dramatisch gegeven vormde de achtergrond voor het treurspel van Sophocles en ook van een drama van de Franse toneelschrijver Jean Anouilh in deze eeuw. Maar het gaat hier natuurlijk niet om de artistieke betekenis van het Antigone-verhaal. Antigone is voor het *recht* en de *geschiedenis van de mensenrechten* in het bijzonder van belang om twee redenen:

- (i) Zij beroept zich op hoger recht;
- (ii) Dat hogere recht ziet zij als iets dat de macht van de vorst, de statelijke wetgever, beperkt.

Daarmee zijn we het eerste kenmerk van mensenrechten op het spoor gekomen. Mensenrechten zijn *hoger recht*. De traditie van mensenrechten valt hier nog samen met die van het natuurrecht. Het hogere recht werd nog gezien als iets dat 'van nature' gold.

Hoewel, niet geheel. Antigone zegt dat het een 'recht van de goden' is. Daarmee wordt kennelijk bedoeld dat we het recht kunnen onderscheiden in recht dat is gemaakt *door mensen* en recht dat is gemaakt *door goden*. Wanneer het recht van mensen in strijd komt met het recht van goden, prevaleert het laatste boven het eerste. We zullen nog zien dat een beroep op goddelijk recht een constante is in de traditie van het natuurrechtsdenken.

Wanneer men uitgaat van een filosofisch-ethische benadering van mensenrechten, zou men kunnen verdedigen dat in de Griekse oudheid reeds sprake is van een beroep op mensenrechten. Op zich is daar niets op tegen, wanneer men maar wel bedenkt dat nog geen sprake is van mensenrechten in de moderne zin van het woord. Er is nog geen rechter die het toepast, nog geen optekening van dat recht in formele documenten en daarmee geen 'modern concept' van mensenrechten. Men kan het ook ben naar mijn idee beter ben als volgt verwoorden. Antigone beroept zich op een voorloper van mensenrechten, op *natuurrecht*: recht dat van nature geldt, los van

¹³Vgl. over de betekenis van het verhaal voor het recht: Wolf, Erik, *Griechisches Rechtsdenken*, II, Rechtsphilosophie und Rechtsdichtung im Zeitalter der Sophistik, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 1952, p. 248 e.v.

menselijke vormgeving en dat hoger is dan het recht dat door de staat wordt gemaakt en afgedwongen.

Laten we nu een grote sprong in de geschiedenis maken om de andere vier kenmerken van het mensenrechtenconcept op het spoor te komen.

(b) Een latere manifestatie van mensenrechten: de Onafhankelijkheidsverklaring

Eenzelfde beroep op een hoger recht vinden we in de Amerikaanse Onafhankelijkheidsverklaring, de *Declaration of Independence* van 1776, waarbij de Amerikaanse kolonisten zich onafhankelijk verklaren van het Britse moederland.¹⁴ De verklaring begint met de volgende gedragen zin:

When in the Course of human events, it becomes necessary for one people to dissolve the political bands which have connected them with another, and to assume among the Powers of the earth, the separate and equal station to which the Laws of Nature and of Nature's God entitle them, a decent respect to the opinions of mankind requires that they should declare the causes which impel them to the separation.

De Amerikaanse kolonisten waren ontevreden over het bestuur van de Britse vorst, zoals Antigone het oneens was met de decreten van de tiran Kreon. Zij verklaarden zich daarop onafhankelijk en daarmee ongebonden aan de wetten die hen door de tiran werden opgelegd. Laten we luisteren hoe zij die daad rechtvaardigden.

We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.

Er wordt een beroep gedaan op vanzelfsprekende waarheden. Daarvan worden er twee genoemd: (i) de waarheid dat mensen gelijk zijn geboren; (ii) de overtuiging dat mensen van de Schepper bepaalde onvervreembare rechten hebben meegekregen. Uit die twee waarheden worden dan vervolgens ook weer rechten afgeleid. De gedachte dat God de mensen gelijk heeft geschapen brengt het gelijkheidsbeginsel en dus het recht op gelijke behandeling met zich mee. Als drie andere onvervreembare rechten, wordt gewezen op het recht op leven, het recht op vrijheid en het recht om geluk na te streven.

In zekere zin lijkt deze proclamatie van hoger recht op die van Antigone. Net zoals Antigone een beroep deed op een hoger recht dat afkomstig is van de goden, beroepen de kolonisten zich op hoger recht dat zij toeschrijven aan God. Maar de kolonisten gaan verder, aangezien zij de inhoud van dat hogere recht specificeren. De waarden die zij hier als 'onvervreemdbaar' proclameren, zouden later een basis krijgen in verdragsrecht en grondwetten.

¹⁴Vgl. Reck, Andrew, 'The Enlightenment in American Law I: The Declaration of Independence', in: *The Review of Metaphysics*, 1991, 44, pp. 549-573; Bailyn, Bernard, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Enlarged Edition, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England 1992 (eerste druk uit 1976); Wood, Gordon S., *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, W.W. Norton & Company, New York/London 1969; Adler, Mortimer J., *We hold these Truths*, Understanding the Ideas and Ideals of the Constitution, MacMillan/Collier, New York/London 1987.

De gedachte dat het hogere recht in verband gebracht zou moeten worden met een goddelijke Schepper zal pas na de Tweede Wereldoorlog worden verlaten.¹⁵ Het moderne concept van mensenrechten, zoals dat naar voren komt in de meest bekende hedendaagse proclamatie van mensenrechten, de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (1948),¹⁶ wijst op de betekenis van de menselijke waardigheid. De verhevenheid van het recht wordt dus niet meer afgeleid van de verhevenheid van de Schepper. Het hoger recht komt op zichzelf te staan en wordt niet meer in verband gebracht met een theïstische grondslag.

Maar laten we die grondslag van mensenrechten verder laten rusten. Gemeenschappelijk aan de proclamatie van Antigone en aan die van de Amerikanen is dat zij stellen dat we die rechten niet ontleen aan de staat. Het is geen positieve wetgeving die zijn geldigheid ontleent aan het feit dat deze door de wetgever is geproclameerd. Dat ligt natuurlijk voor de hand, want het gaat bij dat hogere recht juist om recht dat de grenzen aangeeft van wat de staat vermag en waarover de staat niet zelfstandig mag beschikken.

Typerend voor de rechtsopvatting zoals deze naar voren komt uit de Onafhankelijkheidsverklaring is ook dat men de legitimatie van de staat terugvoert op de bescherming van die onvervreembare rechten. De staat heeft als voornaamste taak het bewaken van die rechten. Zou de staat in strijd handelen met die rechten, dan verspeelt de staat zijn recht op gehoorzaamheid. Het wordt als volgt verwoord.

That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed, That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness.

Hierin komen twee belangrijke aspiraties van de westerse staatsontwikkeling naar voren. Allereerst de gedachte dat regeringen zijn ingesteld om de genoemde rechten te beschermen. Dat is een uiting van de rechtsstaatsgedachte (een rechtsstaat is een staat die grenzen aan zijn macht erkent, grenzen door het recht aangegeven). Maar even daarna komt nog een tweede belangrijke aspiratie van de westerse staatsontwikkeling naar voren wanneer de kolonisten stellen dat de regeringen hun macht en gezag ontleen aan de goedkeuring van de burgers. Met andere woorden, men proclameert de gedachte van de democratie. Vervolgens wordt het recht van verzet opgeëist. Wanneer een regering of de staat zich aan de voornoemde principes niets gelegen laat liggen, dan heeft het volk het recht: (het hogere recht, een moreel recht, natuurrecht) de staatsvorm te veranderen en een nieuwe regering in te stellen.

¹⁵Vgl. Morsink, Johannes, 'The Philosophy of the Universal Declaration', in: *Human Rights Quarterly*, 6 (1984), pp. 309-334; Steiner, Henry J., Alston, Philip, *International Human Rights in Context*, Law, Politics, Morals, Text and Materials, Clarendon Press, Oxford 1996, pp. 23-166.

¹⁶Vgl. over de totstandkoming: Burgers, Jan Herman, 'De ontstaansgeschiedenis van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens', in: Stephan Parmentier, red., *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, Mys & Breesch, Liga voor mensenrechten 1994, pp. 13-35; Bobbio, Norberto, *The Age of Rights*, Polity Press, Blackwell, Cambridge 1996.

Dat zijn geen geringe maatregelen en de Amerikanen blijken zich daarvan ook terdege bewust. Zij stellen dat men niet te licht tot dit soort verstrekende maatregelen moet overgaan.

Prudence, indeed, will dictate that Governments long established should not be changed for light and transient causes; and accordingly all experience hath shown, that mankind are more disposed to suffer, while evils are sufferable, than to right themselves by abolishing the forms to which they are accustomed.

Het is verstandig om, wanneer een regering al lang bestaat (en dat was met de Engelse zeker het geval), niet voor futiliteiten het gehele staatsbestel omver te werpen. De Amerikanen blijken zich ervan bewust dat men ook een afweging zal moeten maken van de anarchiserende tendensen van verzet en de rechtvaardigheid die moet worden hersteld. Wanneer men die afweging echter gemaakt heeft, is het mogelijk tot de vergaande maatregel over te gaan.

But when a long train of abuses and usurpations, pursuing invariably the same Object evinces a design to reduce them under absolute Despotism, it is their right, it is their duty, to throw off such Government, and to provide new Guards for their future security.

En dan volgt de afzwering van de koning van Engeland. De vertegenwoordigers van de Verenigde Staten (in spe) verklaren zich onafhankelijk. Ter rechtvaardiging beroept men zich op de Hoogste Rechter.

We, Therefore, the Representatives of the United States of America, in General Congress, Assembled, appealing to the Supreme Judge of the world for the rectitude of our intentions, do, in the Name, and by Authority of the good People of these Colonies, solemnly publish and declare, That these United Colonies are, and of Right ought to be Free and Independent States.

Het was een bijzonder krachtige verklaring en zij heeft dan ook een enorme indruk op de wereld gemaakt. Tot op de dag van vandaag zijn de woorden ›we hold these truths to be self-evident‹ en de daarop volgende proclamatie van rechten gevleugde woorden. Niet alleen in de Verenigde Staten maar ook in Europa.

4. Twee vragen over het hogere recht: bestaat het en wat heb je eraan?

En toch, ondanks alle indrukwekkende retoriek kan men zich natuurlijk twee vragen stellen ten aanzien van die proclamatie van hoger recht dat het gewone recht van alledag zou beperken. Allereerst de vraag of er wel zoiets als een natuurrecht bestaat. Want stel nu eens dat het allemaal maar op inbeelding berust, dan kan dat wel verontrustend zijn, maar men zal daar toch rekening mee moeten houden. Het heeft aan sceptici op dit terrein niet ontbroken: van Bentham¹⁷ tot Bergbohm¹⁸ tot

17Waldron, Jeremy, (ed.), *Nonsense upon stilts*, Bentham, Burke and Marx on the rights of man, Methuen, London and New York 1987; Hol, A.M., ›Jeremy Bentham (1748-1832)‹, in: P.B Cliteur, A.A.M. Kinneging, G.A. van der List, red., *Filosofen van het klassieke liberalisme*, Kok Agora, Kampen 1993, pp. 149-167, p. 156.

Kelsen¹⁹ is het bestaan van hoger recht dan het van staatswege gepositieerde recht ontkend. De meest bekende verwerping van het denken in hoger recht stamt van de Britse filosoof Jeremy Bentham. Hij zei dat uit echte wetten echte rechten kunnen worden afgeleid. Van imaginaire wetten kan men alleen maar imaginaire rechten afleiden. Het hogere recht waarop men zich in de traditie van het natuurrecht en de mensenrechten beriep, behoorde tot die laatste categorie. Het was slechts onzin op stellen (>nonsense upon stilts).

Een tweede vraag die men naar aanleiding van het verhaal van Antigone en de Onafhankelijkheidsverklaring kan stellen, is met het voorgaande probleem nauw verwant: wat zou de praktische betekenis kunnen zijn van natuurlijke rechten, zolang zij niet in het positieve recht zouden zijn erkend?

Aanhangers van het natuurrecht stellen dat wanneer een wet van de staat in strijd komt met het natuurrecht, aan die wetgeving van de staat rechtsgelding ontvalt. Een onrechtvaardige wet, is geen wet. In het Latijn: *lex injusta, non est lex*.²⁰ En wanneer er geen wet is, is men daaraan ook niet gebonden.

Het is over dit punt dat een lange discussie wordt gevoerd tussen de verdedigers van het hogere recht en de mensen die de traditie van Bentham en Kelsen voortzetten. In die laatste traditie gaat men ervan uit dat recht alleen *positief* recht kan zijn. Spreken over een hoger recht dan het recht dat door de staat is geproclameerd, is eenvoudigweg onzin. Het is een vorm van retoriek of demagogie. Waar men zich op beroept zijn morele waarden, eventueel morele rechten, maar dat vormt geen recht in juridische zin. Recht in juridische zin is alleen het positieve recht, het van staatswege uitgevaardigde recht. Deze critici van de traditie van het hogere recht noemt men *rechtspositivisten*. Een prominent rechtspositivist als John Austin heeft in zijn analyse van het natuurrecht gesteld dat het natuurrechtelijk taalgebruik zinloos is. Wat heeft zo'n semantische conventie dat een onrechtvaardige wet geen recht is voor betekenis, vraagt Austin? Een dergelijke uitspraak kan aan wetten niet hun kracht ontfangen. Hij schrijft:

The most pernicious laws, and therefore those which are most opposed to the will of God, have been and are continually enforced as laws by judicial tribunals. Suppose an act innocuous, or positively beneficial, be prohibited by the sovereign under the penalty of death; if I commit this act, I shall be tried and condemned, and if I object to the sentence, that it is contrary to the law of God (...) the court of justice will demonstrate the inconclusiveness of my reasoning by hanging me up, in pursuance of the law which

18Bergbohm, Karl, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig 1892.

19Kelsen, Hans, *Was ist Gerechtigkeit?*, Zweite Auflage, Franz Deuticke, Wien 1975.

20Vgl. William Blackstone: 'no human laws are of any validity, if contrary to this, and such of them as are valid derive all their force, and all their authority, mediately or immediately, from this original'. Blackstone, William, *The Sovereignty of the Law*, Selections from Blackstone's *Commentaries on the Laws of England*, Edited with an Introduction by Gareth Jones, MacMillan, London and Basingstoke 1973, p. 29. Vgl. over de enigszins ambivalente positie van Blackstone tegenover het natuurrechtelijk denken: Barker, Ernest, 'Blackstone on the British Constitution', in: *Essays on Government*, Clarendon Press, Oxford 1965 (1945), pp. 120-154 en Cairns, John W., 'Blackstone, An English Institutionist: Legal Literature and the Rise of the Nation State', in: *Oxford Journal of Legal Studies*, 4 (1984), pp. 318-360.

I have impugned the validity. An exception, demurrer, or plea, founded on the law of God was never heard in a Court of Justice, from the creation of the world down to the present moment.²¹

Wat Austin hier onder de aandacht brengt is een punt dat herhaaldelijk in kritische zin tegenover de natuurrechtstraditie is ingebracht. Wat heeft het voor zin om een beroep te doen op hoger recht dan de wetgeving van alledag? Wanneer ik een wet overtreed en ik rechtvaardig dat met de stelling dat deze wet in strijd is met het natuurrecht dan zal de rechter mij toch veroordelen. De inconclusiveness of my reasoning wordt bewezen door hanging me up. In feite is dat wat gebeurde met Antigone. Weliswaar deed zij het zelf (zij pleegde zelfmoord), maar wanneer zij dat zelf niet had gedaan, dan had Kreon het zeker gedaan. Antigone was de verliezer in het verhaal.

En de Amerikanen? Ook zij beriepen zich op het natuurrecht, maar zij waren de winnaars. Dat hun zaak heeft gezegevierd, zou een scepticus over het natuurrecht kunnen opmerken, heeft echter niet te maken met de intrinsieke overtuigingskracht van het natuurrecht, maar met de omstandigheid dat de Amerikanen in een gewapend conflict stand wisten te houden. Een beroep op het natuurrecht *op zich* is retoriek. Het is op geen enkele manier beslissend. Bentham, Austin en na hen talloze anderen trekken hieruit de conclusie dat het natuurrecht nonsens is; je hebt er niets aan; het is een reus op lemen voeten, een tandeloze tijger.

5. De pogingen om de traditie van het hogere recht te effectueren

Tot op zekere hoogte is die kritiek op het natuurrecht begrijpelijk en terecht. Men moet echter de mogelijkheid openlaten dat het natuurrechtelijk denken kan worden gemodificeerd, zodanig dat het een praktische betekenis kan krijgen. Dat is in feite de leidende idee geweest die in de Amerikaanse traditie verder is uitgewerkt. Men ging geleidelijk inzien dat men aan het hogere recht een paar eisen zou moeten stellen die de positie daarvan zouden verstevigen. Aan de machteloosheid van het hogere recht, zoals geconstateerd door Austin en andere critici, verbond men de volgende consequenties. Men zei van het hogere recht:

- (i) Maak het zichtbaar;
- (ii) Maak het stabiel;
- (iii) Maak het effectief.

Het eerste, de noodzaak om het hogere recht zichtbaar te maken, wees in de richting van het optekenen (*codificeren*) daarvan. Het tweede, het verstevigen van de positie van het hogere recht, wees op de noodzaak het door een verzwaarde wijzigingsprocedure te onderscheiden van het recht van alledag (dat heet 'verschansen'). Het derde, het effectief maken van het hogere recht, wees op het institutionaliseren en reguleren van het verzet tegen de staat dat men op basis van het hogere recht zou kunnen legitimeren.

²¹Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, aangehaald bij: H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1983, pp. 49-87.

In een periode van enkele jaren (van 1776 tot 1803) werden deze drie conclusies getrokken en verwerkelijkt. Het hogere recht werd opgetekend, verschanst en effectief gemaakt door het toepasbaar te maken voor de rechter (dat laatste in 1803). En zo is iets dat volgens sommigen begon als retoriek, als ›nonsense upon stilts‹, zoals het zo aardig door Austin's leermeester Bentham werd genoemd, een van de meest machtige wapens tegenover absolutisme en tirannie geworden.²²

Natuurlijke rechten zijn steeds meer opgetekend. Van ›natuurlijke‹ rechten werden het ›culturele‹ rechten; uit de natuurrechtstraditie groeiden de rechten van de mens. Zo komt men bij het ideaal van het *constitutionalisme*: het optekenen van hoger recht in grondwetten en verdragen als uiting van het streven om het hogere recht zichtbaar te maken.

Wanneer men de traditie van denken in hoger recht zou willen indelen in fasen, zou het streven tot optekening een belangrijk markerpunt zijn. Terwijl men aanvankelijk het natuurrecht nog in onbepaalde vorm proclameerde als iets waartoe men middels geweten en ratio kon doordringen, kreeg dat een vaste vorm op het moment dat uiting werd gegeven aan het streven tot optekening. Constitutionalisme vormt daarmee een integraal onderdeel van de mensenrechten-traditie. We kunnen daarom de optekening als een tweede kenmerk van mensenrechten in de moderne betekenis zien.

Laten we eerst het constitutionalisme behandelen, het streven om het hogere recht in documenten vast te leggen. Verschansing en effectuering van het hogere recht door rechterlijke interventie komen daarna.

6. Tweede kenmerk van mensenrechten: gecodificeerd hoger recht

Het streven om het hogere recht zichtbaar te maken heeft geleid tot codificatie. Alvorens op de codificatie van hoger recht in te gaan moet echter eerst een opmerking worden gemaakt over de betekenis van het woord in het algemeen.

›Codificatie‹ is het optekenen van recht. Zo heeft men in de vorige eeuw de codificatie van het strafrecht, het privaatrecht en het staatsrecht in het algemeen kunnen onderkennen. Codificatie verschaft rechtszekerheid.

Codificatie van hoger recht is nodig om dezelfde reden: het geeft aan het hogere recht een vaste vorm. Wanneer het hogere recht wordt gecodificeerd, is het voor iedereen duidelijk welke aard het heeft. Dat laat zich gemakkelijk illustreren wanneer we terugdenken aan de reeds opgevoerde voorbeelden. Neem opnieuw het geval van Antigone. Zij ziet het als een ›hoger recht‹: dat zij haar broer mocht begraven. Maar wat zouden we uit die situatie als algemene norm kunnen afleiden? Men kan zich verschillende algemene regels voorstellen:

- (a) Dat men altijd een broer mag begraven;
- (b) Dat men altijd een familielid mag begraven;
- (c) Dat men een broer of een familielid mag begraven wanneer deze broer of dit familielid is gevallen in een strijd voor een goede zaak;

²²Vgl. Baehr, P.R., *De Rechten van de Mens: Een Universeel Aandachtsgebied*, Boom Meppel, Amsterdam 1991, p. 2 en Baehr, P.R., *Mensenrechten en Buitenlands Beleid: Verenigbare Grootheden?*, E.J. Brill, Leiden 1986, p. 9.

(d) Dat het nooit mag worden verboden dat iemand begraven wordt;

Er is weinig fantasie voor nodig om de talloze varianten te bedenken die hier mogelijk zijn. Het ligt dan ook voor de hand dat men het hogere recht probeert precies B of met een zo groot mogelijke mate van precisie B te omlijnen en het vervolgens ergens vast te leggen, zodat iedereen daarvan kennis kan nemen.

In het geval van de Amerikaanse Onafhankelijkheidsverklaring was dat al gebeurd. Daar werd duidelijk aangegeven dat als hoger recht werd erkend het gelijkheidsbeginsel, het recht op leven, het recht op vrijheid en het recht op het nastreven van geluk.

Toch zou men ook bij de Onafhankelijkheidsverklaring de vraag kunnen stellen of het hier gaat om een limitatieve opsomming van wat de Amerikanen als hoger recht erkennen of dat de opsomming slechts enuntiatief is. De Onafhankelijkheidsverklaring is, met andere woorden, te onbepaald.

In 1787 heeft een tweede belangrijke codificatie plaatsgevonden van Amerikaans hoger recht, toen de constitutie werd gemaakt die in 1789 door alle deelstaten is goedgekeurd. In 1791 werd aan die constitutie een lijst van mensenrechten of grondrechten toegevoegd. Pas die laatste lijst van mensenrechten was werkelijk compleet.²³

Nog één opmerking over de noodzaak tot codificatie. Het werd tot nu toe sterk gepresenteerd als een antwoord op de vraag van burgers welke rechten tot de categorie mensenrechten zouden moeten worden erkend. Men kan het echter ook vanuit het perspectief van de vorst of de wetgever bezien. Kreon zou aan Antigone kunnen tegenwerpen dat het allemaal heel mooi is wat zij als hoger recht proclameert, maar dat *hij* een andere opvatting heeft *dan zij* over wat het recht van de goden van ons vraagt. Misschien dat hij, Kreon, het helemaal niet in strijd acht met het recht van de goden om te verbieden dat landverraders onbegraven worden gelaten. We komen dan op een interpretatiekwestie uit, waarin de mening van Antigone tegenover die van de vorst staat. In een dergelijk geval zou het uitkomst bieden wanneer men kon verwijzen naar een codificatie van hoger recht die voor beide partijen aanvaardbaar zou kunnen zijn.

Hetzelfde geldt voor de Onafhankelijkheidsverklaring waarmee de kolonisten zich onafhankelijk verklaarden van het regiem van George III van Engeland. De Britse koning zou kunnen vragen: ›Waar staat geschreven dat ik leven, vrijheid en het nastreven van geluk als rechten moet respecteren?‹. Dat zijn verzinsels van de kolonisten, zou hij kunnen volhouden. Daarover staat niets in de Britse wetten noch in enig ander document. Bovendien, zo zou George III kunnen tegenwerpen, is die verklaring niet bindend, want in die verklaring wordt hij verantwoordelijk gehouden voor iets dat voorafgaand aan die verklaring niet laakbaar was.

²³Vgl. Kammen, Michael, *A Machine that would go of itself*, The Constitution in American Culture, Vintage Books, New York 1987; Reck, Andrew, ›The Enlightenment in American Law II: The Constitution‹ in: *The Review of Metaphysics*, 1991, 44, pp. 729-754; Reck, Andrew, ›The Enlightenment in American Law III: The Bill of Rights‹, in: *The Review of Metaphysics*, 45, 1991, pp. 57-89.

Dit alles wijst in de richting van de noodzaak tot codificatie van hoger recht. Constitutionalisme is dan ook een streven dat de mensenrechtentraditie vanaf 1215, toen een van de eerste mensenrechtendocumenten werd geproclameerd (Magna Charta), heeft begeleid. De belangrijkste proclamaties van geschreven lijsten van mensenrechten treffen we aan in de verlichtingsperiode. Bekende verklaringen zijn de Virginia Declaration of Rights (1776), de Franse Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789) en de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (1948).

Ook de meeste grondwetten kennen verklaringen van mensenrechten. In de Nederlandse grondwet vinden we bijvoorbeeld aan het begin een lijst van mensenrechten, bestaande uit de klassieke rechten die een staatsvrije sfeer garanderen en enkele sociale grondrechten.

7. Derde kenmerk van mensenrechten: rigide recht

Een vraag die zich na het voorgaande opdringt, is de volgende. Men zou zich kunnen afvragen wat nog het verschil is tussen het gewone recht en het hogere recht, nadat het gecodificeerd is. Antigone en de kolonisten beriepen zich op een hoger recht tegenover het recht van de staat. Op een bepaald moment is men tot het inzicht gekomen dat dit hogere recht zou moeten worden opgetekend, opdat het voor iedereen duidelijk zou zijn wat de aard was van de hogere recht. Maar is het daarmee ook niet van zijn luister ontdaan? Het is immers gewoon positief recht geworden.

In zekere zin is dat juist. Het is juist dat door optekening het hogere recht een onderdeel is gaan vormen van het positieve recht. Maar het is ook onjuist, omdat het opgetekende hogere recht een speciale status heeft behouden die het onderscheidt van het gewone recht van alledag. Het hogere recht zoals opgetekend in een constitutie verschilt niet alleen *inhoudelijk* van het gewone recht van alledag, maar ook *formeel*. Het recht van de constitutie heeft men moeilijker veranderbaar gemaakt en daarmee proberen te beschermen tegen de waan van de dag. Dit hogere recht (grondrechten en mensenrechten) is van zo'n grote betekenis dat het in speciale documenten op een plechtstatige manier wordt opgetekend en beschermd. Zo wordt de verheven status van grondrechten tot uitdrukking gebracht in de eerste artikelen van de grondwet (die door Thorbecke de wet der wetten werd genoemd). Dat hogere recht wordt echter niet alleen opgetekend, maar er wordt vaak ook gesteld dat het *niet* kan worden gewijzigd of niet kan worden gewijzigd *via de normale wetgevingsprocedure*. Met de normale wetgevingsprocedure wordt dan de procedure bedoeld, waarbij voor een verandering niet meer vereist is dan een gewone meerderheid, dat wil zeggen de helft + één. Dat is de normale wijze waarop we veranderingen aanbrengen in de sociale werkelijkheid: we stemmen. En wanneer 51 personen vóór stemmen en 49 tegen, dan zetten we de verandering door. Nu zou men zich kunnen afvragen of dat hogere recht niet zó belangrijk is dat daarvoor moet gelden dat het niet of slechts met een grotere meerderheid dan de helft + één veranderd zou moeten kunnen worden. Men kan eigenlijk drieërlei houding aannemen tegenover dat hogere recht.²⁴

²⁴Vgl. Bryce, James, 'Flexible and rigid constitutions', in: *Studies in history and jurisprudence*, Volume I, Scientia Verlag Aalen, Aalen 1980 (Oxford 1901), pp. 145-252.

(i) *Flexibel hoger recht*. De eerste houding die men tegenover het hogere recht kan innemen, is dat men het volkomen flexibel houdt om mee te veranderen met de opvattingen in de maatschappij. De hogere status zou het recht dan alleen ontleen aan de aard van de materie die wordt geregeld. In de meeste landen heeft men deze optie verworpen. Ook in Nederland. Het Nederlandse hogere recht is vastgelegd in de grondwet en deze grondwet is alleen te wijzigen met een gekwalificeerde meerderheid. Men spreekt wel van een »rigide» constitutie. Rigide constituties, die alleen met een gekwalificeerde meerderheid zijn te wijzigen, staan tegenover »flexibele» constituties, grondwetten waarvoor dat niet geldt.

Daartegen is overigens wel geprotesteerd. Een belangrijk tegenstander van rigide grondwettelijk recht was de Nederlandse rechtsgeleerde Hugo Krabbe.²⁵ Wat hij wil, zo schrijft hij, is aan de grondwet »hare volle heerschappij te hergeven».²⁶ Van de grondwet mag men namelijk verwachten dat zij levend recht bevat, recht dat heerst. De belangen waarover de grondwet haar beschermende hand uitstrekt behoren tot de meest waardevolle: de troonopvolging, de drukpersvrijheid, onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, de ministeriële verantwoordelijkheid B allemaal zaken van het grootste belang, schrijft Krabbe. Toch staat de grondwet niet hoog in aanzien. Waarom heeft de grondwet zo'n zwakke gelding? Krabbe voert dan onder andere aan dat voor de herziening van de grondwet een versterkte meerderheid is voorgeschreven, namelijk twee derde van de stemmen in tweede lezing. De versterkte meerderheid verhindert daarmee de normale doorwerking van een zich openbarende veranderde rechtsovertuiging, aldus zijn harde oordeel. De fout die men maakt, is dat men het gezag van een bestaande wet afmeet aan het gezag dat zij had op het moment van haar vaststelling. Een wet die in 1848 werd aangenomen kan bijvoorbeeld toen hecht verankerd zijn geweest in het rechtsbewustzijn van het volk en daarmee een grote rechtswaarde hebben gehad. Maar dat wil niet zeggen dat dit later ook het geval is. Of een wet »veel of weinig rechtswaarde heeft», aldus Krabbe, kan uitsluitend worden beslist naar de rechtsovertuigingen die heersen op het moment dat men de vraag stelt. De misvatting van het door Krabbe gewraakte denken ligt dus daarin dat men de rechtsovertuiging van vroegere generaties tot maatstaf neemt voor de tegenwoordige waarde van het recht. Krabbe raadt ons aan beter naar Hobbes te luisteren: »The legislator is he, not by whose authority the law was first made, but by whose authority it continues to be a law».²⁷

Wanneer men dus zou willen verdedigen dat de meerwaarde van het grondwettelijke recht berust op de versterkte meerderheid waarmee het is vastgesteld, is dat een fictie. Immers die meerwaarde steunt op de rechtsovertuiging van vroegere generaties, terwijl dat bij de huidige generatie heel anders kan liggen. »De wetgever van heden is B waarom zulke onnozele waarheden toch telkens herhaald B beter onderricht omtrent hetgeen op dit ogenblik een eisch des rechts is dan de wetgever

²⁵Vgl. Elzinga, D.J., »Leven en werk van Hugo Krabbe (1857-1936)», in: D.J. Elzinga, *De staat van het recht*. Opstellen over staatsrecht en politiek, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1990, pp. 55-74 en Zoethout, C.M., »Hugo Krabbe over recht, staat en staatsrecht», in: *Recht en kritiek*, 1991, pp. 468-481.

²⁶Krabbe, H., »De heerschappij der grondwet», in: *De Gids*, 1906, 4e deel, pp. 371-407, p. 371.

²⁷Krabbe, »De heerschappij der grondwet», p. 376.

van een kwart eeuw te voren, welke niet weet en niet kon weten wat de toestand van dit ogenblik vordert.²⁸

De eis van de versterkte meerderheid voor wijziging van de grondwet ziet Krabbe als een onduldbare aanmatiging van vroegere generaties om aan haar rechtsovertuiging een werking te verzekeren bij toekomstige generaties. Bentham heeft dat goed gevoeld toen hij over de grondwetten van zijn tijd schreef: »It is the old conceit of being wiser than all posterity; wiser than those who will have had more experience; the old desire of ruling over posterity; the old recipe for enabling the dead to chain down the living.²⁹

We zullen dit punt nog nader bespreken wanneer we de kritiek op de mensenrechtentraditie behandelen.

(ii) *Volkomen rigide hoger recht*. Een tweede systeem van bescherming van hoger recht is door het volkomen rigide, in de zin van onveranderlijk te maken. Eigenlijk was dat het geval met het natuurrecht, immers ook het natuurrecht kon men niet wijzigen. Trouwens, niet alleen het natuurrecht is rigide recht, dat geldt ook voor het recht dat door God wordt geproclameerd. Ook van het hogere recht zoals dat door God aan de mensen werd overgedragen zal wel niet zijn gedacht dat het hier geboden en verboden betrof die door menselijke wetgevers konden worden aangepast. Denk aan Mozes en de Tien Geboden. De toon van de Tien Geboden is een categorisch: »Gij zult niet: of een »Gij zult:.

Een mooi voorbeeld van een menselijke poging om volstrekte onveranderlijkheid van het hogere recht te bewerkstelligen, ontleen we aan de klassieke oudheid. Lysurgus van Sparta liet zijn volk een eed afleggen dat het zich aan zijn wetten zou houden tot hij terugkeerde uit Delphi. Daar ging hij bij het orakel te rade over de kwaliteit van zijn wetboek. Het orakel gaf een gunstig oordeel. Dat stuurde Lysurgus vervolgens naar huis en hij stierf de hongerdood om de Spartanen voor eeuwig aan hun eed en dus aan zijn wetten te binden.³⁰

Deze voorbeelden zouden echter de suggestie kunnen doen ontstaan dat volkomen rigide clausules een kwestie van het verleden zijn. Dat is niet het geval. Ook de hedendaagse Duitse grondwet vermeldt een paar bepalingen die nooit mogen worden gewijzigd. Daarbij gaat het om de grondslagen van het Duitse staatsbestel; zij zijn sacrosanct.³¹

²⁸Krabbe, H., *Ongezonde lectuur*, J.B. Wolters, Groningen 1913, p. 32.

²⁹Aangehaald bij: Krabbe, »De heerschappij der grondwet», p. 381. Vgl. voor een kritiek op de opvattingen van Krabbe: Struycken, *Recht en gezag*, S. Gouda Quint, Arnhem 1916, p. 50 e.v. en *De Grondwet. Haar karakter, haar waarde*, Gouda Quint, Arnhem 1914. Tevens is interessant Allen, C.K., *Law in the making*, Clarendon Press, Oxford 1951, p. 27. Meer over Bentham's afkeer van het vereren van de »beenderen van de doden: bij: Hart, H.L.A., *Essays on Bentham*, Jurisprudence and political theory, Clarendon Press, Oxford 1982, pp. 7, 9, 21 e.v. en in: Bentham, Jeremy, *A fragment on government and an introduction to the principles of morals and legislation*, edited with an introduction by Wilfrid Harrison, Basil Blackwell, Oxford 1967 (1948), p. 10 e.v.

³⁰Aangehaald bij: Alvarez, A., *De wrede god*, Een studie over zelfmoord, De Arbeiderspers, Amsterdam 1974 (oorspronkelijke titel: *The savage god*, Weidenfeld and Nicolson, London 1971), p. 73.

³¹Art. 1 verklaart de menselijke waardigheid onaantastbaar. Vgl. Giese, Bernhard, *Das Würde-Konzept*, Duncker & Humblot, Berlin 1975; Maunz, Theodor, & Zippelius, R., *Deutsches Staatsrecht*, 27e druk,

(iii) *Gematigd rigide hoger recht*. Men kent echter ook een iets minder vergaande bescherming van het hogere recht. In deze variant wordt het hogere recht niet geheel onveranderlijk geproclameerd, maar alleen veranderbaar via een speciale procedure. Hier zijn verschillende mogelijkheden denkbaar.

(a) Zo kan men zich bijvoorbeeld voorstellen dat men in de grondwet een bepaling opneemt dat grondrechten alleen maar zijn te wijzigen met een *gekwalificeerde meerderheid* van tweederde van de stemmen in het parlement.

(b) Ook kan men zich voorstellen dat grondrechten alleen maar mogen worden gewijzigd door een *referendum*, een volksraadpleging.

(c) Verder kan men zich voorstellen dat voor een dergelijke wijziging de goedkeuring vereist is van een *speciaal orgaan* dat heeft te waken over de constitutie. En dit zijn dan nog maar enkele mogelijkheden.

Regels en beginselen die op een dergelijke manier in een constitutie worden beschermd noemen we ook wel ›verschans‹ (in het Engels spreken we van ›entrenchment‹). Een bekende verschansing is die, zoals geregeld in art. 5 van de Constitutie van de Verenigde Staten. Daarin is bepaald dat amendementen (in de VS kan men de constitutie alleen wijzigen door daaraan amendementen toe te voegen) alleen kunnen worden aangenomen door een tweederde meerderheid in beide kamers van het Congres. Verder moet zo'n amendement dan nog met een drievierde meerderheid van de verschillende deelstaten worden aangenomen. In Duitsland vereist men voor wijziging van het fundamentele recht van de constitutie een meerderheid van tweederde binnen elke kamer van de volksvertegenwoordiging (bepaalde beginselen van de constitutie mogen echter nooit worden gewijzigd, zoals we reeds hebben gesteld).

Ook in Nederland heeft men aan het gegeven dat de grondwet fundamentele waarden bevat de consequentie verbonden dat deze alleen maar met een verzwaarde wijzigingprocedure kan worden veranderd.³²

Wat is de ratio van het systeem? James Bryce heeft het eens als volgt op kernachtige wijze onder woorden gebracht: ›It is a recognition of the truth that majorities are not always right, and need to be protected against themselves by being obliged to recur, at moments of haste or excitement, to maxims they had adopted at times of cool reflection‹.³³

C.H Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1988, p. 173. De grondwet van Namibië verklaart de hele lijst van grondrechten die daarin is opgenomen als onveranderlijk. Vgl. art. 131 (met dank aan Peter Baehr).

32De procedure is geregeld in art. 137 van de Grondwet. Vgl. over de Nederlandse opvattingen over verschansing: Hamel, J.A. van, ›Behoort een verschil tussen wet en grondwet in stand te worden gehouden?‹, praeadvies NJV, Den Haag 1914; Kleintjes, P., ›Behoort een verschil tussen wet en grondwet in stand te worden gehouden?‹, praeadvies NJV 1914, Den Haag 1914.

33Bryce, James, *Modern Democracies*, II, MacMillan and Co., London 1921, p. 11. Vgl. over het thema van de zelfbinding ook Friedmann, Lawrence M., *American Law*, W.W. Norton & Company, New York and London 1984, p. 33 e.v.; Holmes, Stephen, ›Precommitment and the paradox of democracy‹, in: Elster, J., and Slagstad, R., *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, New York 1988; Cliteur, P.B., ›Traditionalism, Democracy, and Judicial Review‹, in: B. van Roermund, ed., *Constitutional Review, Verfassungsgerichtbarkeit, Constitutionele toetsing*,

Langzaam aan zien we nu hoe het onpraktische natuurrecht is getransformeerd in een *praktisch toepasbaar* hoger recht. Men ging het hogere recht optekenen en verschansen. Een derde middel om de betekenis van het hogere recht in praktische waarde te laten winnen, was door het afdwingbaar te maken voor een speciaal orgaan dat belast is met de interpretatie van recht: de rechter.

8. Vierde kenmerk van mensenrechten: afdwingbaarheid voor de rechter

In de Verenigde Staten wordt het Congres op een tweeledige manier beperkt. Allereerst kan het alleen maar wetten maken over zaken die in de Constitutie expliciet worden genoemd, maar ook geldt dat wanneer het Congres de bevoegdheden zou overschrijden die men krachtens de Constitutie heeft, de producten van het Congres niet als juridisch geldig erkend worden. In feite is dat in overeenstemming met hoe men in verschillende rechtsstelsels de verhouding ziet tussen de centrale overheid en lagere overheden. Wanneer een lagere overheid een besluit neemt dat niet in overeenstemming is met hogere wetgeving dan wordt dit niet als een rechtsregel erkend. Deze regels zijn geen recht, maar ›null and void‹, vermeldt men in de Amerikaanse literatuur.³⁴ Dat betekent ook iets voor de verplichting tot gehoorzaamheid. Aangezien men als burger alleen maar gehoorzaamheid is verschuldigd aan regels en bevelen die zijn uitgevaardigd binnen de kring van bevoegdheid van het orgaan of de persoon die de regels of bevelen heeft uitgevaardigd, is men ook niet gebonden aan wetgeving van een wetgever die zijn bevoegdheden heeft overschreden.

De positie van het Congres in de Verenigde Staten kan men vergelijken met die van een lagere overheid in Engeland of Nederland. De hoogste wetgevende macht is het volk. Dit volk heeft krachtens het hoogste recht, de Amerikaanse Constitutie, bepaalde bevoegdheden gedelegeerd aan het Congres. Echter het Congres kan alleen binnen de aangegeven grenzen opereren. Elke wet die wordt aangenomen en die in overeenstemming is met de Constitutie wordt als juridisch bindend erkend, maar elke wet die als strijdig met de Constitutie kan worden gezien is ongeldig en heeft geen rechtskracht. Het is zelfs geen wet, zou men kunnen zeggen en het Congres dat een dergelijke ›wet‹ uitvaardigde was niet een Congres in de zin van een juridisch competent rechtsvormend orgaan.

9. De uitspraak *Marbury v. Madison* (1803)

De gene die deze consequentie nog het meest helder en invloedrijk heeft verwoord, is de Amerikaanse opperrechter John Marshall (1775-1835).³⁵ Marshall zei in de bekende uitspraak *Marbury v. Madison* (1803), dat de macht van de wetgever is bepaald en afgeperkt.³⁶ Omdat deze beperkingen niet worden vergeten is de consti-

Kluwer/W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer/Zwolle 1993b, pp. 55-77.

34 Bryce, James, *The American Commonwealth*, Vol. 1, The MacMillan Company 1926 (1893), p. 244.

35 Vgl. over hem: Herwijnen, H.F. van, ›John Marshall en de eenwording van de Verenigde Staten‹, in: *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, okt./nov 1992, pp. 760-771.

36 Vgl. voor enkele recente commentaren: Clinton, Robert L., ›Precedent as Mythology: A Reinterpretation

tutie geschreven. En wat voor reden zou men hebben om de macht te beperken wanneer die beperkingen op elk moment kunnen worden overschreden? ›It is a proposition too plain to be contested, that the Constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by any ordinary act.‹³⁷

Op zichzelf betekent dat nog niet dat men ook aan de *rechter* de bevoegdheid zou moeten toedelen om alle wetten op hun overeenstemming of strijd met de grondwet te controleren, maar dat was wel een consequentie die door Marshall werd getrokken. Daarmee was sinds 1803 het toetsingsrecht in de Verenigde Staten geïntroduceerd.

De mannen (het *waren* allemaal mannen) die in 1787 in Philadelphia de constitutie maakten, hadden een levendige voorstelling van het menselijk kwaad en zij waren met Hobbess ervan overtuigd dat de mensen zelfzuchtige wezens zijn. Zij zagen de mens als een atoom van eigenbelang. Zij geloofden niet in de goedheid van de mens, maar waar zij wel in geloofden was in een goed politiek systeem dat hem onder controle zou kunnen houden. Hamilton ging ervan uit dat de massa zelden goed handelt en hij sprak van de noodzaak ›to check the imprudence of democracy.‹

De *founding fathers* waren intellectuele afstammelingen van het Engels republicanisme en daarom tegen willekeurige heerschappij en voor soevereiniteit van het volk.³⁸ De jurist James Wilson, later lid van het Supreme Court in Washington, zei dat de macht uiteindelijk bij het volk zou moeten liggen en de fathers accepteerden dat.

Hun mens- en wereldbeeld was enigszins ambivalent. Enerzijds zagen zij de massa als onbetrouwbaar en gevaarlijk, anderzijds kon men zich niet voorstellen dat er een andere legitimatie voor een regering zou kunnen worden gevonden dan de volksoevereiniteit. Wat kon men in een dergelijke situatie doen? Eén ding was voor hen uitgesloten, namelijk dat men zou proberen om de menselijke natuur te veranderen. De mens is wat hij is en kan niet worden veranderd. Wat de founding fathers daar om deden is wat zij noemden ›checking vice with vice.‹ Madison gaf dat tamelijk pessimistische denkbeeld op een indrukwekkende manier gestalte in het eerste commentaar op de Amerikaanse grondwet, *The Federalist Papers*.³⁹

10. John Marshall en de federalisten

of *Marbury v. Madison*, in: *The American Journal of Jurisprudence*, 1990, pp. 55-86; O'Fallon, James, M., ›Marbury‹, in: *Stanford Law Review*, Vol. 44, 1992, pp. 219-260; Zoethout, C.M., *Constitutionalisme*, Een vergelijkend onderzoek naar het beperken van overheidsmacht door het recht, Gouda Quint, Arnhem 1995, pp. 218-223.

371 Cranch 137 (1803), p. 8, hier aangehaald bij: Melone, Albert P., and Mace, George, *Judicial Review and American Democracy*, Iowa State University Press/Ames 1988, p. 61 en Heffner, Richard D., *A Documentary History of the United States*, Fifth edition, Mentor Books, New York 1991 (1952), p. 83.

38Hofstadter, Richard, *The American Political Tradition*, And the men who made it, with a foreword by Christopher Lasch, Vintage Books, New York 1976 (1948), p. 8.

39Madison, James, Hamilton, Alexander, and, Jay, John, *The Federalist Papers*, edited by Isaac Kramnick, Penguin Books, Harmondsworth 1987, p. 319.

Wie zich eenmaal realiseert hoezeer de rechterlijke toetsing past in de Amerikaanse traditie en hoe dit instituut aansluit bij de ontwikkeling van mensenrechten zal het bevreemden dat toetsing niet reeds vanaf het begin een verankering heeft gevonden in de Amerikaanse constitutie. Wanneer men de Onafhankelijkheidsverklaring leest, is ook onmiddellijk duidelijk hoe groot de betekenis is van het denken in termen van hoger recht voor de Amerikaanse traditie. 'Our judicial, executive, and legislative branches all were grounded in a belief that they were bound by the authority of a clear and universally acceptable natural law, revealed by man's reason and always and everywhere the same', schrijft Robert Jackson.⁴⁰

Lange tijd is de heersende mening geweest dat pas met *Marbury v. Madison* de natuurrechtelijke inslag van het Amerikaanse constitutionele denken naar voren is gekomen, maar recente commentatoren accentueren terecht dat dit standaardarrest van het Amerikaanse Hooggerechtshof veel minder een breuk met de traditie vormde dan men heeft doen voorkomen.⁴¹

Enig inzicht in de historisch-politieke context waarin de uitspraak gedaan werd, is in dit geval van groot belang. Er waren ten tijde van Marshall twee partijen. Vanaf 1789 waren de *federalisten* aan de macht geweest, maar bij de verkiezingen van 1800 behaalden de *republikeinen* onder aanvoering van Jefferson de overwinning. Bij de republikeinen ging het om gewone lieden die zich verzetten tegen de meer aristocratische federalisten. De federalisten probeerden om in de enkele weken waarin zij nog aan de macht waren zoveel mogelijk rechters te benoemen en daarmee hun invloed voor de komende jaren veilig te stellen. Zelfs wanneer de nieuwe president geen federalist zou zijn of de meerderheid in het Congres uit republikeinen zou bestaan, dan nog zou de federale politiek invloed kunnen hebben via de rechterlijke macht. De republikeinen probeerden deze benoemingen van het laatste moment natuurlijk zoveel mogelijk te blokkeren. Het volgende probleem deed zich voor. Het bewind van de federalisten zou op 3 maart 1801 ten einde lopen. De scheidende president John Adams had echter op 2 maart nog enkele tientallen benoemingen verricht en daarvoor op 3 maart een bekrachtiging van de Senaat gekregen. De beschikkingen werden getekend en voor het grootste deel aan de betrokkenen persoonlijk ter hand gesteld, maar in alle haast waren enkele beschikkingen blijven liggen, waaronder die van rechter-in-spe Marbury. Dit vormde voor de republikeinen een mooie gelegenheid om nog enkele benoemingen te blokkeren. Jefferson gaf aan zijn minister van

40 Jackson, Robert H., *The Supreme Court in the American System of Government*, Harvard University Press, Cambridge 1967, p. 3. Vgl. tevens het commentaar van: Berman, Harold J., 'Philosophical aspects of American Law', in: *Talks on American Law*, revised edition, Voice of America, Forum Lectures 1972, p. 321 en Learned Hand, *The Bill of Rights*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1958, p. 2. De laatste is in zekere zin atypisch voor het Amerikaanse systeem, omdat hij tamelijk kritisch staat tegenover het Bill of Rights met daaraan gekoppeld het rechterlijk toetsingsrecht. Vgl. over hem: Dworkin, Ronald, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge Mass 1996, p. 332 e.v.

41 Vgl. hierover: Wolfe, Christopher, *The Rise of Modern Judicial Review, From Constitutionalism to Judge-Made Law*, Basic Books, Inc., Publishers, New York 1986 en Clinton, 'Precedent as Mythology: A Reinterpretation of Marbury v. Madison', in: *The American Journal of Jurisprudence*, 1990, pp. 55-86.

binnenlandse zaken, James Madison, het bevel om de benoemingsbrieven niet uit te reiken.

Marbury liet het daar niet bij zitten en vroeg in de loop van het jaar 1801 aan het Supreme Court om de nieuwe minister Madison te bevelen de benoemingsbrief aan Marbury en anderen die zich in dezelfde situatie bevonden uit te reiken (een ›writ of mandamus‹). Het Hooggerechtshof zou tot het uitvaardigen van een dergelijke ›writ of mandamus‹ gemachtigd zijn op grond van art. 13 van de Judiciary Act.

In februari 1803 deed het Supreme Court uitspraak en liet daarbij voor het eerst een Act of Congress buiten toepassing omdat die toepassing strijdig was met de federale grondwet. De betrokken wet, de Federal Judiciary Act van 1789, werd onverbindend geacht voor zover daarbij aan het Supreme Court een bevoegdheid werd toebedeeld die een uitbreiding zou vormen ten opzichte van de bevoegdheden die het hooggerechtshof had op grond van de constitutie. Een dergelijke niet in de grondwet voorziene uitbreiding achtte Marshall onmogelijk.⁴²

Marshall, zelf een overtuigd federalist, vond een oplossing waardoor Marbury en de zijnen weliswaar de rechtszaak verloren, maar waarbij toch het onthouden van de benoemingsbrieven aan Marbury en de zijnen onrechtmatig werd geoordeeld, zodat Jefferson en zijn partij als rechtsschenders aan de schandpaal werden genageld.

Marshall wierp drie vragen op:

- (1) ›Has the applicant a right to the commission he demands?‹. Deze vraag beantwoordde Marshall bevestigend. Wanneer de benoemingsbrief is getekend en verzegeld, is de benoeming juridisch geëffectueerd. Het achterhouden van de benoemingsbrief is ›an act deemed by the court not warranted by law, but violative of a vested right‹. Deze vraag dient men echter te onderscheiden van een tweede kwestie die Marshall aan de orde stelde:
- (2) ›If he has a right, and that right has been violated, do the laws of this country afford him a remedy?‹. Ook deze vraag werd door Marshall bevestigend beantwoord, dit in tegenstelling tot de derde vraag die hij onderscheidde:
- (3) ›If they do afford him a remedy, is it a mandamus issuing from this court?‹. Die vraag werd door Marshall ontkennend beantwoord.

Art. 13 van de Judiciary Act geeft weliswaar aan het Supreme Court de bevoegdheid om een writ of mandamus uit te vaardigen, maar dat artikel geeft op ongrondwettige wijze uitbreiding aan de in de grondwet limitatief omschreven zogenaamde ›original jurisdiction‹ van het Supreme Court. In de constitutie worden de bevoegdheden van het Supreme Court precies aangegeven. Daarin wordt niet gesproken over het uitvaardigen van een writ of mandamus. Toen het Congres met de Judiciary Act van 1789 een dergelijke bevoegdheid wel aan het Supreme Court toebedeelde, handelde het dus ongrondwettig.

⁴²Een korte en heldere samenvatting van de gebeurtenissen vindt men in: Kelly, Alfred H., Harbinson, Winfred A., and Belz, Herman, *The American Constitution, Its Origins and Development*, Volume 1, Seventh Edition, W.W. Norton & Company, New York/London 1991 (1965), p. 166 e.v. en in het Nederlands bij: Prakke, Lucas, *Toetsing in het publiekrecht*, Van Gorcum & Comp. N.V., Assen 1972, p. 96. Maar zeer interessant is ook het opiniërend verslag van: Rodell, Fred, *Nine Men, A Political History of the Supreme Court from 1790-1955*, Random House, New York 1955.

Dit vormde de achtergrond van een van de meest spraakmakende pleidooien voor het rechterlijk toetsingsrecht. Marshall zei:

The powers of the legislature are defined, and limited; and that those limits may not be mistaken, or forgotten, the constitution is written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? The distinction, between government with limited and unlimited powers, is abolished, if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed, are of equal obligation.

En dan volgen die bekende woorden die hiervoor al werden aangehaald: 'It is a proposition too plain to be contested, that the constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by any ordinary act'.⁴³

Een tussenoplossing is er niet, aldus Marshall. De constitutie is òf hoger recht dat men niet langs de gewone weg kan wijzigen, òf zij staat op gelijke voet met gewone wetgeving, die de wetgever op elk willekeurig moment en wanneer zij maar wil kan wijzigen. In het eerste geval kan men niet anders dan vaststellen dat een daad van wetgeving die in strijd is met de constitutie geen recht is (*not a law*). In het tweede geval zijn geschreven constituties absurde pogingen van het volk om de macht te breidelen die krachtens haar eigen wezen nu eenmaal onbeperkt is.

De logische opbouw van de redenering van Marshall heeft veel indruk gemaakt.⁴⁴ Het argumentatieve talent van Marshall is dan ook zeer bekend (en bij sommigen berucht) geworden.⁴⁵ Voorstanders van het toetsingsrecht hebben daarom wel gezegd dat Marshall een logisch sluitende redenering heeft gepresenteerd waarom toetsing en het idee van hoger recht noodzakelijk met elkaar samenhangen.

11. Het Nederlandse toetsingsverbod

Tot zover hebben we nauwelijks aandacht besteed aan de wijze waarop mensenrechten in het Nederlandse recht doorwerken. Het is verder ook niet passend in een boekje over de filosofie van mensenrechten daarbij lang stil te staan. Toch moeten we enkele zaken aan de orde stellen die voor een goed begrip van de theoretische vragen die worden behandeld essentieel zijn.

Ten aanzien van de erkenning van de doorwerking van mensenrechten in de Nederlandse nationale rechtsorde is er een merkwaardige gespletenheid. Op grond

431 Cranch 137 (1803), p. 8.

44Vgl. hierover White, G. Edward, *The American Judicial Tradition, Profiles of Leading American Judges*, Expanded Edition, Oxford University Press, New York/Oxford 1988 (1976), p. 23.

45Jefferson zei eens tegen Judge Story: 'When conversing with Marshall, I never admit anything, so sure as you admit any position to be good, no matter how remote the conclusion he seeks to establish, you are gone. So great is his sophistry you must never give him an affirmative answer or you will be forced to grant his conclusion. Why, if he were to ask me if it were daylight or not, I'd reply, 'Sir, I don't know, I can't tell''. Vgl. Melone, Albert P., and Mace, George, *Judicial Review and American Democracy*, Iowa State University Press/ Ames 1988, p. 38.

van de artt. 93 en 94 van de grondwet is het mogelijk dat de rechter formele wetgeving aan mensenrechten uit verdragen toetst, maar art. 120 van de grondwet verbiedt om wetten aan grondrechten uit de grondwet te toetsen. Nog merkwaardiger is dat men vele juristen met een beroep op rechtszekerheid, het primaat van de politiek en andere argumenten hoort verdedigen dat art. 120 Gw gehandhaafd moet blijven terwijl men geen bezwaar aantekent tegen de toetsingsmogelijkheden die bestaan op grond van de artt. 93 en 94 Gw.

De laatste tijd is de kwestie van de constitutionele toetsing weer sterk in de belangstelling komen te staan, niet alleen in Nederland, maar ook in de ons omringende landen.⁴⁶ In België is een vorm van toetsing ingevoerd⁴⁷, in Frankrijk is de vraag naar de wenselijkheid van een uitbreiding van het toetsingsrecht ter discussie gesteld en zelfs in Engeland wordt de eeuwenoude traditie van de 'sovereignty of parliament' (producten van de wetgever mogen niet door de rechter aan mensenrechten worden getoetst) betwist, een traditie die een van de belangrijkste obstakels vormt voor de introductie van een rechterlijk toetsingsrecht.⁴⁸

Of Nederland ooit nog eens over zal gaan tot het wijzigen van het toetsingsverbod uit art. 120 van de grondwet is niet duidelijk. Volgens sommige schrijvers bestaat daarvoor steeds minder de noodzaak, aangezien het mogelijk is toetsing aan mensenrechten via de verdragsrechtelijk gewaarborgde mensenrechten te laten verlopen. Dat is natuurlijk juist, al betekent het wel dat de grondwettelijk gewaarborgde grondrechten steeds meer een kwijnend bestaan zullen gaan leiden. Het is de vraag of het na verloop van tijd überhaupt nog wel zin heeft om deze te handhaven. Waarschijnlijk zal het handhaven van het toetsingsverbod een zachte dood van de grondwet tot gevolg hebben (althans dat deel van de grondwet waarin mensenrechten zijn omschreven). Recht dat namelijk niet wordt toegepast raakt in onbruik. Het degenerereert van 'law in action' naar 'law in the books'.

Voor de lijn van dit betoog is het Nederlandse toetsingsverbod echter niet van groot belang. Nederland is een land waar men, zij het betrekkelijk laat, toch heeft gekozen voor het model van hoger recht met daaraan gekoppeld het rechterlijke toetsingsrecht. Dat laatste gebeurde niet via doorwerking van *grondwettelijk* hoger recht, maar via de doorwerking van het *verdragsrechtelijk* hoger recht. Voor de periodisering betekent het wel dat Nederland pas na de Tweede Wereldoorlog, namelijk sinds de jaren vijftig toen de artt. 93 en 94 van de grondwet zijn ingevoerd, daadwerkelijk onder het mensenrechtenregime is komen te verkeren.

12. Het Algemeen Constitutioneel Patroon van de Moderne Tijd (ACP)

46Vgl. Brewer-Carías, Allan R., *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1989.

47Vgl. Alen, A., en Meersschaut, F., 'Het Arbitragehof, (nog steeds) een grondwettelijk Hof in wording. Een commentaar op de bijzondere wet van 6 januari 1989', in: *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, Vol. 44 (1989), Afl. 4 (apr.), pp. 211-232.

48Vgl. hierover: Scarman, Leslie, *English Law - The New Dimension*, Stevens & Sons, London 1974; Dworkin, Ronald, *A Bill of Rights for Britain*, Chatto & Windus, London 1990.

In zekere zin was in 1803 de ontwikkeling van het moderne concept van mensenrechten tot een voltooiing gekomen. Van een onduidelijk beroep op hoger recht had de traditie zich ontwikkeld naar iets dat werkelijk effectief kon worden ingezet. Het kan worden gezien als de verdienste van de natuurrechtstraditie dat men de gedachte van het hogere recht door de eeuwen heen levend heeft gehouden. Zelfs door een sceptisch ingesteld rechtsfilosoof als de realist Jerome Frank wordt dat erkend. Hij heeft eens gezegd:

At its best, Natural Law has symbolized the unquenchable, human desire for norms or standards of justice by which to evaluate existing, legal rules, contrasting the ›is‹ with the ›ought to be‹. We need a symbol for the demand that statutes should be repealed, and judge-made rules abandoned or modified, when they obstruct valued moral aims, for the demand that human institutions be altered when they work injustice.⁴⁹

Maar, zoals gezegd, dat is dan wel de natuurrechtstraditie op zijn best. Het is de natuurrechtstraditie zoals deze zich heeft ontwikkeld tot een traditie van mensenrechten. In 1803 waren de hoofdlijnen ontwikkeld van een: *geïnstitutionaliseerde beperking van politieke macht door hoger recht, waarbij dat hogere recht is opgetekend in een formeel document en wordt afgedwongen, ook tegenover de wetgever, door de rechter*.

In overeenstemming met de historische betekenis van het model zouden we daarvoor een eigen kwalificatie kunnen introduceren. Wat we nu hebben geschetst zou men, vrij naar Romein,⁵⁰ het Algemeen Constitutioneel Patroon van de Moderne Tijd (ACP) kunnen noemen. Het is het model dat binnen de westerse maatschappijen bijna (ik zal straks nog één kenmerk introduceren van het moderne concept van mensenrechten) als het voorlopig einde van de constitutionele ontwikkeling wordt gezien. Het is *algemeen* in de zin van universeel, *constitutioneel* in de zin dat het betrekking heeft op de grondslagen van de inrichting van de samenleving en het is een *ACP van de moderne tijd* in de zin dat het kenmerkend is voor het constitutionele denken zoals dat sinds de Verlichting op de voorgrond is getreden.⁵¹ Lange tijd heeft

⁴⁹Frank, Jerome, *Courts on Trial*, Myth and Reality in American Justice, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1973 (1949), p. 365.

⁵⁰Vgl. Romein, Jan, ›De Europese geschiedenis als afwijking van het Algemeen Menselijk Patroon‹ (1952), in: *Historische lijnen en patronen*, een keuze uit de essays, Em. Querido's Uitgeverij BV, Amsterdam 1976, pp. 417-446 (voor het eerst gepubliceerd in: *In de ban van Prambanan*, 1954) en Romein, ›Het Algemeen Menselijk Patroon: Ontstaan, belang en draagkracht van historische theorieën (1955), in: *Historische lijnen en patronen*, pp. 491-511. Men bedenke dat dit *zeer* vrij naar Romein is. Het Algemeen Menselijk Patroon (AMP) van Romein is het model, waarop Europa een *uitzondering* vormt. Ik hanteer echter een begrip ACP van de moderne tijd als de *hoofdtregel* van de moderne constitutionele ontwikkeling. Het vormt dus eigenlijk het spiegelbeeld van het begrip van Romein. Het AMP in de zin van Romein is iets waarvan de westerse beschaving zich heeft losgemaakt. Het ACP in de hier omliggende zin is iets waartoe de westerse ontwikkeling tendeeft.

⁵¹Vgl. bijvoorbeeld over het ›moderne‹ van toetsing: Cappelletti, Mauro & Adams, John Clarke, ›Judicial review of legislation: european antecedents and adaptations‹, in: *Harvard Law Review*, Vol. 79 (1966), pp. 1207-1224.

het concurrerende Britse model waarin men van gecodificeerde mensenrechten en een daarbij behorend rechterlijk toetsingsrecht niets wilde weten standgehouden, maar met de toenemende eenwording van Europa lijkt dat ook steeds meer te worden prijsgegeven.

Er is nog één kenmerk van het moderne concept van mensenrechten dat we nog niet uitvoerig hebben behandeld en dat is de universaliteitspretentie.

13. Vijfde kenmerk van mensenrechten: universaliteit

Na 1803 moeten we een flinke sprong maken naar de periode van na de Tweede Wereldoorlog. In 1948 werd in het kader van de Verenigde Naties de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens aangenomen. Hier werd op basis van het uitgangspunt van de menselijke waardigheid een lijst van mensenrechten geproclameerd die universele strekking heeft. De Universele Verklaring werd geproclameerd als een ›common standard of achievement for all peoples and all nations‹. Bij de Universele Verklaring wordt deze pretentie nadrukkelijk uitgesproken, maar het is in feite inherent aan de gedachte van mensenrechten in het algemeen: mensenrechten beogen rechten te geven aan de mens in het algemeen. Zij gelden in beginsel voor iedereen die de status van mens heeft en moeten door een ieder worden gerespecteerd.

De ondertekening van deze verklaring door de wereldgemeenschap was historisch een ongekennde gebeurtenis. Ook wanneer veel bijval slechts lippen dienst bewees aan idealen die men heimelijk toch niet van plan was allemaal te respecteren, dan nog was het openlijk aanvaarden van die idealen een historisch novum. Natuurlijk waren ook in het verleden talloze ideologieën, systemen, religies en andere denkstelsels ontwikkeld met een universaliteitspretentie. Het christendom, het marxisme, de islam, de oecumene en vele andere stelsels hadden in feite eveneens de pretentie van universaliteit. N ooit was het echter voorgekomen dat de wereldgemeenschap zich zo eenstemmig achter een bepaald ideaal had gesteld. Het appèl van het marxisme bleef beperkt tot Rusland en China. De islam heeft haar invloedssfeer niet wezenlijk weten uit te breiden buiten de arabische wereld. Het christendom heeft Azië niet weten te veroveren.

Met de mensenrechten-ideologie ligt dat anders. Het is een mondiale aangelegenheid. Laten we de betekenis van deze gebeurtenis nog iets verder toelichten door het introduceren van een typologie van vier soorten rechten. Zoals hierna nog zal blijken is die typologie van groot belang. Deze maakt het mogelijk om te formuleren waarin nu precies de specifieke betekenis schuilt van mensenrechten als moreel referentiekader van deze tijd. Maar het zal ons ook op het spoor zetten van een aantal problemen met het moderne concept van mensenrechten.

14. Vier soorten rechten

Men kan op vier verschillende manieren waarden en normen in verband brengen met rechten. De Amerikanen spreken van ›rights-talk‹. ›Rights-talk‹ komt voor op verschillende ›niveaus‹ en het door elkaar halen van de verschillende betekenissen

waarin het woord ›recht‹ gehanteerd kan worden, zorgt voor grote verwarring.⁵² Daarbij gaat het overigens niet om vier verschillende soorten rechten die iedereen zal erkennen, maar om vier manieren waarop in het alledaagse spraakgebruik een beroep op rechten wordt gedaan.⁵³ Zo kan men onderscheid maken tussen (a) gewone juridische rechten, (b) mensenrechten als constitutionele rechten, (c) gewone morele rechten en (d) mensenrechten als universele of natuurlijke rechten. De eerste twee categorieën rekenen we doorgaans tot het positieve recht; de laatste twee categorieën tot de moraal.

(a) Gewone juridische rechten

Allereerst het minst controversiële: het gewone positiefrechtelijke niveau. Spreken we op dit niveau van een recht dan verwijzen we naar het positiefrechtelijk systeem, waaraan we een recht ontleen. We zouden kunnen spreken van *juridische rechten*. Wie bijvoorbeeld tegen de schilder zegt een recht op een deugdelijke afwerking van het schilderwerk te hebben, baseert zich op een regeling over aanneming van werk, zoals geregeld in het Burgerlijk Wetboek (art. 1637b BW). De schilder en de opdrachtgever hebben een overeenkomst gesloten, waarbij de opdrachtgever zich heeft verbonden tot het betalen van een bepaald bedrag en de schilder tot het verrichten van de overeengekomen diensten. Wanneer de schilder zich niet op behoorlijke wijze van zijn taak heeft gekweten dan kan hij eerst worden aangesproken met een verzoek: ›Zou u niet de plinten nog even willen bijwerken?‹. Wil dat niet helpen dan beroept de opdrachtgever zich op zijn ›recht‹ op een behoorlijke prestatie van de kant van de schilder. In deze zin is ›rights-talk‹ een gesprek over de rechten die de wet aan opdrachtgever en opdrachtnemer toedeelt.

Zoals gezegd, in deze context is ›rights-talk‹ het minst controversieel. Het is overigens weer niet zó weinig controversieel als de niet-jurist doorgaans veronderstelt. Een niet-jurist heeft namelijk de indruk dat de positiefrechtelijke rechten en plichten uitputtend zijn geregeld in het geschreven recht, zodat om daarvan kennis te nemen, men maar het wetboek open zou behoeven te slaan of slechts een advocaat te raadplegen om het antwoord op een juridisch probleem te vernemen. Dat is echter om verschillende redenen een te eenvoudig beeld. Vaak bevat de wet vage termen en soms is iets niet geregeld in het geschreven recht. In dat soort gevallen moet men gaan zoeken wat over een onderwerp bepaald is in: (1) jurisprudentie (rechtersrecht) en (2) gewoonte en soms moet men gaan zoeken naar de (3) uitgangspunten van het rechtssysteem (rechtsbeginselen).⁵⁴ Maar hoe het ook zij, terecht is het vermoeden

⁵²Vgl. in het algemeen: White, A.R., *Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1984 evenals het schema van: Cranston, M., ›Human Rights, Real and Supposed‹, in: *Political Theory and the Rights of Man*, ed. D.D. Raphael, Macmillan, London, 1967, 43-54 en dat van Nickel, James, W., *Making Sense of Human Rights*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1987, p. 13 e.v. en Freedman, Michael, *Rights*, University of Minnesota Press, Minneapolis 1991.

⁵³Allison, Lincoln, ›Rights‹, in: Lincoln Allison, *Right Principles*, Basil Blackwell, Oxford, 1984, pp. 87-99, p. 88.

⁵⁴Vgl. hierover: Simmonds, N.E., ›Law as a Rational Science‹, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 66 (1980), pp. 535-556; Simmonds, N.E., *The Decline of Juridical Reason*, Doctrine and Theory in the Legal Order, Manchester University Press, Manchester, 1984.

van de niet-jurist dat het antwoord op de vraag naar de positiefrechtelijke rechten en verplichtingen van mensen op een minder controversiële manier kan worden gegeven dan bij de tweede manier waarop we in het alledaagse spraakgebruik ›rights-talk‹ kunnen onderscheiden.

(b)Mensenrechten als constitutionele rechten

Van de gewone positiefrechtelijke rechten moeten we dan een speciale categorie onderscheiden: de speciaal beschermde en plechtig als ›fundamenteel‹ geproclameerde rechten. Dat zijn de mensenrechten zoals we die in verdragen en grondwetten aantreffen. Men kan ook spreken van *constitutionele rechten*. De term ›constitutionele rechten‹ is in de betekenis die er hier aan gegeven wordt in de literatuur niet erg bekend, maar het lijkt toch verhelderend deze hier in te voeren. Deze term zou men kunnen reserveren voor rechten die binnen het positiefrechtelijke systeem een speciale status hebben gekregen. Niet alle positiefrechtelijke rechten zijn namelijk van gelijke rang, zoals we al hebben gezien. Zo kennen we rechten die we ontleen aan gewone wetten en rechten die we ontleen aan meer fundamentele wetten.⁵⁵ Een gewone wet is bijvoorbeeld het Burgerlijk Wetboek. Een opdrachtgever heeft ›recht‹ op een deugdelijke prestatie van de schilder op basis van een artikel uit het burgerlijk wetboek. Van zo'n gewone wet moeten we meer fundamentele juridische regelingen onderscheiden, zoals een grondwet en een verdrag. Bij de subjectieve rechten die we aan de grondwet en verdragen ontleen gaat het eveneens om rechten die toekomen aan de burger, maar het zijn rechten van een meer fundamentele aard dan de gewone rechten die hij aan de alledaagse wetgeving ontleent. De subjectieve rechten die we aan mensenrechten als constitutionele rechten ontleen, worden ook op een bijzondere manier beschermd. *Allereerst* is er een speciale procedure voorgeschreven om ze te wijzigen. De grondwet kan alleen maar met een meerderheid van tweederde in de volksvertegenwoordiging worden gewijzigd. Als *tweede* geldt vaak dat men ook tegenover de centrale wetgever door de rechter beschermd wordt bij een eventuele aantasting van grondrechten. Dat betekent dat de grondwettelijke bescherming van fundamentele rechten op het volgende neerkomt. Wanneer de Nederlandse regering in samenwerking met het Nederlandse parlement het grondrecht van de vrijheid van meningsuiting zou willen afschaffen (een onder normale omstandigheden weinig waarschijnlijke gebeurtenis, maar toch van principiële belang als gedachtenexperiment),⁵⁶ dan kan dat alleen wanneer daarvoor een meerderheid van tweederde in de volksvertegenwoordiging kan worden gevonden. En ten aanzien van de tweede bescherming: wanneer de Nederlandse wetgever een wet zou maken die in strijd is met het grondrecht van de vrijheid van meningsuiting, zal de Nederlandse rechter die

⁵⁵Een categorie die men van oudsher in Engeland niet erkende. Vgl. Dicey, A.V., *Introduction to the law of the constitution*, tenth edition, with introduction by E.C.S. Wade, Macmillan Education, London 1987 (1885), p. 39 e.v. Dit staat op het ogenblik echter ter discussie. Vgl. Lester, Anthony, ›Fundamental Rights: The United Kingdom Isolated?‹, in: *Public Law*, 1984, pp. 46-72; Brown-Wilkinson, Lord, ›The Infiltration of a Bill of Rights‹, in: *Public Law*, 1992, pp. 397-410.

⁵⁶In crisisachtige omstandigheden komen dit soort zaken trouwens wel voor. Denk aan de afschaffing van het legaliteitsbeginsel onder de Duitse bezetting. Van vrijheid van meningsuiting was toen ook geen sprake.

wet niet toepassen in het concrete geval waarin een conflict rijst over de toepassing. Deze laatste opmerking moet nog worden genuanceerd in die zin dat het wel moet gaan om de vrijheid van meningsuiting zoals gewaarborgd in een *verdrag*; wij kennen in Nederland (nog) geen rechterlijke toetsingsmogelijkheid aan hetzelfde grondrecht uit de grondwet, zoals hiervoor is uiteengezet.

In feite hebben we wat hier wordt samengevat al de revue zien passeren bij de behandeling van het moderne concept van mensenrechten.

(c) Gewone morele rechten

Een derde manier waarop we over rechten spreken ligt iets gecompliceerder. We spreken van *morele rechten*.⁵⁷ Sommigen auteurs zijn van mening dat we op deze tweede manier alleen maar in metaforische zin over rechten kunnen spreken. Wat daar ook van zij, in ieder geval is duidelijk dat het niet gemakkelijk zal zijn een dergelijke manier van spreken in het alledaagse leven te vermijden. Laten we beginnen met een praktisch voorbeeld: speelschulden. Worden deze niet betaald, dan hebben we geen juridische actie tegenover degene die de schuld moet betalen. Toch zeggen we tegen iemand op wie we een dergelijke vordering hebben: ›Ik heb recht op betaling. Ook in een andere context kunnen we onderkennen dat mensen rechten inroepen. Neem het volgende geval: een portier die twintig jaar bij een bedrijf heeft gewerkt, merkt dat een reorganisatie op handen is. Hij wordt daarin niet gekend, een manier van doen waartegen hij protesteert met het argument dat hij, na vele dienstjaren, ›recht heeft om te weten wat hij te verwachten heeft. Ook in familie en gezin kan men zich op een dergelijke manier op rechten beroepen. Een huwelijkspartner die overspel vermoedt, spreekt de ander aan met het argument dat hij of zij ›recht heeft op de waarheid.

Een groot deel van de ›rights-talk‹ heeft trouwens betrekking op een ›recht op waarheid‹ of een recht op deugdelijke informatie. ›Zou ik in mijn eigen huis niet het recht hebben te weten wat er omgaat?‹. ›Zou ik tegenover mijn eigen zoon geen recht hebben om te weten dat...?‹. Dat zijn de geluiden die we dan meestal horen.

In hoeverre we dit spreken over rechten moeten toejuichen of betreuren is het voorwerp van een lange controverse in de rechtsfilosofie. Vanuit een bepaald perspectief is het praten over rechten op deze manier een vorm van taalvervuiling die alleen maar spraakverwarring met zich meebrengt. De grote tegenstander van ›rights-talk‹ in deze morele zin was Jeremy Bentham, wiens kanonnades tegen de mensenrechtenverklaringen even bekend zijn als die van Burke.⁵⁸ Wat wordt bedoeld, zo zou een criticus van ›rights-talk‹ in de geest van Bentham kunnen opmerken, is dat degene die het woord ›recht‹ in deze tweede zin gebruikt, van mening is dat men een recht *zou moeten hebben*. Men *heeft* dat recht echter pas op het moment dat het wordt toebedeeld door de wet (Bentham: ›from real laws come real rights‹). In de rechtspositivistische traditie, zoals in Engeland geïnitieerd door Bentham en verder

⁵⁷Vgl. de hoofdstukken zeven tot en met tien ›In Defense of Moral Rights‹ in: Feinberg, Joel, *Freedom and Fulfillment*, Philosophical Essays, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1992, pp. 197-260.

⁵⁸Vgl. over het verzet van Bentham en Burke tegen de mensenrechten: Waldron, Jeremy, ed., *Nonsense upon stilts*, Bentham, Burke and Marx on the rights of man, Methuen, London and New York, 1987.

ontwikkeld door zijn leerling John Austin, wordt dan ook erg veel waarde gehecht aan het nauwkeurig onderscheiden tussen recht *zoals het is* en recht zoals het *moet zijn*.⁵⁹ Het zal niet verbazen dat Bentham en Austin om dezelfde redenen ook principiële bezwaren hebben tegen een vierde manier van ›rights-talk‹.

(d) Mensenrechten als morele rechten die aan alle mensen toebehoren

Ten slotte een vierde vorm waarop we over rechten spreken. Dat is door een beroep te doen op *natuurlijke rechten of mensenrechten in morele zin*. Daarbij gaat het om morele rechten die aan alle mensen toebehoren, in alle maatschappijen geldig zijn en die onvervreemdbaar zijn. Het is een variant van de derde manier van spreken: mensenrechten in deze zin zijn een soort morele rechten. Natuurlijke rechten of mensenrechten in morele zin komen met gewone morele rechten overeen omdat men zich niet voornamelijk beroept op positieve wetgeving ter onderbouwing van de aanspraak. Natuurlijke rechten of mensenrechten verschillen echter van gewone morele rechten door de categorische termen waarin over het eerste gesproken wordt. Het gaat om rechten voor *iedereen*, *overal* en *onder alle omstandigheden*. Pas wanneer ›rights-talk‹ die hoedanigheid heeft aangenomen, spreken we van natuurlijke rechten of van mensenrechten. Maurice Cranston formuleert het als volgt: ›Human rights are a form of moral right, and they differ from other moral rights in being the rights of all people at all times and in all situations‹.⁶⁰

15. Het specifieke van de na-oorlogse ontwikkeling ten aanzien van rechten

Voor dit verhaal is nu vooral van betekenis dat na de Tweede Wereldoorlog de categorieën 2 en 4 zijn samengevloeid. De mensenrechten als constitutionele rechten waren reeds tot stand gekomen in 1803, toen Marshall de consequentie trok dat het geen zin heeft hoger recht in een constitutie vast te leggen als het niet door de rechter wordt afdwongen. Daarmee was het concept van de mensenrechten als constitutionele rechten ›af‹. Maar de Amerikaanse grondwet bevatte rechten *voor Amerikanen*. Het was nog niet een verklaring voor de rest van de wereld. Het vijfde kenmerk van het moderne concept van mensenrechten, de universaliteitspretentie, kwam pas prominent naar voren na de Tweede Wereldoorlog. Toen werd het traditionele ideaal van een voor alle burgers van de wereldgemeenschap geldend recht waarvoor men in de natuurrechtstraditie had geijverd, werkelijk als een juridisch afdwingbare mogelijkheid naar voren gebracht.

⁵⁹Hart zet deze traditie voort. Vgl. de klassieke tekst: Hart, H.L.A., ›Positivism and the Separation of Law and Morals‹, in: *Harvard Law Review*, 71 (1958), hier aangehaald in: H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, pp. 49-87.

⁶⁰Cranston, Maurice, ›Human Rights, Real and Supposed‹, in: D.D. Raphael, ed., *Political Theory and The Rights of Man*, MacMillan, London etc., 1967, pp. 43-54, hier p. 49. Vgl. over de universaliteitspretentie van mensenrechten verder: Ven, J.J.M. van der, ›Les droits de l'homme: leur universalité en face de la diversité des civilisations‹, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 71 (1985), pp. 437-451; Donnelly, Jack, ›Cultural Relativism and Universal Human Rights‹, in: *Human Rights Quarterly*, 6 (1984), pp. 400-419 en het themanummer van *Civis Mundi*, Universaliteit van mensenrechten, 32, nr. 2 (1993).

Vele schrijvers halen die universaliteitspretentie naar voren als het belangrijkste kenmerk van de mensenrechten. Morales schrijft dat hoewel het idee van de mensenrechten in vele culturen is gearticuleerd, het pas aan het eind van deze eeuw is dat we een unieke situatie kunnen onderkennen: de mensenrechten-idee wordt door alle culturen over de gehele wereld beschouwd als een ›common language within which the human dignity can be represented and protected‹.⁶¹ Deze situatie dateert van na de Tweede Wereldoorlog toen, zoals het geformuleerd wordt in het Handvest van de Verenigde Naties (1945), men zich voornam het vertrouwen in mensenrechten te herbevestigen, evenals het uitgangspunt van de waarde en waardigheid van de individuele mens. Het is de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens geweest (1948) die vervolgens de basis vormde van de overige mensenrechtenverklaringen, een verklaring die werd geproclameerd als een ›common standard of achievement for all peoples and all nations‹.⁶² Ook in de Weense mensenrechtenverklaring komt die universaliteitspretentie weer nadrukkelijk naar voren: ›All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated‹.⁶³

Daarbij moet overigens nog wel de volgende kanttekening worden gemaakt. De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, de ›moeder-verklaring‹ van vele latere verdragen, was nog een intentieverklaring. Het verschaft nog geen juridisch afdwingbare rechten. In de daarop volgende verklaringen is deze onvolkomenheid echter steeds sterker ondervangen. Onder andere in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele vrijheden, het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten en het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten. Het ligt in de lijn der verwachting dat deze tendens zich zal voortzetten. Het streven lijkt erop gericht de gehele wereldgemeenschap onder één gemeenschappelijk mensenrechtenregime te brengen. Een organisatie als Amnesty International is een mooi voorbeeld van een invloedrijk pleitbezorger van dat streven.

Met het op de voorgrond treden van het vijfde kenmerk is het denken over mensenrechten *theoretisch* af. Het idee van (i) subjectieve rechten ontleend aan hoger recht, (ii) vastgelegd in formele documenten, (iii) moeilijker wijzigbaar gemaakt door verschansing, als (iv) toetsingsgrond voor de rechter en met (v) universele strekking is daarmee tot een voorlopige voltooiing gekomen. Het verhaal is af. Het wordt ook in grote delen van de wereld geaccepteerd als constitutioneel ideaal. Daarom werd het hiervoor een Algemeen Constitutioneel Patroon van de Moderne Tijd genoemd. Het moet alleen wel praktisch verder worden verwerkelijkt en op dat terrein is nog veel werk te doen.

Hier wordt aan de praktijk verder geen aandacht geschonken. Dit boek gaat over de theorie, ›de filosofie‹ van mensenrechten. Dan is het echter wel gepast dat we ingaan op de kritiek die op dit ACP is gepresenteerd.

Het moderne concept van mensenrechten, met de vijf kenmerken zoals hiervoor zijn omlijnd, wordt op verschillende manieren onder kritiek gesteld. Het zijn

61 Morales, Patricia, *Towards global human rights*, International Centre for Human Rights and Public Affairs 1996, p. 13.

62 Morales, *Towards global human rights*, p. 13.

63 Aangehaald bij: Morales, *Towards global human rights*, p. 15.

vormen van kritiek die zich vanzelf opdringen wanneer men de verhouding van de verschillende kenmerken analyseert. Allereerst wordt dit concept van mensenrechten aangevallen door cultuurrelativisten. Zij betwisten de universaliteitspretentie van de mensenrechtentraditie. Als tweede wordt het ACP bekritiseerd door diegenen die stellen dat mensenrechten zich op gespannen voet bevinden met democratie, immers, toetsing van gewoon recht aan mensenrechten verleent aan rechters (een niet-democratisch gelegitimeerd orgaan) grote bevoegdheden.

Beide soorten van kritiek hebben veel indruk gemaakt. In het eerste geval wordt gewezen op de noodzaak van tolerantie ten aanzien van andere culturen dan de westerse. Het mensenrechtenverhaal wordt aan de kaak gesteld als een product van westerse arrogantie. In de tweede kritiek wordt het idee van mensenrechten uitgespeeld tegen een andere fundamentele aspiratie van de westerse staatsontwikkeling, te weten democratie. Laten we beiden vormen van kritiek in een afzonderlijk hoofdstuk verder uitwerken en bezien in hoeverre die kritiek overtuigend is.

HOOFDSTUK 2

Cultuurrelativisme als uitdaging voor de universaliteit

1. Wat is cultuurrelativisme?

Eerst een anekdote. We zijn dit boekje begonnen met Antigone. Hier volgt een andere klassieke verwijzing.

Herodotus verhaalt in zijn *Historiën* over de koning van het oude Perzië, Darius, die gefascineerd was door de culturele verschillen waarmee hij geconfronteerd werd tijdens zijn vele reizen. Zo was hij erachter gekomen dat de Kallathianen (een volk uit India) gewend waren de lichamen van hun overleden familieleden op te eten, terwijl de Grieken het als natuurlijk en gepast beschouwden, de overledenen te cremen. Op een dag besloot Darius de twee groepen met elkaars zeden en gewoonten te confronteren. Hij riep de Grieken en Kallathianen beiden aan zijn hof om uitleg te geven over hun verschillende begrafenisrituelen. Wat Darius verwachtte gebeurde: beide partijen waren, toen men kennis nam van de van de eigen stam afwijkende gebruiken, verbaasd en verontwaardigd.¹

Wat hier, aan het hof van Perzië, plaatsvond, zou zich nog talloze keren herhalen in de cultuurgeschiedenis: een fascinatie met het gegeven dat andere volkeren er andere zeden en gewoonten op na blijken te houden en vervolgens de vraag hoe men zich daartegenover dient te verhouden. Wat binnen de ene groep voor waar wordt gehouden, ziet de andere groep als een grote dwaling. Telkens wanneer een cultuur met vreemde zeden en gewoonten wordt geconfronteerd komt cultuurrelativisme naar voren. Laten we proberen dat begrip nader te bepalen. Dat is niet mogelijk zonder iets te vertellen over de geschiedenis van het cultuurrelativisme. Het werd

¹Vgl. over het verhaal van Darius: Rachels, James, *The Elements of Moral Philosophy*, second edition, McGraw-Hill Inc., New York etc. 1993, p. 15. Een recente bundel met artikelen over cultuurrelativisme is: Outka, Gene, en Reeder, John P., eds., *Prospects for a Common Morality*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1993. Voor een samenvatting van de verschillende cultuurrelativistische opvattingen van moderne antropologen kan men terecht bij: Lemaire, Ton, *Over de waarde van culturen*, Een inleiding in de cultuurfilosofie, Ambo, Baarn 1976. Interessant is verder: Renteln, Alison, Dundes, *International Human Rights*, Universalism versus Relativism, Sage Publications, London New Delhi; Pollis, Adamantia, en Schwab, Peter, *Human Rights*, Cultural and Ideological Perspectives, Praeger Publishers, Praeger Special Studies, New York etc. 1980; Vincent, R.J., 'Human rights and cultural relativism', in: *Human Rights and International Relations*, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1986, pp. 37-61; Steiner, Henry J., Alston, Philip, *International Human Rights in Context*, Law, Politics, Morals, Text and Materials, Clarendon Press, Oxford 1996, pp. 166-256; List, G.A. van der, *Mensenrechten en buitenlands beleid*, Prof. mr. B.M. Teldersstichting, Den Haag 1988; Baehr, P.R., 'Hoe universeel zijn mensenrechten', in: *Civis Mundi*, Universaliteit van mensenrechten, 32 (1993), pp. 47-52; het themanummer van *Civis Mundi* 32 (1993) met bijdragen van Alkema, Baehr, Cliteur, Couwenberg, Scheltens en Zoethout.

onder andere ontwikkeld binnen een stroming in de Griekse filosofie die bekend staat als de ›Sofistiek‹. Van een van de meest vooraanstaande Sofisten, Protagoras van Abdera, stamt de regel dat de mens de maat is van alle dingen. Men kan zich dan afvragen wat we hebben te verstaan onder ›de mens‹. Gaat het hierbij om de *individuele mens*? Dan zou Protagoras een individueel relativisme verdedigen.² Men heeft ook wel gezegd dat het hem niet ging om de individuele mens, maar om de *groep* waartoe elk mens behoort. In dat geval zou hij een vorm van cultuurrelativisme hebben verdedigd. Maar we laten die Sofisten, hoe interessant ook, nu liggen en maken, net zoals we dat gedaan hebben na het voorbeeld van Antigone, een grote sprong in de tijd.

2. De breedtegraden van Pascal

In de zeventiende eeuw schreef Pascal:

Drie breedtegraden naar het Noorden gooien heel de jurisprudentie omver, een meridiaan verandert de geldende rechtswaarheid; na enkele jaren veranderen de meest fundamentele wetten.³

Op grond van dit citaat heeft men Pascal wel een zeker cultuurrelativisme toegeschreven. In dit citaat kan men in ieder geval twee beweringen onderkennen. Allereerst constateert Pascal dat mensen zich in verschillende gebieden door verschillende waarden en normen laten leiden. De jurisprudentie in het ene gebied is geheel anders van aard dan de jurisprudentie in het andere gebied. Wat aan ›rechtswaarheid‹ geldt, lijkt te worden bepaald door een breedtegraad. Maar Pascal doet nog een tweede constatering. Naast de betekenis van *geografie* voor wat als waarheid geldt, wijst hij ook op de betekenis van de *tijd*: waarden en normen veranderen in de loop van de geschiedenis. Na enkele jaren immers veranderen ook de meest fundamentele wetten.

Het is niet moeilijk voorbeelden aan te dragen van de door Pascal geconstateerde feiten. Op verschillende plaatsen op de wereld wordt verschillend gedacht over normen en waarden. Vrouwenbesnijdenis wordt in bepaalde Afrikaanse landen gezien als een reinigingsritueel. Weduweverbranding wordt/werd in India niet als iets bijzonder verwerpelijks beschouwd. Geografie lijkt een belangrijke rol te spelen bij morele opvattingen.

Ook van het tweede verschijnsel, historische relativiteit van waarden en normen, zijn talloze voorbeelden aan te voeren. Zo verdween de doodstraf uit het Nederlandse strafrecht, terwijl deze eeuwenlang een hele courante manier van straffen was. Tevens zijn voorbeelden aan te dragen van delicten op grond waarvan vroeger zeer ernstig werd gestraft, maar die tegenwoordig (hoewel nog steeds strafbaar) nauwelijks enige reactie van het Openbaar Ministerie losmaken (men denke aan godslastering, art. 247 WvSr).

2 Vgl. Schiller, F.C.S., ›The Humanism of Protagoras‹, in: *Mind*, 20 (1911), pp. 181-196 en Guthrie, W.K.C., *The Sophists*, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1971, pp. 55-135.

3 ›Trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence, un méridien décide de la vérité; en peu d'années de possession, les lois fondamentales changent‹. Vgl. *Pensées*, Fragment 294 (editie Brunschvicg).

Ook het omgekeerde komt voor: feiten die vroeger niet strafbaar waren, worden tegenwoordig (zwaar) bestraft. Met wat wij tegenwoordig >discriminatie< noemen had men in vroeger eeuwen weinig moeite. Het was aan de orde van de dag. Men *herkende* dat niet als zodanig; de maatschappij was geheel ingericht volgens het stamien van de rangen en standen.

Nog een voorbeeld. Terwijl in Aziatische landen vroeger verdovende middelen veelvuldig werden gebruikt zonder dat vervolgingen en veroordelingen plaatsvonden, wordt in Singapore en Maleisië tegenwoordig de doodstraf gesteld op het invoeren van drugs.

Wie een dergelijk panorama gadeslaat en daarover reflecteert kan tot de verzuchting van Pascal komen. Het lijkt erop dat breedtegraden en het verstrijken van de tijd een beslissende rol spelen bij de gelding van waarden en normen. Het overwegen van dat soort voorbeelden zou iemand tot de stelling kunnen brengen dat de gelding van waarden en normen (a) geografisch relatief en (b) historisch relatief zijn. Wie nog verder gaat zegt: er bestaan geen waarden en normen van alle tijden en plaatsen. Alles is geografisch en historisch bepaald.

Wanneer men zich echter nog op het louter beschrijvend standpunt stelt, dan is er nog geen sprake van relativisme. Relativisme wordt het pas B althans dat is de semantische conventie die hier bepleit wordt B wanneer een *normatief* standpunt wordt ingenomen. Men verbindt dan aan de constatering van variëteit en relativiteit de *norm* dat men over andere vormen van zedelijke waardering geen negatief oordeel mag vellen. Pas wanneer relativisme uit de sfeer van de gelaten of teleurgestelde constatering komt en als een ethisch richtsnoer wordt gehanteerd, pas dan ontstaat een vorm van relativisme die voor de mensenrechtentraditie een uitdaging moet vormen.

Ten aanzien van dat relativisme kan men dan weer twee vormen onderscheiden. Diegenen die aan de constatering van historische variëteit de consequentie verbinden dat het ook zinloos is of verwerpelijk is om transhistorische normen te proclameren noemen we *historisten*. De historicist constateert dus niet alleen verandering, hij zegt ook dat we niet het recht hebben om andere tijden te veroordelen. Deze houding vindt men soms bij historici. Wanneer een twintigste eeuwse humanist of vrijdenker zich opwindt over de praktijken van de Spaanse inquisitie krijgt hij van een historicus nog wel eens te horen dat martelpraktijken nu eenmaal >in die tijd< pasten. Het heeft niet veel zin daar nu nog zoveel drukte over te maken en een veroordeling daarvan is al helemaal onzinnig, omdat toekomstige generaties ook wel een afwijzend oordeel zullen hebben over *onze* waarden en normen. Elke tijd heeft zijn eigen visie op wat goed en kwaad is. Wanneer men zich eventueel aan een veroordeling van de Spaanse inquisitie zou willen wagen, dan zou men moeten gaan kijken hoe die functioneerde in de tijd waarin deze actief was en hoe men toen dacht en zedelijk waardeerde.

Van het historisch relativisme of historisme kan men het *cultuurrelativisme* onderscheiden. De cultuurrelativist paart aan een constatering van culturele verscheidenheid het verbod om andere culturen met onze maatstaven te beoordelen. >Vérité au deçà des Pyrénées, erreur au delà<, schreef Pascal.

Cultuurrelativisme en historisch relativisme kunnen samenhangen. Zo zou een historisch relativist die uitgaat van een evolutionaire opvatting over de ontwikkeling van culturen kunnen verdedigen dat ons het recht ontbreekt om de zeden en

gewoonten van papoea's te kritiseren, omdat deze in een ›ander tijdperk‹ leven. Het historisch relativisme leidt hier tot cultuurrelativisme.

Het is overigens van belang erop te wijzen dat Pascal alleen maar onder de indruk is van de (feitelijk bestaande) geografische en historische verscheidenheid, maar dat hij géén cultuurrelativist is, noch historicist. Hij zegt nergens dat we niet het recht hebben om vreemde culturen met onze eigen waarden en normen te beoordelen en ook nergens zegt hij dat wij geen afwijzend oordeel zouden kunnen uitspreken over de waarden en normen van mensen uit vroeger eeuwen. Dat zou natuurlijk ook heel vreemd zijn, want Pascal gaat uit van één universele waarheid: die van het christendom. Pascal is een christelijk apologeet die nooit een relativistisch standpunt zou kunnen verdedigen in de zin als dat door ware cultuurrelativisten en historisten wordt gedaan. Wat Pascal ons wil schilderen is de ›misère de l'homme‹, althans de armoede van de mens die zonder Christus leeft. En zijn conclusie van die schildering is niet dat de mens geen veroordeling en beoordeling mag plegen, maar ›qu'il faut chercher Dieu.⁴ Hij staat in een lange traditie van christelijke sceptici die het menselijke, aardse, in donkere kleuren schildert om de noodzaak van goddelijke genade scherp aan te zetten.⁵

Het is niet zozeer bij Pascal als wel bij diens landgenoot Montaigne dat we een cultuurrelativistisch standpunt verwoord vinden.

3. Het cultuurrelativisme van Montaigne

In de essays van Montaigne vinden we verschillende cultuurrelativistische aanzetten. Zo treedt het bijvoorbeeld sterk naar voren in zijn essay ›Over kannibalen‹. Hij reflecteert hier over het begrip ›barbaars‹. Wat bedoelen we eigenlijk wanneer we iets ›barbaars‹ noemen? Is het niet curieus dat iedereen barbaars noemt wat niet tot zijn eigen gewoonten behoort, vraagt Montaigne? Dat brengt hem tot een verstrekkende gevolgtrekking die de essentie van het cultuurrelativisme al heel goed weergeeft: ›Het schijnt (...) dat we geen andere maatstaf voor waarheid en rede bezitten dan het voorbeeld en de opvattingen en gebruiken van het land waar we wonen.⁶ Montaigne fulmineert sterk tegen de gewoonte de anderen ›wilden‹ en ›barbaren‹ te noemen. Laten we toch bescheiden zijn, houdt hij ons voor.

Wat bij Montaigne eveneens begint is een ›rousseauïstische‹ of ›cynische‹⁷ lijn in de Europese cultuurgeschiedenis. De ›wilde‹ wordt niet alleen geaccepteerd, maar als

4Vgl. Chapitre IV van de *Pensées*, ›Conclusion: Qu'il faut chercher Dieu‹. ›Avant que d'entrer dans les preuves de la religion chrétienne, je trouve nécessaire de représenter l'injustice des hommes qui vivent dans l'indifférence de chercher la vérité d'une chose qui leur est si importante, et qui les touche de si près‹ (o.c., p. 171).

5Vgl. Coleman, Francis X.J., *Neither Angel nor Beast*, The Life and Work of Blaise Pascal, Routledge & Kegan Paul, New York and London 1986, p. 1: ›To Pascal the long sceptical tradition beginning with the ancient Greeks provided the best arguments not only for the impossibility of constructing a philosophy, but also for subduing man's natural arrogance and for 'man's misery without God' - a theme that pervades all of Pascal's philosophical and theological works‹.

6Montaigne, *Essais*, I/31.

7In de oorspronkelijke zin van het woord. Ter aanduiding van een kritische houding tegenover de

norm voorgehouden aan de eigen cultuur. Het protest tegen de beschaving, of wat wij daarvoor aanzien, komt bij Montaigne reeds scherp naar voren. Wanneer hij het heeft over de zogenaamde wilden of barbaren, merkt hij op het jammer te vinden dat deze aan de ouden (voor wie hij een grote bewondering koesterde) niet bekend waren. Het is jammer dat Lycurgus en Plato hen niet hebben gekend, schrijft Montaigne. Wat we bij de natuurvölker vinden overtreft de schildering waarmee de poëzie de gouden tijden heeft opgesmukt. Tevens overtreft het leven bij de natuurvölker de ideaaltoestand, zoals beschreven door filosofen.

Montaigne geeft een typering van de natuurtoestand die wat vorm betreft sterk doet denken aan de bekende passage bij Hobbes (die hierna nog wordt aangehaald). Maar dan wel met het karakteristieke verschil dat hij de natuurtoestand niet typeert als een onhoudbare oorlog van allen tegen allen, maar als een paradijselijke toestand. Over het natuurvolk schrijft hij:

Het is een volk B zo zou ik tegen Plato zeggen B waar geen enkel soort handel bestaat; geen kennis van de letteren; geen wetenschap van getallen; geen naam voor magistraat of politiek gezag; geen onderdanigheid, rijkdom of armoede; geen contracten; geen erfenissen; geen verdelingen; geen andere bezigheden dan ledigheid; geen andere verwantschapsband dan een algemene; geen kleding; geen landbouw; geen metaal; geen gebruik van wijn of koren.

En dan vervolgt hij: 'Zelfs de woorden voor leugen, verraad, veinzen, hebzucht, afgunst, laster en vergiffenis zijn daar onbekend'.

Bij Montaigne vinden we een vroege verwoording van het cultuurrelativistisch standpunt dat we later keer op keer zullen tegenkomen bij cultureel antropologen. Net als Darius en Montaigne waren ook de onderzoekers in de 20e eeuw gebiologeerd door de grote verschillen die men tussen culturen meende aan te treffen. Laat ik ter afsluiting van dit historisch overzicht ook nog de moderne antropologen opvoeren.

4. Het cultuurrelativisme van de antropologen

Een belangrijke verbreider van het modern cultuurrelativisme was de cultureel antropoloog Franz Boas. Hij verzette zich tegen de culturele antropologie uit de negentiende eeuw die hij een onaanvaardbaar eurocentrisme verweet. Een andere drijvende kracht in het cultuurrelativisme was Boas' leerling Ruth Benedict wier *Patterns of Culture* (1934) sterk de verschillen en onvergelykbaarheid van culturen aanzet. Benedict wordt vooral geleid door de overtuiging dat we tolerant moeten zijn en een afhankelijkheid aan een absoluut waarheidsbegrip acht zij daarvoor een belemmering. De 'equal patterns of life' zouden erkenning moeten vinden.⁸ Maar

beschaving, zoals aan de dag werd gelegd door Aristippus en Diogenes van Sinope. Vgl. More, Paul Elmer, *Hellenistic Philosophies*, Volume II van *The Greek Tradition*, Princeton University Press, Princeton 1923, p. 1 e.v. en Murray, Gilbert, *Stoic, Christian and Humanist*, C.A. Watts & Co. LTD, George Allen & Unwin, London 1946 (1940), p. 58.

⁸Vgl. Benedict, Ruth, 'Anthropology and the Abnormal', in: *The Journal of General Psychology*, 10 (1934), pp. 59-82, ook in: Gould, James A., ed., *Classic Philosophical Questions*, Seventh Edition, MacMillan

met name M. H erskovits radicaliseerde de cultuurrelativistische aanzetten van Boas en Benedict. Hij trok de consequentie dat er geen universele oordelen over culturen mogelijk zijn. Culturen kunnen en mogen alleen worden beoordeeld vanuit en door zichzelf. Ook H erskovits wordt weer gemotiveerd door de wens een tolerante houding ten aanzien van andere manieren van leven aan te nemen en een afkeer van ethnocentrisme. Ethnocentrisme is, zoals Lemaire betoogt, een van de sleutelbegrippen van de Boas-school en wordt door H erskovits omschreven als ›the point of view that one's own way of life is to be preferred to all others‹. Het wordt ook wel omschreven als ›uncritical preference for one's own mores and culture‹ (Bidney) of ›fehlendes Bewusstsein der Begrenzung der eigenen Urteilsfähigkeit‹ (Rudolph).⁹

5. De botsing tussen de antropologen en het universalisme van de mensenrechtentraditie

Deze kritische houding tegenover de pretenties van de westerse cultuur en preoccupatie met ethnocentrisme had ook gevolgen voor de wijze waarop men aankeek tegen een verklaring als de *Universele Verklaring van de Rechten van de Mens*. We hebben hiervoor al gezien dat universaliteit een van de centrale kenmerken is van de mensenrechtentraditie, althans van de mensenrechtentraditie zoals deze sinds de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens mondiale betekenis heeft gekregen. Toen de American Anthropological Association een advies mocht geven aan de Commission of Human Rights die op verzoek van de Verenigde Naties de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens opstelde, was het resultaat van de antropologen sterk afwijzend. De mensenrechtenverklaring zou een duidelijk voorbeeld zijn van westers ethnocentrisme. ›Only when a statement of the rights of men to live in terms of their own traditions is incorporated into the proposed Declaration‹, aldus de verklaring van de antropologen die grotendeels door H erskovits en Benedict was opgesteld, ›then can the next step of defining the rights and duties of human groups as regards each other be set upon the firm foundation of the present-day scientific knowledge of Man‹.¹⁰

Drie punten zijn opvallend. Allereerst de nogal gezwollen pretentie van de antropologen dat een zeer specifiek ethisch standpunt, namelijk het cultuurrelativisme dat voorschrijft dat men een cultuur alleen maar in het licht van de eigen normen mag beoordelen, wordt gepresenteerd als ›scientific knowledge‹. Een tweede punt dat opvalt, is dat hier eigenlijk al een vroeg pleidooi wordt gehouden voor groepsrechten, een lijn die in de hedendaagse discussie over mensenrechten verder wordt uitgewerkt.¹¹ Tenslotte is interessant hoe actueel het gedachtengoed is dat de

Publishing Company, New York 1992, pp. 95-101.

⁹Vgl. Lemaire, *Over de waarde van culturen*, Een inleiding in de cultuurfilosofie, Ambo, Baarn 1976, p. 93.

¹⁰Statement on Human Rights, in: *American Anthropologist*, 49 (1947), pp. 539-43.

¹¹Vgl. Vasak, K., ›A 30-Year Struggle: The Sustained Effort to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights‹, in: *UNESCO Courier*, november 1977, p. 29; Marks, Stephen P., ›Emerging Human Rights: A New Generation for the 1980s?‹, in: *Rutgers Law Review*, 33 (1981), pp. 435-452; Alston, P., ›A Third Generation of Solidarity Rights: Progressive Development or Obfuscation of International Human Rights Law?‹, in: *Netherlands International Law Review*, 29 (1982), p. 316;

cultureel-antropologen hier aansnijden. Het sluit aan bij allerlei hedendaagse stromingen in de filosofie en politieke theorie, waartegen men weliswaar bezwaren kan hebben, maar waarvan men de populariteit toch moeilijk kan ontkennen. Ook tegenwoordig treft men allerlei geluiden aan die sterk aan cultuurrelativisme doen denken. Binnen de Amerikaanse politieke theorie staat het ›communitarisme‹ sterk in de belangstelling. Men wijst de abstracte universalistische uitgangspunten van de liberale politieke filosofie af en vraagt aandacht voor het lokale en particularistische. Binnen de Franse filosofie treden verder allerlei denkers op de voorgrond die men met de wat vage term ›postmodernisme‹ aanduidt. Waar deze postmodernen vóór zijn is moeilijk te zeggen, maar waar zij tegen zijn lijkt duidelijk. Zij kritiseren ›algemeenheidsmythes‹ en ›universalisme‹.¹²

6. Het cultuurrelativisme nader bepaald

Tot zover een eerste presentatie van het cultuurrelativistisch standpunt, geïllustreerd aan de hand van uitspraken van bekende en minder bekende vertegenwoordigers. Het cultuurrelativisme begint met een constatering: verschillende volkeren, verschillende zeden. Maar, zoals we hiervoor al hebben gezien, alleen het constateren van verschillen levert echter nog geen cultuurrelativisme op. Cultuurrelativisme is een standpunt over moraal dat wordt gevoed door empirische gegevens zoals hierboven vermeld, maar van een ontwikkeld cultuurrelativisme kunnen we pas spreken wanneer daaruit bepaalde consequenties worden getrokken. Aan de genoemde informatie verbindt de cultuurrelativist de consequentie dat ›kennelijk‹ geen universele ethische waarheden bestaan. Moraal is in die zin ›relatief‹: dat het is gebonden aan tijd en plaats, aan volk en cultuur. Voor de ethiek geldt een eindeloos pluralisme; geen enkele morele code heeft een geprivilegieerde status. Ook onze eigen morele code is er slechts één temidden van vele andere. Kennelijk geldt dat elk volk, elke cultuur, de maat van alle dingen is.

Cultuurrelativisme is een complex verschijnsel. Het is niet zozeer één uitspraak over de moraal als wel een complex van uitspraken. Problematisch is ook dat men bijna altijd betrekkelijk argeloos overstapt van het ene onderdeel van dat complex naar het andere onderdeel. Montaigne is daar een goed voorbeeld van. In het hiernavolgende worden de feitelijke grondslag van het cultuurrelativisme en de consequenties die daaruit worden getrokken, scherp uit elkaar gehouden. Het complex van standpun-

Groenveld, K., red., *Proliferatie van rechten*, Geschrift van de Prof. mr. B.M. Teldersstichting, Den Haag 1996 met bijdragen van Galenkamp, Kamminga, Castermans-Holleman, Cliteur en anderen.

¹²Handler, Joel F., ›Postmodernism, Protest, and the New Social Movements‹, in: *Law & Society Review*, 26 (1992), pp. 697-696; Gellner, Ernest, *Postmodernism, Reason, and Religion*, Routledge, London and New York 1992; Hutchinson, Allan C., ›Doing the Right Thing?: Toward a Postmodern Politics‹, in: *Law & Society Review*, Vol. 26, No. 4, 1992, pp. 773-787; Outka, Gene, and Reeder, John P., jr., eds., *Prospects for a Common Morality*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1993; Searle, John R., ›Rationality and Realism, What is at stake?‹, in: *Daedalus*, Journal of the American Academy of Arts and Sciences, Fall 1993, Vol. 122, nr. 4, pp. 55-83.

ten dat men bij cultuurrelativisten in verschillende combinaties aantreft, bevat uitspraken als:

- (1) Verschillende culturen hebben verschillende opvattingen over waarden en normen;
- (2) Voor moraal bestaat geen objectieve standaard om juist van onjuist gedrag te onderscheiden;
- (3) De morele opvattingen van onze eigen cultuur hebben geen geprivilegieerde status boven die van andere culturen;
- (4) Universele waarheden bestaan niet in de ethiek;
- (5) Het is arrogant en intolerant een afwijzende houding aan te nemen tegenover ethische opvattingen van een andere cultuur.¹³

We hebben reeds gezien dat al deze punten aan de orde komen bij Montaigne en ze zullen nog verschillende keren aan de orde komen bij andere cultuurrelativisten. Hoewel men van mening kan verschillen over wat de eigenlijke kern van de cultuurrelativistische overtuiging is, wordt er in deze bijdrage vanuit gegaan dat het gaat om de stelling dat het *onjuist is een vreemde cultuur met de maatstaven van de eigen cultuur te beoordelen*. Een cultuurrelativist wil een vreemde cultuur alleen maar beoordelen met normen die *aan die cultuur zelf* zijn ontleend.

De relevantie van een dergelijk standpunt voor de mensenrechten-traditie is natuurlijk groot. Als het cultuurrelativisme juist is, is de mensenrechtentraditie op een kolossaal misverstand gebaseerd. Het cultuurrelativisme gaat uit van 's lands wijs, 's lands eer- of, nog duidelijker, 'When in Rome, do as the Romans'. De mensenrechtentraditie daarentegen is gebaseerd op de gedachte dat er normen zijn die voor Grieken, Romeinen, Kallathianen, Chinezen en Eskimo's gelijk zijn. De mensenrechtentraditie gaat uit van wat Cicero eens over het natuurrecht zei: het natuurrecht is als het vuur dat op gelijke manier brandt in Rome als in Athene. Weliswaar is de universaliteitspretentie van de mensenrechten pas na de Tweede Wereldoorlog manifest naar voren gekomen, maar sindsdien vormt deze een integraal onderdeel van het denken over mensenrechten.

Wat in het hiernavolgende wordt onderzocht is *of en in hoeverre* de cultuurrelativistische these houdbaar is. Daarbij maak ik eerst enkele opmerkingen over de typische wijze waarop de cultuurrelativist zijn standpunt beargumenteert (onder 7). Vervolgens besteed ik aandacht aan de feiten die de cultuurrelativist ter onderbouwing van zijn standpunt voor waar aanneemt (onder 8). Tenslotte zal ik enkele pragmatische consequenties van het cultuurrelativisme analyseren (onder 9) om te besluiten met een eigen positiebepaling ten gunste van een sterk afgezwakte vorm van cultuurrelativisme of een gematigd universalisme (onder 10). Dat laatste komt hierop neer dat cultuurrelativisme houdbaar is voor allerlei betrekkelijk onschuldige culturele uitingen, maar dat het ergens een grens heeft. Het dient 'in toom' te worden gehouden door respect voor een minimale kern van werkelijk universele waarden. Voor zo'n minimale kern dient men de universaliteitspretentie hoog te houden.

7. De argumentatie van cultuurrelativisten: van verscheidenheid naar norm

¹³Vgl. Rachels, James, *The Elements of Moral Philosophy*, Second Edition, McGraw-Hill, Inc., New York etc. 1993, p. 18.

Cultuurrelativisme is op het eerste gezicht een tamelijk overtuigende theorie. Analyseert men het echter nader dan valt op de argumentatie het een en ander af te dingen.¹⁴ Een zwak punt van het cultuurrelativisme is dat het een normatieve uitspraak doet op basis van feitelijke premissen. En dat is fout. Al naar gelang de traditie van waaruit men denkt, spreekt men van de ›naturalistic fallacy‹¹⁵ dan wel de onterechte overgang van ›Sein‹ naar ›Sollen‹.¹⁶ Men leidt uit feiten uitspraken af over wat men zou moeten doen, en dat is onmogelijk.

Laten we maar eens terugkeren naar wat de cultuurrelativist doorgaans als argumentatie voor zijn stelling aanvoert. Hij stelt dat universele normen niet bestaan op grond van de oneindige variëteit aan morele codes. Hij constateert dat de Grieken hun doden cremen en de Kallathianen de doden opeten. Daaruit leidt hij vervolgens af dat er geen universele normen voor de omgang met de doden bestaan. Maar is dat juist? Dat is duidelijk niet het geval. Uit het feit dat mensen verschillende opvattingen hebben over het begraven van de doden kan men niet afleiden dat niemand in dit opzicht gelijk heeft. Dat springt direct in het oog wanneer we het terrein van de ethiek verlaten en ons richten op feitelijke uitspraken over een ander deel van de werkelijkheid. Uit het feit dat Jan en Piet van mening verschillen over de uitkomst van een staartdeling, kan men niet afleiden dat staartdelingen geen juiste uitkomst hebben of dat wiskunde allemaal maar een kwestie van opinie is. Wanneer het een moeilijke staartdeling is en alle kinderen van de klas hebben een andere uitkomst kan men wellicht afleiden dat het niet mee zal vallen het ene juiste antwoord te vinden. Maar dat is alles wat men ervan kan zeggen. Tot een sceptische houding ten aanzien van de waarheid kan dat strikt genomen geen aanleiding geven. De argumentatie van de cultuurrelativisten is op dit punt dus gebrekkig.¹⁷

8. De feitelijke basis van het cultuurrelativisme

(a) Is er werkelijk zo veel verscheidenheid?

Tot zover de argumentatie van cultuurrelativisten. Eigenlijk is hiermee reeds de achilles-hiel van het cultuurrelativisme blootgelegd. Maar we zullen het nu verder ook nog onder een andere invalshoek kritiseren. Hierbij betreft het niet de *argumentatie* van het cultuurrelativisme, maar het feitelijke substraat van het cultuurrelativisme. Cultuurrelativisme is altijd gebaseerd op een vermeende verscheidenheid, een oneindige verscheidenheid eigenlijk, die men in de culturele werkelijkheid aantreft. De cultuurrelativist is gepreoccupeerd met pluralisme. Maar gaat men in het accentueren van die verscheidenheid niet te ver? Zeker, er is verscheidenheid, zo zou

14Ik ben voor de kritiek op het cultuurrelativisme veel verschuldigd aan: Stace, W.T., *The Concept of Morals*, MacMillan, London 1937.

15Vgl. Moore, G.E., *Principia Ethica*, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1982 (1903), p. 37 e.v.

16Vgl. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2e druk, Verlag Franz Deuticke, Wien 1960, p. 357 e.v.

17Vgl. Stace, W.T., *A critical history of greek philosophy*, MacMillan & Co LTD, London New York 1960 (eerste druk 1920), p. 25: ›Because men's opinions differ, in different ages and countries, as to what the true moral law is, it does not follow that there is no objective moral law‹.

men kunnen aanvoeren, maar het kan zijn dat die verscheidenheid minder groot is dan de cultuurrelativisten menen.

Verscheidenheid is er vaak aan de oppervlakte, maar wanneer men culturen beter bestudeert dan zal men inzien dat wat op het eerste gezicht grote verschillen leken bij nadere beschouwing veel meer overeenstemming oplevert dan men had gedacht.

Stel in een bepaalde cultuur worden op religieuze en rituele wijze dieren vereerd. Op het eerste gezicht mag dat een sterk verschil opleveren met onze eigen cultuur waarin weliswaar het kwellen van dieren wordt afgewezen, maar waar men niet zoiets kent als het ritualistisch en religieus vereren van dieren. Zou men daarom niet kunnen besluiten dat de positie van dieren geheel anders is in die andere cultuur dan in de onze? Op het eerste gezicht kan men dat stellen, maar bij nadere overweging is dat toch twijfelachtig. Het kan namelijk best zijn dat men in de cultuur waarin men dieren vereert deze dieren niet vereert omdat het *dieren* zijn, maar omdat men gelooft dat in deze dieren *mensen* voortleven. Dan zou het aanvankelijke verschil dus niet daarin liggen dat men anders denkt over dieren, maar dat men in de ene cultuur kennelijk *wel* en in de andere cultuur *niet* in reïncarnatie gelooft. Ook in het voorbeeld van de Kallathianen en de Grieken kan men een gemeenschappelijke noemer onderkennen. Hoewel men een verschillende uitvoering geeft aan het gebod, laten beide volkeren zich leiden door het idee dat men de doden eerbied verschuldigd is; men gooit de lichamen van de overledenen niet op de vuilnisbelt. Zo blijkt de verscheidenheid die we aan de oppervlakte kunnen waarnemen vaak te vervluchten wanneer we verder doordenken.

Een probleem met het cultuurrelativisme is dus dat men te veel aan de oppervlakte blijft. Men gaat er vaak al te gemakkelijk van uit dat universele normen, vaste patronen in het menselijk gedrag, een interculturele consensus, niet bestaan.

Vaak is het ook zo dat de vreemdheid, het 'anders-zijn', van een bepaalde cultuur gerelativeerd kan worden naarmate men meer leert over de achtergronden van een bepaalde cultuur. Denk bijvoorbeeld aan de Eskimo-cultuur. De reden waarom in de Eskimo-cultuur kinderen onder bepaalde omstandigheden worden gedood kan men ook anders verklaren dan door te zeggen dat kennelijk het leven in de Eskimo-cultuur niets waard is. Het doden van kinderen en bejaarden kan als reden hebben dat de omstandigheden waaronder de Eskimo's leven eenvoudig geen grote gezinnen met daarin veel inproductieven toelaat. Zo zijn de Eskimo's gedwongen hun meisjes te doden wanneer er teveel meisjes worden geboren. En zij moeten hun ouderen wel laten sterven in de sneeuw, omdat er niet genoeg voedsel voorradig is voor allemaal. Dat zijn hele elementaire calculaties die wij ook zouden moeten maken wanneer wij daartoe gedwongen zouden worden door extreme economische schaarste.

(b) Zijn er werkelijk geen universele normen?

Nu is het mogelijk dat de cultuurrelativist op dit punt protesteert. Het mag zo zijn, zou hij kunnen aanvoeren, dat hij al te gemakkelijk uitgaat van verscheidenheid zonder daarvoor een overtuigende argumentatie te hebben aangevoerd, maar dat is dan als reactie op een manier van denken waarbij men weer al te gemakkelijk eenheid en interculturele consensus vooronderstelt. De critici van het cultuurrelativisme zouden toch ook een poging moeten ondernemen enkele normen aan te voeren die aanspraak kunnen maken op universaliteit. Zijn die er?

Binnen het bestek van deze verhandeling is het niet mogelijk deze kwestie uitvoerig te behandelen. Het is echter wel mogelijk door middel van een paar voorbeelden duidelijk te maken dat het aanvoeren van ›kandidaten voor universaliteit‹ minder ongeloofwaardig is dan wel eens wordt aangenomen. Laten we bijvoorbeeld eens kijken naar de norm dat men de *waarheid moet spreken*. Stel dat in een maatschappij geen norm zou bestaan dat men de waarheid zou moeten spreken. Wat voor soort maatschappij zou dat zijn? Kan een dergelijke maatschappij wel bestaan? Zouden we aan iemand de goede weg vragen, dan kunnen we er nooit van op aan dat de betreffende persoon ons niet de tegenovergestelde richting uitwijst. Communicatie zou in een dergelijke samenleving volslagen onmogelijk zijn. En kan een maatschappij zonder communicatie bestaan? Het is duidelijk dat dat niet het geval is en we *moeten* er derhalve wel vanuit gaan dat de norm om de waarheid te spreken een hoge graad van universaliteit heeft.

Het is overigens van belang erop te wijzen dat dit niet betekent dat nooit een inbreuk zal mogen worden gemaakt op de norm om de waarheid te spreken. Dat kan men namelijk niet zeggen. Vaak meent men het bestaan van universele normen te hebben afgewezen wanneer men heeft duidelijk gemaakt dat op een norm binnen een bepaalde cultuur uitzonderingen worden toegestaan. Maar dat is niet juist. Het kan zijn dat in een concreet geval het beter is de waarheid te verzwijgen. Het bekende voorbeeld is dat men aan de nazi's, wanneer daar naar gevraagd wordt, niet behoeft te verklappen dat men onderduikers in huis heeft. Het feit dat men in een concreet geval echter afwijkt van de norm om de waarheid te spreken wil nog niet zeggen dat de norm zelf wordt afgewezen. Het feit dat in een concreet geval een inbreuk op de norm kan worden toegelaten laat de *norm als zodanig* intact.

Een ander voorbeeld dat vaak wordt genoemd als een norm met een hoge graad van universaliteit is het *verbod op moord*. Hoe zou een maatschappij eruit zien waarin een dergelijk verbod niet zou bestaan? Dat zou een maatschappij zijn waarin een grote mate van onveiligheid zou bestaan. Verder heeft men wel gewezen op een *verbod op diefstal* dat in alle culturen zou bestaan.¹⁸

Het is binnen dit kader niet nodig te onderzoeken welke de inhoud zou zijn van de minimale moraal die we in alle tijden en bij alle volkeren kunnen aantreffen en ook *moeten* hooghouden, opdat een samenleving kan bestaan. De traditie van het natuurrechtsdenken is altijd gepreoccupeerd geweest met het onderzoek naar dit soort normen. Waar het hier slechts om gaat, is de vaststelling dat cultuurrelativisten al te gemakkelijk uitgaan van een oneindige variëteit en eenvoudigweg ontkennen dat er universele normen bestaan zonder dat men dit overtuigend heeft beargumenteerd. De argumentatie (of liever gezegd het gebrek daaraan) is er vaak één waarbij men enkele belangrijke verschillen tussen culturen onderkent en vervolgens overstapt op de gevolgtrekking dat er niets anders dan verschil bestaat. Het lijkt echter verantwoord te stellen dat een maatschappij niet kan voortbestaan zonder dat bepaalde normen in acht worden genomen ten aanzien van moord, diefstal en het spreken van de waarheid.¹⁹ Een maatschappij die dit soort normen niet zou erkennen zou lijken

18Vgl. Rachels, James, *The Elements of Moral Philosophy*, second edition, McGraw-Hill Inc., New York etc. 1993, p. 22.

19Deze benadering ter onderbouwing van de stelling dat bepaalde normen eenvoudigweg niet weggedacht

op de natuurtoestand; nu echter niet de rozige natuurtoestand van Montaigne, maar die van Thomas Hobbes:

In deze toestand is er geen plaats voor doelgerichte arbeid, want het is niet zeker dat deze resultaat zal hebben; er is dan ook geen landbouw; geen scheepvaart, en geen gebruik van goederen die over zee kunnen worden aangevoerd; geen architectuur; geen werktuigbouw, om dingen te verplaatsen en te verwijderen die veel kracht vergen; geen kennis van het aardoppervlak; geen tijdrekening; geen beeldende kunst; geen letterkunde; geen maatschappelijk leven; en, wat het ergste is, een voortdurende angst voor, en dreiging van een gewelddadige dood; het menselijk bestaan is er eenzaam, armoedig, afstotelijk, beestachtig en kort.²⁰

(c) Twee wegen die tot universele normen leiden

Het bovengenoemde lijkt de stelling te rechtvaardigen dat, hoe klein ook, er een pakket aan universele normen moet bestaan zonder welke geen enkele samenleving kan voortbestaan. Men zou diegenen die dat standpunt aanhangen 'sociologisch transcendentalisten' kunnen noemen. Het *transcendentale* wordt dan gehanteerd in de kantiaanse zin van het woord. Het gaat om de mogelijkheidsvoorwaarden voor het bestaan van iets. Voor Kant ging het om de mogelijkheidsvoorwaarden voor kennis. Hier gaat het om de voorwaarden zonder welke elke maatschappelijke ordening onmogelijk is. Men kan daarom spreken van *sociologisch* transcendentalisme.

De vraag is dan echter wel *hoe groot* dat pakket van waarden is zonder welke een maatschappij niet kan bestaan. Wanneer het hierbij gaat om een uiterst summiere catalogus waartoe alleen normen als het verbod op moord, het gebod om de waarheid te spreken en de norm dat men niet mag stelen behoren, zou het cultuurrelativisme nog steeds goede kaarten in handen hebben. Niet zulke goede kaarten als sommige onvoorzichtige vertegenwoordigers van het cultuurrelativisme beweren, maar toch, het cultuurrelativisme is iets dat voor vele normen sterk lijkt te staan.

Een dergelijke erkenning behoeft ons echter niet in verlegenheid te brengen. Zoals aan het begin van dit hoofdstuk werd betoogd, behoeven we het cultuurrelativisme ook niet geheel te verwerpen. Een bescheiden variant is verdedigbaar en zelfs wenselijk om te verdedigen. Voordat we daarop ingaan, moet eerst nog een tweede perspectief worden geïntroduceerd dat ons op het spoor zet van universele normen. Daarbij gaat het om wat men zou kunnen noemen een *beschavingsperspectief* of een *ontwikkelingsperspectief*. Eigenlijk heb ik geprobeerd dat zelf uit te werken in een dissertatie over cultuurrecht.²¹ Het cultuurrecht is een geheel van normen bestaande uit mensenrechten, waarover *tegenwoordig* in brede kring consensus bestaat. Het

kunnen worden zonder dat de maatschappij zou verdwijnen is veel verschuldigd aan David Hume. Onder de moderne denkers staat H.L.A. Hart in deze traditie. Vgl. Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford 1961, p. 189 e.v. en Martin, Michael, *The Legal Philosophy of H.L.A. Hart, A Critical Appraisal*, Temple University Press, Philadelphia 1987, pp. 181-190.

20Hobbes, Thomas, *Leviathan*, vertaling en aantekeningen W.E. Krul; inleiding en bibliografie van B.A.G.M. Tromp, Boom, Meppel/Amsterdam 1985, p. 136.

21Cliteur, P.B., *Conservatisme en cultuurrecht*, over de fundering van recht in rechtsbeginselen, (diss.), Drukkerij Cliteur, Amsterdam 1989.

cultuurrecht neemt de plaats in van wat men vroeger aanduidde als natuurrecht. Het gaat uit van een evolutionistische benadering van het recht. Het vooronderstelt dat het collectief door ›trial and error‹ en ›piece-meal engineering‹ de begrenzings van het individuele menselijke verstand kan overstijgen. Belangrijke voorvaders van dit perspectief zijn Hume,²² Burke²³ en Hayek.²⁴ Interessant in dit verband is een uitspraak van de staatsrechtsgeleerde Couwenberg: ›Sinds de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van 1948 hebben de mensenrechten een universeel karakter gekregen.²⁵ Die laatste cursivering is door mij toegevoegd.

Diegenen die op zoek gaan naar een minimale lijst van normen die in elke cultuur moet worden gehonoreerd om überhaupt samenleven mogelijk te maken stellen zich iets te voorzichtig op, zo zou men vanuit dit tweede perspectief kunnen stellen. Het sociologisch transcendentalisme is een benaderingswijze waarbij men alleen maar terugkijkt, niet vooruit. Men kijkt naar de normen die alle samenlevingen in het verleden hebben geëerbiedigd. Men beschouwt de mens onvoldoende als een wezen dat iets bewerkstelligt in de geschiedenis, bouwt aan een cultuur, een maatschappij, een natie. De mens heeft een geschiedenis en een toekomst; en die geschiedenis is niet een eindeloos *eadem sed aliter* (hetzelfde en toch anders), zoals Schopenhauer ons wil doen geloven, niet een *Ewige Wiederkehr des Gleichen*, zoals Nietzsche stelt, maar een toneel waarop iets gebeurt. Stelt men zich op dit standpunt B het standpunt dat men het beschavingsperspectief of ontwikkelingsperspectief zou kunnen noemen B dan komt de zaak heel anders te liggen. Dan dient zich namelijk een serie waarden aan die weliswaar niet in het verleden bij alle culturen werd aangetroffen, maar waarover *tegenwoordig* wel een brede interculturele consensus is ontstaan. De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens is daarvan het meest markante voorbeeld.²⁶

Het verschil tussen de twee perspectieven komt duidelijk naar voren bij normen die slechts in een later ontwikkelingsstadium hun universele status hebben verworven. In dit verband is het martelverbod interessant, omdat de status van dit verbod zo'n sterk verschil oplevert al naar gelang men het beschouwt in het licht van het perspectief van het sociologisch transcendentalisme dan wel het ontwikkelingsperspectief.

Wanneer men de vraag zou stellen of een martelverbod hoog zou scoren als kandidaat voor de lijst van normen zonder welke geen enkele maatschappij zou

22Vgl. Forbes, Duncan, *Hume's Philosophical Politics*, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1975, p. 3 e.v.

23Cliteur, P.B., ›The American conservatives, Edmund Burke and natural law‹, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Vol. 1988 LXXIV/Heft 4, 4. Quartal, pp. 452-460.

24Vgl. Hayek, F.A., *The Constitution of Liberty*, Routledge and Kegan Paul, London and Henley 1976 (1960) en *Law, Legislation and Liberty*, Routledge and Kegan Paul, London etc. 1982.

25Couwenberg, S.W., *Gezag en vrijheid*, Inleiding in de constitutionele rechts- en ontwikkelingstheorie, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1991, p. 167.

26Vgl. hierover: Alston, Philip, ›The Universal Declaration at 35: Western and Passé or Alive and Universal‹, in: *The Review of the International Commission of Jurists*, 31 (1983), pp. 60-71; Donnelly, Jack, ›Human Rights and Human Dignity: An Analytic Critique of Non-Western Conceptions of Human Rights‹, in: *American Political Science Review*, 76 (1982), pp. 303-316.

kunnen bestaan, zou dat negatief uitvallen. Een maatschappij kan uitstekend voortbestaan wanneer er (i) feitelijk wordt gemarteld en (ii) geen constitutioneel of mensenrechtelijk verbod op marteling bestaat. In feite is ook eeuwenlang in het kader van het gewone strafrecht, maar ook in het kader van politieke processen, op grote schaal gemarteld.²⁷ Met name rechtshistorici hebben er vaak op gewezen dat martelen vroeger heel anders werd gewaardeerd dan tegenwoordig; men had daarvan bepaald niet de grote afkeer die men daar tegenwoordig van heeft.

Beschouwt men een folterverbod echter vanuit het ontwikkelingsperspectief of beschavingsperspectief dan zal het moeilijk zijn een norm te vinden die zo universeel wordt geaccepteerd als juist deze. Zelfs regeringen die feitelijk martelingen plegen of gedogen willen daar nooit voor uitkomen. Elk land dat door Amnesty International op dit punt op de vingers wordt getikt zal in eerste instantie proberen te ontkennen dat de martelingen plaatsvinden en pas wanneer een ontkenning in het licht van de feiten ongeloofwaardig is, zal men zich beroepen op het argument dat de kritiek een inmenging in de interne aangelegenheden van de betreffende staat behelst.

De cultuurrelativist zou op dit punt kunnen betogen dat hier de fout wordt begaan, die hiervoor het cultuurrelativisme werd aangerekend: de ›naturalistic fallacy‹: namelijk, waarbij men vanuit het constateren van een feitelijke consensus overstapt op een normatief standpunt. Wordt hier immers niet vanuit het feitelijk bestaan van consensus over het martelverbod overgestapt op de universaliteit van de *norm* dat niet mag worden gemarteld? Dat is niet wat ik hier wil betogen. Het is duidelijk dat ter onderbouwing van het standpunt dat het verbod op marteling universeel moet worden geacht, meer moet worden beargumenteerd dan dat het tegenwoordig algemeen wordt geaccepteerd. Het gaat er mij nu alleen om dat de cultuurrelativist zwak staat in zijn stelling dat er feitelijk zo weinig consensus bestaat. Die consensus is er al op grond van de gegevens die de sociologisch transcendentalisten ons aanleveren en die consensus wordt alleen maar groter gezien het feit dat tegenwoordig allerlei waarden en normen die vroeger werden geassocieerd met de westerse cultuur, tegenwoordig universeel (mondiaal) worden geaccepteerd.²⁸

9.H et cultuurrelativisme met pragmatische criteria gewogen

(a) Het cultuurrelativisme als ondermijning van onze kritische mogelijkheden

Tot zover kan onze conclusie niet anders luiden dan dat het standpunt van de cultuurrelativist bepaald niet zo sterk beargumenteerd is als op het eerste gezicht lijkt. Het cultuurrelativisme appelleert aan populaire intuïties. Het is een suggestief

27Vgl. Schmid, A.P., ›Daders van grove schendingen van mensenrechten‹, in: P.B. Cliteur, A. Deelder, M.R. Rutgers (red.), *Mensenrechten*, Gouda Quint, Arnhem 1992, pp. 87-109.

28Ik beperk mij hier tot het sociologisch transcendentalisme en het ontwikkelingsperspectief als vormen van argumentatie die universaliteit van normen proclameren. Men kan zich echter ook allerlei andere vormen van argumentatie voorstellen. Bekend is de manier van denken waarbij men aansluiting zoekt bij de menselijke natuur. Vgl. Adler, Mortimer, J., ›Human Nature, Nurture, and Culture‹, in: *Haves without Have-Nots*, MacMillan Publishing Company, New York etc. 1991, pp. 229-249 en Wilson, James, Q., *The Moral Sense*, The Free Press, MacMillan, New York 1993.

perspectief. Iedereen zal ook wel eens, mijmerend over het ontstaan en vergaan van culturen, wereldrijken, waardenstelsels en ideologieën, hebben gedacht: is niet alles relatief?²⁹ Maar toch, denkt men verder na over de suggestie van het cultuurrelativisme, dan blijkt het minder sterk te staan. Is het daarmee fout? Nee, want niet elk standpunt dat gebrekkig beargumenteerd is, is onjuist. Het kan best zijn dat de cultuurrelativist niet klemmend kan bewijzen dat zijn stellingen op *theoretische* gronden juist zijn, maar dat hij aannemelijk kan maken dat het op *pragmatische* gronden een wenselijk standpunt is. Vaak vinden we in het cultuurrelativistisch betoog ook wel een of andere verwijzing naar de wenselijkheid (goed te onderscheiden van de waarheid) van het cultuurrelativisme. Laten we bescheiden zijn, hield Montaigne ons voor. Het cultuurrelativisme wordt ondogmatisch, open, tolerant en vriendelijk voor vreemde culturen geacht. Het wordt niet altijd gepresenteerd als een hard wetenschappelijk feit maar meer als een als wenselijk aan te nemen houding tegenover anderen. De cultuurrelativist stelt vaak openlijk dat zijn standpunt juist of wenselijk is op grond van het feit dat het een basis biedt voor tolerantie of dat het getuigt van een B van (westerse) arrogantie bevrijde B open houding naar andere culturen.

Dit is een interessante wisseling van het perspectief. We moeten die toegeworpen handschoen opnemen en het cultuurrelativisme ook als een pragmatische theorie beoordelen. Maar wanneer we dat doen, dan is het ook fair de theorie *in zijn geheel* te beoordelen, dat wil zeggen: zowel de beweerde (pragmatische) voordelen van de theorie alsook de nadelen van de theorie moeten dan in de afweging worden betrokken. Laten we beginnen met enkele nadelen van de theorie.

Het belangrijkste nadeel is dit. Het cultuurrelativisme impliceert een onderminning van onze kritische mogelijkheden in het beoordelen van culturen. Daaraan kan men drie dimensies onderscheiden.

Allereerst: wanneer we het cultuurrelativisme werkelijk serieus zouden nemen, dan zouden we niet meer kunnen stellen dat de waarden, normen en praktijken van andere culturen in moreel opzicht minderwaardig zijn aan die van ons. Volgens sommigen is het juist hier dat het grote voordeel van cultuurrelativisme ligt boven andere morele theorieën. Het bevrijdt ons van arrogantie en predikt openheid naar andere culturen en manieren van doen. Het cultuurrelativisme is een soort universalisering van de open houding die men in het hele leven kan innemen. Een beperkt mens houdt zich aan het: »wat de boer niet kent dat eet hij niet«. Het vreemde, ongewone, andere, niet bekende, roept bij bekrompen lieden onmiddellijk afkeer op, terwijl de ontwikkelde, mondaine, kosmopolitische mens een open houding hoog houdt.

Tot zover zijn er geen problemen. Maar laten we nu op de schaduwzijden letten. Een probleem zou kunnen zijn dat we niet alleen andere culturen niet op een *bekrompen* wijze kunnen afwijzen, maar dat we andere culturen ook niet kunnen kritiseren op grond van meer respectabele criteria. Slavernij, vrouwenbesnijdenis, onderdrukking van de vrouw in het algemeen, denigrerende opvattingen over

²⁹Vgl. Taylor, Richard, *Good and Evil*, Prometheus Books, Buffalo, New York 1984, p. 256 over de zin van het leven.

homosexuelen, etnische minderheden, Joden B hiervoor zou allemaal gelden: 's lands wijs, 's lands eer.

Niet alleen zouden wij concrete praktijken van een cultuur met geïnstitutionaliseerde discriminatie niet af kunnen wijzen, maar het zou ons ook ontbreken aan de mogelijkheid een cultuur in zijn geheel te *waarderen*. De Amerikaanse burgeroorlog met als inzet Lincoln's strijd voor de afschaffing van de slavernij, of het ijveren voor 'civil rights' in het Zuiden ten tijde van de regering Kennedy, zouden gebeurtenissen zijn waarover we geen oordeel meer kunnen vellen. Hier staat namelijk de ene cultuur, die van het Zuiden met de daarbij behorende slavernij, tegenover de andere cultuur, namelijk die van het Noorden. Er bestaat geen hoger moreel perspectief van waaruit we die strijd kunnen beoordelen. Wanneer de Zuidelijke 'red-neck' zegt: 'When the Constitution comes between me and the virtue of the white women of South Carolina, I say to hell with the constitution' hebben we niet veel meer in te brengen. Waar zouden we de maatstaven vandaan moeten halen om de houding van die man af te wijzen?

We dreigen zelfs in een paradox terecht te komen. Hierboven werd gesproken van de verlichte, mondaine, kosmopolitische tolerantie, de open houding ten aanzien van andere culturen, praktijken, manieren van doen. Wat nu wanneer dit door een volgeling van Nietzsche wordt afgewezen als een gefeminiseerd, weekhartig, slap soort houding?³⁰ Wat voor argumenten hebben we dan in te brengen tegen deze macho's? William Graham Sumner, een van de voorlopers van het moderne cultuurrelativisme, zei 'the notion of right is in the folkways'.³¹ Wel, de 'folkways' van een ganglid in de sloppen van Los Angeles verschillen hemelsbreed van die van de gentleman uit Boston. Wanneer het meta-perspectief om vanuit het laatste het eerste af te wijzen een illusie is, wat rest ons dan anders dan te zeggen: 'ganglid's wijs is ganglid's eer'? Een eerste probleem met het cultuurrelativisme, beoordeeld vanuit de pragmatische invalshoek, is dan ook dat het onze kritische zin ten aanzien van het beoordelen van vreemde culturen verlamt.

Een tweede dimensie aan die ondermijning van onze kritische mogelijkheden is dat het ook onmogelijk lijkt onze *eigen* cultuur kritisch te beschouwen. Immers wat is elke, ook onze eigen cultuur anders dan een samenstel van deelculturen? De cultuur van de Verenigde Staten is een smeltkroes van Afrikaanse, Griekse, Italiaanse, Joodse en andere culturen. Het is ook een mengsel van de cultuur van de succesvolle zakenman en die van het ganglid; van de zuidelijke en de noordelijke Amerikaan. Cultuurrelativisme zou het dus niet alleen onmogelijk maken de vrouwenbesnijdenis in verre landen af te wijzen, maar het zou het ook onmogelijk maken de verschillende subculturen binnen de eigen cultuur te veroordelen.

30Vgl. over de opvattingen van Nietzsche: Nielsen, Kai, 'Scepticism and Human Rights', in: *Monist*, 52 (1968), pp. 573-594, in het bijzonder p. 580 en Waldron, Jeremy, *Liberal Rights*, Collected Papers 1981-1991, Cambridge University Press, Cambridge/New York 1993, p. 227. Vgl. over Nietzsche's verwerping van lankmoedigheid verder: Kaufmann, Walter, *Nietzsche*, Fourth edition, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1974 (1950), p. 363 e.v.

31Vgl. de selectie van Sumner in: Rachels, James, *The Right Thing To Do*. Basic Readings in Moral Philosophy, McGraw-Hill, New York etc. 1989, pp. 49-51.

Een derde dimensie van die ondermijning van kritische zin hangt met de voorgaande nauw samen: het zou ook onmogelijk zijn om te beoordelen of een cultuur vooruitgaat of niet. Nu is het tegenwoordig erg populair om ›vooruitgangsgeloof‹ af te wijzen. Bij de spraakmakende elite staat dit heel laag in aanzien. Het is erg chic om te zeggen dat men vroeger sterk geloofde in ›de vooruitgang‹, maar dat we nu na Auschwitz, Pol Pot of Stalin wel weten dat dit allemaal een illusie is.

Het afzweren van wat men denigrerend het ›vooruitgangsgeloof‹ noemt, is overigens een tamelijk diffuus proces. Vaak blijkt dit ook samen te hangen met onvrede en scepsis over de wetenschappelijke methode of de ontwikkeling van de technologie die niet heeft gebracht wat men ervan verwachtte. Men spreekt wel van ›dialectiek der Verlichting‹ of meer recent van het ›Einde van de moderniteit‹.

We zouden ons echter serieus moeten afvragen wat het betekent wanneer we elk geloof in ›vooruitgang‹ afwijzen. Wat zou het betekenen wanneer we werkelijk zouden geloven dat (a) vooruitgang feitelijk niet plaatsvindt en (b) ook niet mogelijk is? Vooral dat laatste zou een enorme verlamming van onze politieke inspanningen betekenen. Hiervoor was sprake van de slavernij zoals die in het Zuiden van de Verenigde Staten werd toegepast. Slavernij is nu afgeschaft. Waarschijnlijk zullen velen dat zien als een vooruitgang. Maar hoe kan men beargumenteren dat het als een vooruitgang kan gelden? Toch kennelijk omdat men een los van de cultuur van het Zuiden bestaande maatstaf voor een menswaardig bestaan aanlegt om de slavernij te beoordelen. Naarmate een maatschappij voortschrijdt naar overeenstemming met die maatstaf kan men spreken van vooruitgang, naarmate een cultuur zich daarvan verwijderd is sprake van een achteruitgang. Kenmerkend voor het cultuurrelativisme is dat men het bestaan van een dergelijke maatstaf ontkent. Dat betekent echter niet alleen dat elke mogelijkheid tot kritiek op een andere cultuur ontbreekt, zoals we hebben gezien bij de behandeling van de twee voorgaande argumenten, maar ook dat de notie van morele vooruitgang een hersenschim is. We kunnen niet meer stellen dat de hedendaagse verzorgingsstaat een verbetering is van de sociale verhoudingen ten opzichte van het achttiende-eeuws Engeland. We kunnen niet meer stellen dat een constitutioneel bestel waarin vrouwenkiesrecht is gerealiseerd een verbetering is ten opzichte van een systeem met alleen maar mannenkiesrecht. Het klinkt zo onschuldig en lijkt zelfs wel een beetje ruimdenkend om te zeggen dat men niet gelooft in de vooruitgang, maar het is de vraag wie daarvan de consequenties werkelijk voor zijn rekening kan nemen. Zou men daar *werkelijk* in geloven dan kan men bijvoorbeeld elk mensenrechtenbeleid ook wel staken.³²

Het bovenstaande lijkt erop te wijzen dat het cultuurrelativisme serieuze tekortkomingen heeft. Samenvattend kan men stellen: het is allereerst theoretisch niet sterk. (i) De argumentatie deugt niet omdat men van feiten overstapt naar normen en (ii) omdat kwestieuze feiten als betrekkelijk onproblematisch worden gepresenteerd (er is minder verscheidenheid dan men beweert en te snel neemt men aan dat er geen universele waarheden bestaan). Verder lijkt aan de theorie ook het pragmatisch nadeel te kleven dat het onze kritische mogelijkheden ondermijnt: zowel (a) ten

32In deze zin ook: Couwenberg, S.W., ›Van oude en nieuwe beschavingsconflicten‹, in: *Liberaal Reveil*, 1996, p. 27.

aanzien van andere culturen; (b) als ten aanzien van onze eigen cultuur; en (c) het maakt een notie als vooruitgang onmogelijk die bij nadere inspectie onmisbaar is.

Op dit punt zou de cultuurrelativist kunnen protesteren. Hij zou erop kunnen wijzen dat het cultuurrelativisme niet *elke* beoordeling onmogelijk maakt. Er is wel degelijk kritiek mogelijk, zou hij kunnen aanvoeren, maar het is een beperkte kritiek. Wat men afwijst is het beoordelen van een vreemde cultuur met behulp van criteria van de eigen cultuur. Het blijft echter wel degelijk mogelijk een cultuur te beoordelen met de criteria *van deze cultuur zelf*. Men meet dan een cultuur aan zijn *eigen idealen* en men kan een cultuur bekritisieren die tekort schiet in het licht van zijn *eigen voornemens*.

Dat zou men kunnen zeggen. Maar wat zou dat betekenen? Laten we de consequenties van een dergelijke louter interne beoordeling eens overwegen. Wanneer het zo is dat men in een bepaald land apartheidspolitiek tot maatschappelijk beleidsdoel verheft, dan kan men beoordelen of de maatschappij erin slaagt die apartheidspolitiek effectief uit te werken. Men oordeelt dan met een interne maatstaf. Daartoe dient de beoordeling zich volgens het cultuurrelativisme ook te beperken. De cultuurrelativist kan stellen dat er dan dus wel degelijk een vorm van kritiek mogelijk is vanuit het cultuurrelativistisch perspectief. Natuurlijk, dat is waar, maar volgens velen zal dat een wat onbevredigende kritiek zijn. Het lijkt onontkoombaar dat we ruimte overlaten voor het beoordelen van onze eigen cultuur evenals een vreemde cultuur met de *eigen* maatstaven en niet met de maatstaven van een cultuur waarvan we vinden dat deze door en door perfide normen hanteert.³³

(b) Is cultuurrelativisme een goede basis voor tolerantie?

Tot zover de kritiek die men vanuit een pragmatisch standpunt op het cultuurrelativisme zou kunnen uitoefenen: het ondermijnt onze kritische vermogens. We hebben echter één punt dat altijd ten gunste van het cultuurrelativisme wordt aangevoerd nog niet besproken, namelijk dat het een goede basis is voor tolerantie en voor een open houding naar andere culturen. Cultuurrelativisme noopt tot bescheidenheid.

We zijn dit punt al bij Montaigne tegengekomen en het zou na hem nog talloze keren worden herhaald. Een van de meest welsprekende moderne vertegenwoordigers van dit standpunt is de reeds genoemde antropoloog Franz Boas. Boas tekende bezwaar aan tegen de in zijn tijd dominante Darwiniaanse opvattingen in de antropologie die op de een of andere manier allemaal geïnfecteerd waren met vooruitgangsgeloof. Volgens Boas miskende dit 'the relative value of all forms of cultures'. Boas was bijzonder sceptisch over het ontdekken van vaste structuren in culturen, het op het spoor komen van wetmatigheden en andere aannames die hij aantrof in de antropologie van zijn tijd. Hij introduceerde het pancultureel perspectief. Zelfs onze emotionele reacties die we als natuurlijk beschouwen, zijn cultureel bepaald, aldus Boas.

Hoevel hij schreef aan het einde van de vorige eeuw, zou zijn invloed zich pas later goed doen voelen. 'After World War I (...) his students showed a remarkable flair

³³Interessante beschouwingen over de beoordeling met externe en interne criteria vindt men bij: Dworkin, Ronald A., 'Natural' Law Revisited, in: *University of Florida Law Review*, Winter 1982, Volume XXXIV, Number 2, pp. 165-188.

for publicizing the idea of 'cultural relativism' in literary magazines and best-selling books.³⁴

In het cultuurrelativisme van Boas *cum suis* is ongetwijfeld veel behartigenswaardigs te vinden. We zullen ons hier echter beperken tot een beoordeling van de these dat het cultuurrelativisme een goede (of volgens sommigen: de enige) basis is voor tolerantie. Is deze aanspraak van de cultuurrelativist terecht? Ook hier zouden we weer de vergelijking kunnen maken met de staartdeling van zoëven. Voor rekenkundige problemen geldt dat er één juiste B boven de particuliere opvattingen van de rekenaars verheven B uitkomst is en dat men van mening kan verschillen over de juiste uitkomst. Waarom leidt het feit dat er één juist antwoord is nu *niet* tot arrogantie? Omdat niemand absoluut zeker kan zijn het juiste antwoord te hebben gevonden. Wanneer ik een antwoord heb gevonden, blijft het altijd mogelijk dat een ander mij ervan zal overtuigen dat ik een rekenfout heb gemaakt. Die mogelijkheid dat ik mijn oordeel heb te herzien in het licht van materiaal dat anderen kunnen aandragen, noopt tot bescheidenheid. Als alle meningen daarentegen *even juist* zouden zijn, zou iedereen met een air kunnen rondlopen alsof hij de wijsheid in pacht heeft.

Wat nu voor rekenkundige problemen geldt, waarom zou dat niet gelden voor ethische en politieke vraagstukken? Het is heel goed mogelijk ervan uit te gaan dat er in ethische aangelegenheden één juist antwoord is en een dergelijke overtuiging te combineren met de bescheiden attitude dat men nooit weet of de eigen oplossing dat ene juiste antwoord is. Een open houding naar diegenen die ons standpunt aanvechten is derhalve niet zozeer afhankelijk van een cultuurrelativistische of anderszins sceptische houding ten aanzien van de waarheid, maar een bescheiden houding ten aanzien van de eigen vermogens om de waarheid te *kennen*.

Men kan het ook als volgt formuleren. Tolerantie is niet gebaseerd op een of andere opvatting over de mogelijkheid of onmogelijkheid van het vinden van absolute waarden, maar een politiek principe dat uitgaat van de beperkte mogelijkheden van de mens om universele waarden op het spoor te komen.

10. Tussen cultuurrelativisme en radicaal universalisme

Op grond van het bovengenoemde lijkt het cultuurrelativisme bij nadere inspectie een zwakke theorie. Daarbij moeten we echter wel in overweging nemen dat het hier het cultuurrelativisme betreft in zijn meest radicale variant. Cultuurrelativisme werd hiervoor omschreven als de overtuiging dat het altijd onjuist is een vreemde cultuur met de maatstaven van de eigen cultuur te beoordelen. Er zijn echter ook varianten van cultuurrelativisme denkbaar die houdbaar lijken, ja zelfs zeer overtuigend kunnen zijn, zowel als theorie alsook ten aanzien van de pragmatische consequenties.

Een verhelderend onderscheid is dat tussen radicaal cultureel relativisme en radicaal universalisme, zoals geijkt door Donnelly. In het *radicaal cultureel relativisme* gaat men ervan uit dat 'culture is the sole source of the validity of a moral right or rule'.³⁵ Op basis van wat we hiervoor hebben gelezen over Boas valt op te maken dat

34Perry, Lewis, *Intellectual Life in America*, A History, Asain Books, New Dehli 1984, p. 322.

35Donnelly, Jack, 'Cultural Relativism and Universal Human Rights', in: *Human Rights Quarterly*, 6 (1984),

hij zich op dit standpunt stelt. Daar staat tegenover het *radicaal universalisme*. Voor dat laatste is kenmerkend de overtuiging dat ›culture is irrelevant to the validity of moral rights and rules, which are universally valid.

Men kan de tegenstelling ook als volgt typeren. In het radicaal cultureel relativisme kan *geen enkele waarde* op universele gelding aanspraak maken. Alle waarden die binnen een bepaalde cultuur worden hooggehouden zijn geldig voor die en geen andere cultuur. In het radicaal universalisme gaan mensen levend in cultuur A ervan uit dat *alle* waarden van cultuur A een universaliteitspretentie hebben.

Beide theorieën zijn onbevredigend. Het radicaal universalisme legt een eenheids-cultuur op aan de wereld die niet anders dan beklemmend kan werken. Het cultuurrelativisme is in zijn radicale variant behept met de tekortkomingen die we hiervoor zo uitvoerig hebben uiteengezet. Een aanvaardbare theorie over culturele verscheidenheid zou ergens het midden moeten houden tussen het radicaal cultureel universalisme en cultuurrelativisme. Daarbij zou het uitgangspunt kunnen zijn dat er feitelijk verscheidenheid heerst en dat men zich daartegen in beginsel ook niet behoeft te verzetten. Lang leve het pluralisme! Twee keer (maar niet drie keer) hoera voor verscheidenheid! De begrafenisrituelen kunnen verschillend zijn, maar hier ligt geen punt van conflict. Laat ieder zijn doden begraven zoals het hem goeddunkt. De goede kant van een zekere mate van cultuurrelativisme is (hoewel het de vraag is of we een afgezwakte variant als ›cultuurrelativisme‹ moeten betitelen) dat het een middel is tegen culturele geboorneerdheid. We zijn snel geneigd om te denken dat onze eigen normen de juiste zijn, net als de Grieken en de Kallathianen. Wanneer we alleen de eigen visie maatgevend achten bij allerlei waarden en normen, dan komen we bij het cultureel universalisme; het tot maatgevend bestempelen van alle contingente zeden en gewoonten van de eigen cultuur voor anderen. Vele zeden en gewoonten zijn echter verbonden aan een bepaalde cultuur. Voor vele zeden en gewoonten geldt dat het nu eenmaal de manier is waarop *wij* (of zij) dingen doen. ›It's not done, zeggen we ter afkeuring van iets. Waarom niet? Wel, we *doen* het nu eenmaal niet, maar een diepere rechtvaardiging is er niet voor te geven. Een discussie tussen Grieken en Kallathianen over de enig juiste manier om de doden te begraven is even zinvol als met een Engelsman discussiëren over het feit of het in wezen beter is om links of om rechts te rijden. Het cultuurrelativisme kan ons door het presenteren van voorbeelden van andere culturen tot het besef brengen dat dit voor een groot deel van onze zeden en gewoonten geldt. Cultuurrelativistische beschouwingen van Montaigne tot Boas hebben onze blik dan ook zeker verruimd; zij behoeden een cultuur voor verstarring, voor een enge preoccupatie met de eigen manieren van doen. Willen we echter de mogelijkheid tot kritiek en waardering niet volledig elimineren, dan blijft het nodig te zoeken naar universele normen en waarden, hoe gering in aantal ook, die we niet kunnen miskennen zonder een grove onrechtvaardigheid te begaan tegen de menselijke waardigheid.³⁶ Een belangrijke vraag is natuurlijk *welke waarden* we een dergelijke status willen verlenen. Dat die categorie uit de aard der zaak beperkt zal moeten zijn, behoeft na het voorgaande

pp. 400-419, hier p. 400.

³⁶Vgl. Rachels, James, *Can Ethics Provide Answers? And Other Essays in Moral Philosophy*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc. Lanham, Boulder, New York, London 1997, p. 22 e.v.

weinig betoog. Het is echter een inzicht dat voor de mensenrechtentraditie vergaande consequenties heeft, zoals we nog zullen zien.

HOOFDSTUK 3

Multiculturalisme en mensenrechten

1. Wat is multiculturalisme?

In het tweede hoofdstuk hebben we de 'cultuurrelativistische uitdaging' voor de mensenrechtentraditie behandeld. Cultuurrelativisten wijzen mensenrechten af als een westerse aangelegenheid die niet aan vreemde landen mag worden voorgeschreven. Het ijveren voor mensenrechten wordt gezien als een vorm van cultureel imperialisme. 's Lands wijs, 's lands eer, zegt men. 'When in Rome do as the Romans do.'

Maar het accepteren van het cultuurrelativisme zou neerkomen op een verlamming van onze zedelijke vermogens. We zouden niet meer in staat zijn een verwerpelijke praktijk in een andere cultuur af te wijzen *alleen maar* omdat deze in een andere cultuur voorkomt. Het cultuurrelativisme is in het vorige hoofdstuk dan ook verworpen.

De laatste tijd worden we echter geconfronteerd met een nieuwe uitdaging voor de mensenrechtentraditie. Zoals we zullen zien hangt deze in zekere zin samen met de uitdaging van het cultuurrelativisme, maar hij is daarmee niet identiek. Ik doel op het *multiculturalisme*. Het multiculturalisme heeft tot nu toe voornamelijk in het buitenland aanleiding gegeven tot debatten, vooral in de Verenigde Staten en in Canada. Maar zoals zo vaak met zaken die aanleiding gaven tot de meest heftige controverses: het is niet altijd duidelijk wat zij inhouden. Wat kan men onder 'multiculturalisme' verstaan?

Marlies Galenkamp, een Nederlandse kenner van het internationale multiculturalisme-debat, geeft de volgende omschrijving: 'Een multiculturalist constateert niet alleen feitelijke verschillen tussen mensen in multiculturele samenlevingen. Hij doet bovenal een normatieve uitspraak gericht op het behoud van deze diversiteit'.¹ Een andere kenner van het multiculturalisme, Sasja Tempelman, omschrijft het multiculturalisme als volgt: 'Multiculturalism, on my view, refers to the doctrine that cultural diversity should be recognized as a permanent and valuable part of political societies'.²

Dit zijn heldere omschrijvingen, maar zij roepen wel een vraag op: als multiculturalisme niet meer is dan een voorliefde voor culturele diversiteit en het constateren van het feitelijk bestaan daarvan, moeten we dan aanhangers van mensenrechten en de verlichtingswaarden niet per definitie beschouwen als multiculturalisten? Immers de democratische rechtsstaten waarin mensenrechten als fundamentele normen worden erkend, hebben een ongekende hoeveelheid culturele pluraliteit mogelijk gemaakt.

¹ Vgl. Galenkamp, Marlies, 'Van Anon-discriminatie naar Eigen identiteit'. Trends in het multiculturalisme-debat', in: *Beleid & Maatschappij*, 1998/1, pp. 40-50, p. 40.

² Tempelman, Sasja, 'Constructions of Cultural Identity: Multiculturalism and Exclusion', in: *Political Studies*, 1999, pp. 17-31, p. 17.

Nu heeft deze consequentie natuurlijk geen probleem te zijn, maar het roept tevens de vraag op of het multiculturele perspectief iets toevoegt aan respect voor mensenrechten in het algemeen. Anders gezegd: is het wel nodig om een nieuwe term in te voeren voor een houding die reeds bekend is onder de naam 'liberalisme' (in de brede, niet-partijpolitieke betekenis) of 'constitutionalisme' (onder andere: het streven om de staat te onderwerpen aan fundamentele rechten) of voorliefde voor mensenrechten?

Het lijkt in het licht van bovengenoemde bedenking verantwoord ons iets nader te bezinnen op de term multiculturalisme. Laten we daarbij als uitgangspunt de twee kenmerken nemen uit de omschrijvingen van Tempelman en Galenkamp. Dat wil zeggen:

- (1) Het constateren van culturele diversiteit;
- (2) Het positief waarderen van culturele diversiteit.

2. Het eerste probleem: normatief, descriptief of beide?

Maar dat brengt ons al meteen bij een eerste probleem. Hoe moeten we de verhouding tussen die twee elementen zien? Moeten we culturele diversiteit zowel constateren als ook bepleiten om met recht 'multiculturalist' te kunnen worden genoemd? En is wellicht één van deze kenmerken primair en het ander secundair?

Misschien brengt het volgende gedachtenexperiment ons op het spoor van een antwoord. Neem het eerste element: het *constateren* van culturele diversiteit. Stel, ik ben van mening dat culturele diversiteit helemaal niet bestaat in mijn samenleving. Ik leef, althans dat denk ik, in een monoculturele samenleving. Maar ik acht dat bijzonder onbevredigend en ik hou een pleidooi voor een samenleving met veel, althans meer dan de vigerende, culturele invloeden. Ik ben dan geen multiculturalist in de zin dat ik culturele diversiteit in mijn samenleving *constateer*, maar wel een multiculturalist in de zin dat ik culturele diversiteit *positief waardeer*. Zijn mijn geloofsbrieven daarmee te zwak om tot het kamp der 'multiculturalisten' te mogen worden gerekend?

Taalkundig is natuurlijk alles mogelijk: *verba valent usu of the meaning of a word is its use*. Men zou ook kunnen gaan onderscheiden en het eerste kunnen aanduiden als *descriptief* multiculturalisme, het tweede als *normatief* multiculturalisme.

Persoonlijk lijkt het mij het meest voor de hand te liggen iemand multiculturalist te noemen die in ieder geval het normatieve element onderschrijft. Iemand die zegt: 'overal constateer ik een veelheid van culturele invloeden, maar ik hou daar niet van, ik wil eigenlijk alleen geconfronteerd worden met mijn eigen nationale cultuur' noemen we geen multiculturalist. Integendeel, zullen sommigen verontwaardigd stellen. Multiculturalisten zullen zo iemand aanduiden als een 'monoculturalist' B en dat is niet als een compliment bedoeld.

En nu het spiegelbeeld van de vorige positie. Stel iemand zegt: 'Ik leef in een benauwde monoculturele samenleving, maar ik wil eigenlijk in een multiculturele samenleving leven' - zo iemand kunnen we 'without strain of language' een 'multiculturalist' noemen.

Als de hier gepresenteerde gedachtenexperimenten doorslaggevend zijn, zou men het normatieve element prioriteit kunnen verlenen boven het descriptieve element.

Maar in de praktijk zal het waarschijnlijk het meeste voorkomen, denk ik, dat men het normatieve verdedigt in combinatie met het descriptieve. De multiculturalist *bepleit* de culturele diversiteit die hij om zich heen in zekere mate *aantreft*, en die hij graag vergroot wil zien.

Feitelijk bestaande diversiteit en diversiteit als normatief ideaal dus. Laten we dit als de eerste twee kenmerken van multiculturalisme beschouwen, waarbij het normatieve element als het belangrijkste kan worden aangemerkt.

3.Het tweede probleem: de omschrijving is te ruim

Dat brengt ons op een tweede probleem, een probleem dat hiervoor reeds werd aangestipt. Het is namelijk de vraag of deze omschrijvingen niet te ruim zijn. In de hier gegeven omschrijvingen valt het multiculturalisme samen met *pluralisme*: met elke opvatting die diversiteit constateert en diversiteit positief waardeert. Als men deze omschrijving als uitgangspunt zou nemen, zou eigenlijk een groot deel van de liberale traditie tot het multiculturalisme moeten worden gerekend. Neem John Stuart Mill's *On Liberty*.³ We vinden daarin een pleidooi voor diversiteit. Mill probeert aan te geven dat mensen feitelijk van elkaar verschillen en dat het ook goed is dat mensen van elkaar verschillen. Hij bepleit verder een maatschappelijke en politieke structuur waarin die verschillen optimaal tot hun recht kunnen komen en hij beveelt beginselen aan (het 'harm-principle') waardoor dit kan worden gewaarborgd.

Men kan ook denken aan het werk van Isaiah Berlin. Berlin heeft in verschillende opstellen het pluralisme verdedigd en dat gecontrasteerd met wat hij het 'monisme' heeft genoemd.⁴ Zou men dan ook Berlin een 'multiculturalist *avant la lettre*' moeten noemen?

Velen zullen hier een zekere aarzeling voelen. Maar wat wringt er dan? Misschien dit: wil men het multiculturalisme een zelfstandige plaats geven naast een aantal andere idealen dan zou men het conceptueel moeten omlijnen op een manier waarbij het werkelijk iets nieuws toevoegt aan het bestaande arrangement aan politieke ideeën. Als multiculturalisme in feite identiek is aan pluralisme,⁵ dan is het niet zo zinvol een nieuwe term te introduceren. We zullen dus in ieder geval de hiervoor gegeven ruime omschrijvingen moeten concretiseren. Maar hoe?

4.Nog een gedachtenexperiment: multiculturalisme als activistisch credo

Het is, opnieuw, een gedachtenexperiment dat ons verder kan helpen. Stel, ik constateer culturele diversiteit in de samenleving waarin ik leef. Ik weet deze ook positief te waarderen. Maar ik denk dat de culturele diversiteit niet groter kan zijn dan deze is. Wat ben ik dan? Ik ben een multiculturalist volgens de ruime omschrij-

3Mill, J.S., *On Liberty*, Penguin Books, Harmondsworth 1977 (1859).

4In: Berlin, Isaiah, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, Oxford etc. 1975 (1969). Vgl. over hem: Ignatieff, Michael, *Isaiah Berlin. A Life*, Chatto & Windus, London 1998.

5Vgl. daarover: Kekes, John, *The Morality of Pluralism*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1993.

ving. Maar het is een soort van passief multiculturalisme dat zich op gespannen voet lijkt te verhouden met wat men als een essentieel onderdeel van het credo kan zien. Gaat het om iemand die tevreden is met de toestand dan is het een soort van 'happy multiculturalism' of 'zelfgenoegzaam multiculturalisme'. Gaat het om iemand die ontevreden is met de toestand, dan gaat het om een pessimistisch of gelaten multiculturalisme. Maar in beide gevallen ontplooit men geen enkele activiteit tot het vergroten van de bestaande hoeveelheid culturele diversiteit. De vraag is nu: kan dat? Of in relatie tot onze vraag: kan men met enig recht een dergelijke houding als 'multiculturalistisch' typeren?

Ik denk dat velen weer zullen aarzelen, en terecht. In het multiculturalisme moet iets zitten van ontevredenheid, ontevredenheid over het feit dat de culturele diversiteit niet groter is dan deze is en tevens ontevredenheid over het feit - wat belangrijker is - dat geen maatregelen worden genomen om deze variëteit te stimuleren. Multiculturalisme is derhalve een *activistisch credo*; het moet iets willen veranderen, want anders is het geen multiculturalisme.

Als dit waar is, dan hebben we onze omschrijving van multiculturalisme geconcretiseerd met een derde kenmerk. Multiculturalisme is ook:

(3) De overtuiging dat culturele diversiteit groter kan zijn dan het geval is in de bestaande democratische rechtsstaten en de poging dat te bewerkstelligen.

5.H et derde probleem: weet de multiculturalist wát hij wil?

Maar hebben wij nú, met de genoemde drie kenmerken, een bevredigende omlijning gegeven aan het concept 'multiculturalisme'? Of is de omschrijving nog steeds te ruim?

Ter beantwoording een nu zo langzamerhand beproefd procedé: denk aan het volgende. Ik constateer diversiteit, ik waardeer diversiteit en die diversiteit is mij niet groot genoeg. Ik heb bovendien het gevoel dat deze groter *kan zijn* dan deze feitelijk is en ook groter zou *moeten zijn*.

Hiermee voldoe ik aan de eerste drie kenmerken van multiculturalisme zoals hiervoor omlijnd. Maar *hoe* kan de multiculturaliteit worden vergroot? Vraag mij niet hoe. Ik heb geen flauw idee hoe we grotere diversiteit kunnen bewerkstelligen dan die feitelijk bestaat. Ik ben dan zin ook een 'ongelukkige multiculturalist'. Ik klaag en klaag, maar ik weet niet echt iets constructiefs te ontwerpen op grond waarvan de culturele diversiteit groter kan worden dan deze is. En dan lijkt mijn zo langzamerhand nu bekende vraag weer opportuun: kan ik mij met enig recht een 'multiculturalist' noemen?

Het zal duidelijk zijn dat in de bewoordingen van deze vraag reeds een suggestie voor het antwoord zit. Het antwoord is 'nee'. Maar waarom? Ik denk dat een multiculturalist ook iets van een (realiseerbaar) politiek programma moet hebben. Hij moet een idee hebben, al is het maar provisorisch, *hoe* hij de bestaande culturele diversiteit kan vergroten. En dat brengt ons op een vierde kenmerk van multiculturalisme:

(4) De overtuiging dat de adoptie van een bepaalde politiek, bijvoorbeeld de aanvaarding van het recht op culturele identiteit (maar ook andere maatregelen zijn denkbaar), de culturele diversiteit kan vergroten.

In die laatste zin blijkt S.W. Couwenberg, een andere kenner van het multiculturalisme en bovendien een actief participant aan de Nederlandse discussie over dit onderwerp, een multiculturalist te zijn. Wanneer hij de positie van de Koerden in Turkije bespreekt, stelt hij immers dat Turkije zich al jarenlang schuldig maakt aan 'systematische en gewelddadige repressie van de rechten van de Koerden op eigen taal en cultuur en daardoor aan racistisch geïnspireerd staatsterrorisme'.⁶ Deze kritiek vooronderstelt een (collectief) recht op eigen taal en cultuur. In een ander artikel formuleert Couwenberg het als volgt 'De vele staatloze volken van de wereld hebben niettemin recht op een redelijke mate van politiek-culturele zelfbeschikking binnen de staat waarvan zij door de grillige loop der historie deel uitmaken. Het gaat hier om een internationaal erkend collectief mensenrecht. Ook de ideologie van het multiculturalisme komt op voor politieke erkenning van op culturele identiteit gebaseerde verschillen tussen mensen. Daardoor kunnen staatloze volken hun eigen taal en cultuur in stand houden en ontwikkelen'.⁷

Nu behoeft het multiculturalisme zich niet te committeren aan één specifieke strategie tot het vergroten van culturele diversiteit. Er zijn ook andere strategieën bedacht om de hoeveelheid culturele uitingen in een samenleving te verhogen. Zo wordt in de Verenigde Staten een intensieve discussie gevoerd over het universitair curriculum. Dit zou - althans volgens de strategen van het multiculturalisme - meer de bestaande culturele variëteit moeten weerspiegelen. Dus - om mij even tot filosofie te beperken - niet een filosofiegeschiedenis met alleen Plato en Aristoteles,⁸ maar daarin ook aandacht voor Afrikaanse en Chinese filosofen.⁹

Pas nu lijken we een concept van multiculturalisme te hebben omlijnd dat zinvol is. Ik zal dan ook hiermee mijn analytische uiteenzettingen beëindigen. Multiculturalisme heeft dus vier dimensies:

- een beschrijvende (er bestaat culturele diversiteit);
- normatieve (die diversiteit is goed);
- politieke (we moeten deze diversiteit stimuleren);
- strategische dimensie (daartoe zijn veranderingen in onze instituties nodig).

6Vgl. Couwenberg, S.W., 'Wij zijn anders! Identiteitsstrijd als constante in het beschavingsproces', in: *Civis Mundi*, oktober 1998, nr. 4., pp. 163-171, p. 168.

7Couwenberg, S.W., 'Multi-etnisch samenleven moet geen dogma zijn', in: *De Volkskrant*, 23 augustus 1999.

8Bloom, Allan, *The Closing of the American Mind*. How Higher Education has Failed Democracy and Impoverished the Soul of Today's Students, Simon and Schuster, New York 1987 bepleit het lezen van de klassieken. Een recente kritiek is: Nussbaum, Martha C., *Cultivating Humanity*. A Classical Defense of Reform in Liberal Education, Harvard University Press, Cambridge (Mass), London 1997.

9Zoals in: Boss, Judith A., *Ethics for Life*. An Interdisciplinary and Multicultural Introduction, Mayfield Publishing Company, Mountain View, California, London, Toronto 1998 of in: Cooper, David L., *Ethics*. The Classic Readings, Blackwell, Oxford 1998 met daarin naast selecties uit Plato en Aristoteles ook passages van Mencius, Hsun Tzu, de Bhagavad Gita en Santideva. Ook het monumentale werk van S.E. Finer zou men als 'multicultureel' kunnen opvatten, omdat het veel aandacht besteedt aan niet-westerse culturen. Vgl. Finer, S.E., *The History of Government*, I/II/III, Oxford University Press, Oxford New York 1997/1999.

6. Twee soorten multiculturalisme: modern en postmodern

Bezie men nu het gebruik van het woord 'multiculturalisme' in de literatuur dan zal men constateren dat lang niet alle auteurs die zichzelf 'multiculturalist' noemen beantwoorden aan de vier kenmerken, zoals hiervoor omlijnd. Velen sympathiseren met multiculturalisme op basis van een voorliefde van pluriformiteit. Velen onderschrijven dus alleen de eerste twee kenmerken van het multiculturalisme. Dat is een feitelijke stand van zaken waarvan we ons rekenschap zullen moeten geven en misschien is het daarom het beste twee vormen van multiculturalisme te onderscheiden.

De eerste zou men het 'modern multiculturalisme', 'zacht multiculturalisme' of 'gematigd multiculturalisme' kunnen noemen. Daarbij constateert men verschillende culturele invloeden en waardeert men die invloeden positief (de eerste twee kenmerken). Maar men commiteert zich niet aan het derde en vierde kenmerk, zoals hiervoor omlijnd, omdat men ervan uitgaat dat de bestaande catalogus aan mensenrechten voldoende ruimte biedt voor culturele pluriformiteit. Wanneer die pluriformiteit dan nog onvoldoende zichtbaar is geworden, dan is dat te wijten aan het feit dat de rechten nog onvoldoende zijn geïmplementeerd. Niet aan het feit dat de bestaande lijst met mensenrechten niet deugt of onvolledig is.

Daartegenover staat het 'postmodern multiculturalisme', het 'hard multiculturalisme' of het 'radicaal multiculturalisme'. Hierbij neemt men afstand van de verlichtingsbeginselen van het modernisme. Men kritiseert de eurocentrische houding van de bestaande mensenrechtentraditie en men meent dat iets serieus mis is met de bestaande lijst van mensenrechten.

Wij zullen hier het modern multiculturalisme verdedigen. Dat wil zeggen: de moderne variant is aanvaardbaar, maar eigenlijk niet veel anders dan het systeem dat we nu hebben. De postmoderne variant zou een complete verandering van ons bestaande systeem van grondrechten betekenen, maar een die we niet moeten doorvoeren omdat daarmee per saldo minder multiculturele uitingen gewaarborgd zijn dan onder het systeem zoals we dat nu kennen. Het is deze stelling die hierna wordt uitgewerkt.

(a) Modern multiculturalisme

Het 'moderne multiculturalisme' neemt als uitgangspunt de verscheidenheid die wordt gewaarborgd door de bestaande klassieke grondrechten. Men zou het ook kunnen aanduiden als het 'multiculturalisme van onze grondwet' of het 'multiculturalisme dat wordt gewaarborgd door de bestaande mensenrechtenverdragen'. Dit modern multiculturalisme faciliteert een pluriformiteit aan uitingen, praktijken en culturen die mogelijk wordt gemaakt door grondwettelijke en verdragsrechtelijke rechten als de vrijheid van meningsuiting, vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, vrijheid van vereniging en vergadering en andere fundamentele rechten.

Over de aard van die grondrechten kunnen burgers tegenwoordig zelf meebeslissen. Een grondrecht is immers geen natuurrecht, maar menselijk recht. En over

menselijk recht kunnen burgers sinds de verwerkelijking van democratie beschikken. Maar hoewel grondrechten democratisch modificeerbare rechten zijn, willen we ze ook niet overleveren aan het enthousiasme van het moment. Vandaar dat we ze een diepere verankering geven dan in de volkswil van de helft plus één. Dat laatste noemen we 'rechtsstaat' (in het Engels: 'constitutionalism').¹⁰

Een systeem waarin men rechtsstaat en democratie probeert recht te doen we-dervaren, noemen we een 'democratische rechtsstaat' (in het Engels: 'liberal democracy'). Dit is ook het ideaal voor Nederland. De democratische rechtsstaat heeft zijn wortels in de Verlichting, in wat men wel noemt het 'moderne' denken, maar elementen daarvan waren ook gewaarborgd in de klassieke oudheid. Zo vinden we sporen van rechtsstaat en democratie in het oude Griekenland en in de Romeinse republiek.¹¹

Dat moderne denken heeft een historisch ongekende hoeveelheid multiculturele uitingen mogelijk gemaakt, vandaar dat het verantwoord lijkt te spreken van een 'modern multiculturalisme'. Het breekt met een oudere praktijk van het *cuius regio, eius religio*: de vorst bepaalt de godsdienst. In een moderne rechtsstaat vormt het individu het uitgangspunt. Hij is een drager van rechten. Niet alleen van 'gewone rechten', zoals te vinden in gewone wetten. Maar ook van fundamentele rechten, zoals te vinden in grondwetten en verdragen (zie hierover de typologie van rechten zoals gepresenteerd in hoofdstuk 1).

Grenzen aan culturele pluriformiteit

Natuurlijk worden aan die hoeveelheid culturele uitingen grenzen gesteld. Bepaalde zaken sluiten we uit. Non-discriminatiebepalingen uit het Wetboek van Strafrecht bijvoorbeeld, stellen grenzen aan de hoeveelheid uitingen en dus ook aan de hoeveelheid culturen die we binnen de Nederlandse rechtsorde menen te kunnen gedogen. Een racistische cultuur, zoals die van de Zuidelijke Staten vóór de Amerikaanse burgeroorlog (een cultuur met zeer oude geloofsbrieven, ja men kan wel zeggen: één van de oudste culturen uit de wereldgeschiedenis), proberen we binnen de Nederlandse rechtsorde uit te sluiten. Dat verkleint inderdaad de multiculturaliteit van Nederland. Maar we achten die inperking noodzakelijk ter bescherming van de rechten van minderheden, waarbij 'minderheden' dan worden gehanteerd in brede zin en dus niet alleen ter aanduiding van een etnische minderheid.

Twee soorten rechten in relatie tot multiculturaliteit

Uit het voorgaande blijkt dat we de rechten kunnen indelen in twee categorieën:
(i) Multiculturaliteit bevorderende rechten;

¹⁰Vgl. Zoethout, C.M., 'Reflections on Constitutionalism in the Netherlands', in: Zoethout, Carla M., & Tang, Ger van der, & Akkermans, Piet, eds., *Control in Constitutional Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London 1993, pp. 153-163.

¹¹Vgl. Kinneging, Andreas A.M., *Aristocracy, Antiquity & History*. Classicism in Political Thought, Transaction Publishers, New Brunswick and London 1997, pp. 37-139. Vgl. voor essentiële verschillen tussen de antieken en de modernen: Constant, Benjamin, *De la Liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*. Discours prononcé à l'Athénée royal de Paris en 1819, in: Benjamin Constant, *Écrits politiques*. Textes choisis présentés et annotés par Marcel Gauchet, Gallimard, Paris 1997, pp. 591-619

(ii) Multiculturaliteit beperkende rechten.

Tot de eerste categorie behoren de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van godsdienst. Zij faciliteren een pluraliteit aan meningsuitingen en godsdienstige uitingsvormen. Vrijheden als die van vereniging en vergadering maken het bovendien mogelijk dat die pluraliteit aan culturen organisatorisch gestalte krijgt.¹²

Maar daar staat een tweede categorie rechten tegenover die de multiculturaliteit indammen wanneer de grondslagen van onze beschaving in het geding zijn. Een voorbeeld daarvan is art. 1 van de grondwet, het gelijkheidsbeginsel. Dat geeft aan dat mensen niet mogen worden gediscrimineerd op grond van hun godsdienst, hun ras, hun seksuele voorkeur en andere kenmerken die een grievende behandeling van mensen met zich meebrengen.

(b) Postmodern multiculturalisme

Maar nu het probleem. Er is een groep van theoretici die onvrede heeft met dat 'modern multiculturalisme'. Het multiculturalisme van onze grondwet is hen niet multicultureel genoeg. Sterker nog: het werkt onderdrukkend en marginaliserend, stellen zij. Een woord dat in deze context vaak valt is 'verschil'. De kritici van het modern multiculturalisme willen een politiek van 'identiteiten', zij bepleiten een cultuur waarin 'ruimte is voor verschil'. Zij menen zelfs dat in de democratische rechtsstaten waar het modern multiculturalisme gerealiseerd wordt groepen mensen onderdrukt worden, buitengesloten, gemarginaliseerd.¹³

¹²Uitvoerder: Cliteur, P.B., 'What is the Task of the State in Upholding Values in a Pluralistic Society?', in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Vol. 83, 1997, 327-337.

¹³De literatuur over dit onderwerp is onoverzichtelijk groot. De belangrijkste bronnen zijn: Taylor, Charles, 'The Politics of Recognition', in: Gutman, Amy, ed., *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1994, pp. 25-75 en Kymlicka, W., ed., *The Rights of Minority Cultures*, Oxford University Press, Oxford 1995. Een pleidooi voor multiculturalisme is ook: Walzer, Michael, *Tolerantie*, Ten Have, Schoten 1998. Een goede en kritische introductie tot het multiculturalisme geeft: Tempelman, Sasja, 'Constructions of Cultural Identity: Multiculturalism and Exclusion', in: *Political Studies*, 1999, pp. 17-31; Galenkamp, Marlies, 'Van Anon-discriminatie naar Eigen identiteit. Trends in het multiculturalisme-debat', in: *Beleid & Maatschappij*, 1998/1, pp. 40-50. De aanhang van het multiculturalisme bij Nederlandse politieke partijen wordt besproken door: Thijn, Ed. van, 'De multiculturele samenleving. Convergentie of divergentie?', in: Bovens, Mark, Pellikaan, Huib, Trappenburg, Margot, red., *Nieuwe tegenstellingen in de Nederlandse politiek*, Beleid en Maatschappij, Jaarboek 1997/98, Boom, Amsterdam 1998, pp. 82-97. Het multiculturalisme blijkt met name aan te slaan bij het CDA en bij GroenLinks. Multicultureel georiënteerd in Nederland is verder ook: Duyvendak, Willem, 'De toekomst van multicultureel Nederland. Wat staat er naast de Toren van Babel en de Babelbontse berg?', in: *Rekenschap*, maart 1999, pp. 38-50. Een kritiek vindt men bij: Schlesinger, Arthur, Jr., *The Disuniting of America. Reflections on a Multicultural Society*, Revised and Enlarged Edition, W.W. Norton & Company, New York/London 1998 en voor Nederland bij: Brugman, J., *Het raadsel van de multicultuur*. Essays over islam en integratie, Meulenhoff, Amsterdam 1998. Overwegend kritisch zijn ook de opstellen in: Gruppelaar, Jaap, en Wils, Jean-Pierre, red., *Multiculturalisme*, Cekun/Damon, Best 1998. Overwegend sympathiserend: Willet, Cynthia, ed., *Theorising Multiculturalism. A Guide to the Current Debate*, Blackwell, Oxford 1998.

Nu maken de critici van het modern multiculturalisme een punt. De tweede categorie rechten, de multiculturaliteit indammende rechten, waarvan het gelijkheidsbeginsel als voorbeeld werd opgevoerd, maken immers een radicaal multiculturalisme onmogelijk.

Bovendien, zo kan men als kritiek op het modern multiculturalisme aanvoeren, stimuleren de klassieke vrijheidsrechten een uniforme cultuur. Overal *dezelfde* vrijheid van meningsuiting. Overal *dezelfde* vrijheid van godsdienst. Weliswaar maakt dat verschillende meningsuitingen mogelijk en verschillende godsdiensten, maar die vrijheden of aanspraken daarop, die zijn universeel. Dit wordt wel teruggevoerd op het verlichtingsdenken 'waarin weinig plaats is voor cultuurverschillen'.¹⁴ De praktijk van het liberalisme zou zijn: 'Wordt mijn evenbeeld, ik ben uw lichtend voorbeeld'.¹⁵

De critici van het modern multiculturalisme zijn van deze uniformerende elementen van het modern multiculturalisme zó onder de indruk dat zij een nieuw soort multiculturalisme, een meer radicale variant bepleiten. Zo ontstaat een vorm die men zou kunnen aanduiden als 'postmodern' of 'radicaal'. Het is *postmodern* omdat het afstand neemt van het moderne denken, afstand van de Verlichting. De Verlichting, de periode waarin de klassieke vrijheidsrechten naar voren zijn gekomen en bepleit als universeel, wordt verantwoordelijk geacht voor een grote 'Gleichmacherei'.¹⁶

7. Waarom voldoet het multicultureel toelaatbare van de democratische rechtsstaat niet?

Een vraag die we met enig recht aan de critici van het modern multiculturalisme kunnen stellen is: 'Op welke punten is het bestaande regime van mensenrechten zoals dat in de democratische rechtsstaat te onderkennen valt te bekennend voor minderheden, etnisch dan wel anderszins?'. En: 'Welke veranderingen zouden we moeten aanbrengen in de institutionele arrangementen van de democratische rechtsstaat opdat deze meer mogelijkheden geven voor culturele pluriformiteit?'.

Deze vragen zijn voor de postmoderne multiculturalisten echter doorgaans te praktisch, ja te laag bij de gronds, zo lijkt het. Men beklemtoont dat de westerse cultuur ook maar 'één cultuur' onder vele is en dat deze niet het 'alleenrecht' heeft. Wat ongetwijfeld juist is, maar wat men vaak vergeet, is dat de westerse cultuur wel in die zin een open cultuur is dat door de vrijheidsrechten een grote ruimte wordt geboden aan de meest diverse cultuuruitingen. Die ruimte is niet grenzenloos, zeker, maar dat is misschien niet een beperking van de *westerse* cultuur, alswel een beperking van *cultuur als zodanig*. In (elke) cultuur, welke dan ook, zit altijd, zoals Freud goed wist, een zeker 'U nbehagen'. Het sluit dingen uit. Volgens Freud was het de onbelemmerde seksualiteit die werd uitgesloten en zou *moeten* worden uitgesloten,

¹⁴Gowricharn, Ruben, 'Nogmaals: het miskende pluralisme', in: *Rekenschap*, maart 1999, pp. 47-50, p. 50.

¹⁵Idem, p. 50.

¹⁶Vgl. voor een briljante analyse van het postmodernisme op dit punt: Eagleton, Terry, *The Illusions of Postmodernism*, Blackwell, Oxford 1996.

een punt waarop hij onenigheid kreeg met zijn leerling Reich die *in sexualibus* roomser dan de paus was.¹⁷

De vraag of ten aanzien van sexualiteit Freud of Reich gelijk had kunnen we hier laten rusten. Maar de vraag of een cultuur kan bestaan die niets uitsluit, is een relevante vraag. Naar mijn idee is dat niet het geval. Een cultuur die niets uitsluit bestaat niet.¹⁸ Wat wel bestaat, zijn culturen die *zo min mogelijk* uitsluiten. Maar psychopathische moordenaars, organisaties als de Ku Klux Klan of terroristen worden in geen enkele moderne cultuur gedoogd. Zij worden 'uitgesloten' of 'gemarginaliseerd'. Geen enkele samenleving of cultuur staat 'tolerant' tegenover dit soort 'anders-zijn'. De 'identiteiten' van deze personen worden niet 'erkend'. En elke 'identiteitspolitiek' die daarin verandering zou willen brengen wordt vanuit het verlichtingsstandpunt - op goede gronden, lijkt mij - afgewezen.

8. Het wereldvreemde van het postmodern multiculturalisme

Het merkwaardige met de postmoderne multiculturalisten is dat men zelden *reëel bestaande* culturen met elkaar vergelijkt. Wat men doet, is de westerse cultuur de maat nemen met in het achterhoofd een denkbeeldige of utopische cultuur die niets uitsluit. Men meent dat men een punt gemaakt heeft met de constatering dat de westerse cultuur 'ook dingen uitsluit' en dat de procedureregels die het beschaafd debat tussen culturen mogelijk maken toch maar als universeel worden geproclameerd. En met dat punt hebben de critici gelijk. Maar zij hebben geen gelijk met de suggestie die in hun punt besloten ligt, namelijk dat een andere reëel bestaande cultuur mogelijk is die niets uitsluit en wellicht ook niet een reëel bestaande cultuur die minder uitsluit dan de westerse democratische rechtsstaten. Althans, zij hebben dat nog niet duidelijk weten te maken.¹⁹

Om de postmoderne of radicale multiculturalisten uit te dagen kan men ook stellen dat het maximaal haalbare in termen van multiculturaliteit juist wordt geleverd door de moderne westerse democratische rechtsstaat. Het is ons althans niet

17Vgl. over Reich: Mulisch, Harry, *Het seksuele bolwerk*, De Bezige Bij, Amsterdam 1973. Men zou overigens ook Marcuse kunnen opvoeren. Vgl. Marcuse, Herbert, *Eros and Civilization*. A Philosophical Inquiry into Freud, Beacon Press, Boston 1966 (1955).

18In deze zin ook, met voorbeelden: Tempelman, O.c., p. 21.

19Onwillekeurig moet men denken aan de tegenstelling tussen de utopist Rousseau en de realist Voltaire.

Voltaire wil bestaande maatschappijen vergelijken, Rousseau neemt de samenleving waarin hij leeft de maat met een utopische gedachteconstructie. Vgl. Voltaire aan J.J. Rousseau, le 30 août 1755: 'On ne peut peindre avec des couleurs plus fortes les horreurs de la société humaine, dont notre ignorance et notre faiblesse se promettent tant de consolations. On n'a jamais employé tant d'esprit à vouloir nous rendre bêtes; il prend envie de marcher à quatre pattes, quant on lit votre ouvrage. Cependant, comme il y a plus de soixante ans que j'en ai perdu l'habitude, je sens malheureusement qu'il m'est impossible de la reprendre, et je laisse cette allure naturelle à ceux qui en sont plus dignes que vous et de moi'. Vgl. Voltaire, *Lettres*, Présentées par Gérard Delaisement, Didier, Bruxelles, Paris Montréal 1968, p. 57. Voltairiaans is ook het commentaar van Dickens op de edele wilde. Vgl. Dickens, Charles, 'The Noble Savage', in: *Household Words*, 11 June 1853, ook in: John Carey, ed., *The Faber Book of Utopias*, Faber & Faber, London 1999, pp. 239-245.

bekend hoe we een grotere multiculturaliteit kunnen organiseren dan die we gerealiseerd hebben in de open samenlevingen van het westen. En als we dat wél zouden weten, dan zouden we dat meteen organiseren. Alle suggesties zijn welkom, elke voorgestelde verandering die als een verbetering kan gelden wordt onmiddellijk doorgevoerd.

Is dit westerse arrogantie? Of nuchter realisme? Wat multiculturaliteit betreft is het assimilatieproces van de westerse samenlevingen bijkans grenzenloos. Nu dus niet assimilatie in de betekenis dat de vreemdeling moet assimileren binnen de westerse cultuur, maar assimilatie in de betekenis dat de westerse cultuur het vreemde in eigen gelederen heeft geïncorporeerd. De westerse cultuur heeft al vele veranderingen doorgemaakt en vele, haar grondslagen schijnbaar aantastende, samenlevingsexperimenten zijn voltrokken en hebben tot aanpassingen geleid.

Het valt echter nog niet in te zien hoe het postmodern multiculturalisme geslaagd is in het formuleren van werkelijke uitdagingen voor de cultuur van de democratische rechtsstaat. Het doet geen voorstellen waarvan verwacht kan worden dat deze de multiculturaliteit beter zouden waarborgen dan met de bestaande arrangementen. Charles Taylor bepleit een 'identiteitspolitiek' die sterk doet denken aan de verzuilde structuur van Nederland uit de jaren vijftig.²⁰ Het probleem is echter dat we daarmee lijken terug te gaan naar een progressief geïnspireerde apartheidspolitiek, waarbij de overheid middels wetgeving groepsidentiteiten zou moeten gaan beschermen. Daaraan kleven nogal wat bezwaren, aangezien het individuen *binnen* die groepen achterstelt boven een dominante groepsidentiteit. De overheid gaat dan vergaand partij kiezen in het maatschappelijke debat over welke cultuuruitingen waardevol zouden moeten worden geacht. Het is ook een terugkeer van het *cuius regio, eius religio* omdat een individu wordt opgesloten in een vermeende, langs officiële weg erkende, groepsidentiteit.

Ook de kritiek dat in het verlichtingsdenken 'weinig plaats is voor cultuurverschillen'²¹ is in die zin misleidend dat de Verlichting ons nog steeds de meest hanterbare spelregels heeft geleverd via welke cultivering van verschil op vreedzame

²⁰Hoezeer de identiteitspolitiek die Taylor en Kymlicka voorstellen lijkt op de oude verzuilingspolitiek, blijkt ook uit een citaat dat Couwenberg geeft van Bruins Slot, een prominent vertolker van de verzuilingstraditie. Bruins Slot zei dat wat ons bindt zuiver negatief van aard is, namelijk de erkenning van elkaar ieder in zijn bijzondere eigen aard en het scheppen van alle ruimte voor het beleven van die eigen aard. Elke andere poging wat ons bindt onder een algemene noemer te brengen zou moeten worden afgewezen, aldus Bruins Slot. Vgl. J.A.H. Bruins Slot, 'Emancipatie en integratie', in: *Antirevolutionaire Staatskunde*, oktober 1964, zoals aangehaald bij Couwenberg in *Civis Mundi*, 1998, p. 164. Galenkamp wijst in het aangehaalde nummer van *B&M* eveneens op de parallel tussen identiteitspolitiek en verzuilingspolitiek en geeft aan dat wat het model van A. Kuyper dan nog voorheeft op dat van Kymlicka en Taylor, is dat de Nederlandse verzuiling zich niet had ingelaten met de kwestieuze notie van 'groepsrechten': 'De rechten kwamen dus niet aan religieuze groeperingen als zodanig toe, maar aan individuele burgers'. Galenkamp. *O.c.*, p. 47.

²¹Gowricharn, Ruben, 'Nogmaals: het miskende pluralisme', in: *Rekenschap*, maart 1999, pp. 47-50, p. 50.

manier kan plaatsvinden. Zelfs de meest voortvarende critici van de Verlichting²² moeten *dít* toch eigenlijk wel toegeven.

Het multiculturalisme wordt dus gekenmerkt door een merkwaardige paradox. Het manifesteert zich als een fundamentele kritiek op de westerse, democratische rechtsstaten, maar bij nadere inspectie blijkt juist het mensenrechtenregime van deze staten de beste waarborg voor multiculturaliteit. Het 'zachte' of 'moderne' multiculturalisme geeft de meeste mogelijkheden voor cultivering van verschil. En het 'harde' of 'postmoderne' soort neigt ertoe maatregelen te verdedigen die juist een bedreiging vormen voor de cultivering van verschil.

Het postmodern multiculturalisme blijkt bij nadere overweging ook overeenkomsten te hebben met het cultuurrelativisme, zoals in het vorige hoofdstuk omschreven. De cultuurrelativist neigt tot een overaccentuering van cultureel verschil. Geen enkele cultuur zou zich als rechter over een andere cultuur mogen opwerpen. Deze houding wordt door de radicaal multiculturalist van het internationale terrein overgeheveld naar het nationale terrein. Zoals de cultuurrelativist ontkent dat een gemeenschappelijk respect voor minima moralia *op het internationale terrein* richtinggevend kan zijn, zo ontkent de postmodern multiculturalist dat verschillende culturen *binnen één land* elkaar op één gemeenschappelijke noemer zouden moeten kunnen vinden.

In de praktijk blijkt het radicaal multiculturalisme echter weinig aanhangers te hebben. Weliswaar is de term 'multiculturalisme' populair, maar de uitwerking die men daaraan geeft wijst doorgaans in de richting van het zachte (en dus aanvaardbare) multiculturalisme. De Nederlandse politiek commentator Paul Bordewijk citeert het rapport *Wisselwerking* van de PvdA. Daarin belijdt de PvdA een voorkeur voor een multiculturele samenleving, een ideaal dat men als volgt omschrijft: 'Daarmee wordt bedoeld dat er naar een maatschappij wordt gestreefd waarin iedereen kan participeren zonder onderscheid naar uiterlijk of afkomst'.²³

Het is een mooi ideaal, maar hierin komt een vorm van multiculturalisme naar voren dat hiervoor als 'modern multiculturalisme' is getypeerd. Het is het multiculturalisme van onze bestaande reeks van grondrechten en mensenrechten en geen 'postmodern multiculturalisme'.

Men kan het ook als volgt formuleren. Multiculturaliteit is alleen mogelijk wanneer de voorwaarden waaronder deze multiculturaliteit gestalte kan krijgen worden gezien als betrekkelijk universele waarden. Een samenleving zonder een gedeeld corpus aan waarden, al zijn het maar waarden van procedurele aard, verliest elk cement. Terecht heeft dan ook de Amerikaanse historicus Schlesinger gesproken van het radicaal of postmodern multiculturalisme als een stroming die een 'Disuniting of America' teweeg zou kunnen brengen. Het gevaar dat een radicaal multiculturalisme ook de sociale cohesie in Europese landen zou kunnen bedreigen, is niet denkbeeldig.

En dat brengt ons bij het volgende hoofdstuk.

22Zoals: Scruton, Roger, *An Intelligent Person's Guide to Modern Culture*, Duckworth, London 1998, pp. 21-27.

23Bordewijk, Paul, 'Multiculturele folklore', in: *Intermediar*, 15 juli 1999, p. 37.

HOOFDSTUK 4

SOCIALE COHESIE EN MENSENRECHTEN

1. Leidt een cultuur van respect voor mensenrechten tot vermindering van sociale cohesie?

We zijn het vorige hoofdstuk geëindigd met een uitspraak van Arthur Schlesinger. Hij meende dat America met de aanvaarding van het radicaal multiculturalisme uiteen zou vallen. Schlesinger is een Amerikaanse 'liberal'. Dat wil zeggen: een progressieve politieke denker, misschien in het Nederlands nog het beste te vertalen met een sociaal-democraat. Men staat voor mensenrechten en democratie. Voor Schlesinger zijn dat duidelijk individuele waarden en een terugval in een vorm van groepsidentiteiten ziet hij als een achteruitgang.

Centraal in zijn argumentatie is de vrees voor een 'uiteenvallen' van de Verenigde Staten wanneer het cultiveren van groepsidentiteiten gewoon zou worden. In de terminologie die men daar tegenwoordig voor hanteert, zou men kunnen zeggen: Schlesinger is bezorgd over de *sociale cohesie* van de Amerikaanse samenleving.¹

Vrees voor het uiteenvallen van de samenleving is overigens een thema dat sterk belicht wordt binnen de conservatieve traditie. Centraal staat hier een reflexie op het begrip orde. Conservatieven hebben altijd gewezen op het ontwortelend *individualisme* van de mensenrechten. Mensenrechten zijn rechten voor menselijke individuen. Het brengt een preoccupatie van het individu met zijn eigen positie met zich mee. Het kan gemakkelijk leiden tot een 'cultuur van narcisme'² waarin voor gemeenschapswaarden en voor de sociale cohesie binnen de groep te weinig of helemaal geen aandacht bestaat.³

In zekere zin had Jeremy Bentham, overigens zelf geen conservatief, het denken in termen van individuele rechten reeds bekritiseerd op grond van wat hij noemde het latent 'anarchistisch' karakter.

We zullen nu deze kritiek op mensenrechten wat nader bezien. Centraal staat dan de vraag: verhoudt een preoccupatie met individuele rechten, zoals het geval is in de mensenrechtentraditie, zich op gespannen voet met sociale cohesie? Is de dominantie van mensenrechten wellicht een teken aan de wand in een in toenemende mate 'individualiserende' cultuur?

1 Vgl. over dit thema de bijdragen in: Cliteur, P.B., G.J.J. Heerma van Voss, H.M.T. Holtmaat, A.H.J. Schmidt, red., *Sociale cohesie en het recht*, Koninklijke Vermande / E.M. Meijers Instituut, Leiden 1998.

2 Vgl. Lasch, Christopher, *The Culture of Narcissism. American Life in An Age of Diminishing Expectations*, Warner Books, New York 1979.

3 Een kritiek overeenkomstig deze lijn vindt men ook bij 'communitaristische' denkers. Vgl. Etzioni, Amitai, *The Spirit of Community. The Reinvention of American Society*, A Touchstone Book, Simon & Schuster 1993.

2. Hoe kan in een samenleving sociale cohesie bestaan?

Om die vragen te beantwoorden moeten we ons eerst bezig houden met het idee van sociale cohesie. Hoe kan het zijn dat een samenleving van mensen een zekere orde vertoont? Hoe komt het dat de boel niet uit elkaar valt?⁴ Desintegratie zou toch voor de hand liggen bij zoveel hoofden en dus zoveel zinnen. De Britse filosoof Thomas Hobbes was ruim driehonderd jaar geleden eigenlijk ook al door dit onderwerp gefascineerd en nog verder terug gold dat ook voor Plato en Socrates.⁵ Hobbes had een pessimistisch of B voor wie zijn standpunt deelt B realistisch mensbeeld. Hij vergeleek mensen met wolven. Het is een bekend grapje dat hij daarmee onrecht deed aan de sociale aard van de wolf, maar het zou flauw zijn daarop zo de nadruk te leggen.⁶ Hobbes is tenslotte geen etholoog of bioloog en de analyses die hij over het onderwerp sociale cohesie presenteerde zijn het nog steeds waard om kennis van te nemen. Hoe is het mogelijk dat, gegeven de aard van de mens en met zoveel potentiële conflictstof, er toch iets ontstaat van sociale orde en samenhang? Het antwoord van Hobbes daarop luidde: menselijk inzicht. De mens *begrijpt* dat hij het alleen niet redt en dat zelfs de sterkste afhankelijk is van de loyaliteit van enkele getrouwen die hem de hersens niet inslaan tijdens zijn slaap.⁷ Op basis van dát gegeven komt de mens ertoe een samenleving in te richten. Die samenleving is volgens Hobbes dus geen goddelijk gewilde orde, maar een door mensen bewust in het leven geroepen constellatie met het oog op een goed leven, althans een beter leven dan mogelijk is in een natuurstaat waarin de 'war of all against all' heerst.⁸

4Den Uyl sprak in de jaren tachtig van de politieke opdracht om 'de boel bij elkaar te houden'. Vgl. Schuyt, K., *Sociale cohesie en sociaal beleid*. Drie publiekscolleges in De Balie door Kees Schuyt met discussieverslagen door Jannetje Koelewijn, De Balie, Amsterdam 1997, p. 7.

5Vgl. Barker, Ernest, *The Political Thought of Plato and Aristotle*, Dover Publications, New York 1959 (1918), p. 52 over Socrates: 'The laws of his country were to him a sacred thing, not to be disobeyed, except for righteousness' sake'. Over Plato: Melling, David J., *Understanding Plato*, Oxford University Press, Oxford/New York 1987, p. 3.

6Vgl. over de misvattingen van mensen over het agressieve karakter van bepaalde dieren: Midgley, Mary, *Beast and Man. The Roots of Human Nature*, Routledge, London and New York 1995, p. 25 e.v.

7'It is, therefore, on opinion only that government is founded', schreef David Hume in *Essays, Moral, Political and Literary*, ed. 1875, vol. i, pp. 109, 110. Vgl. ook Dicey, A.V., *Introduction to the law of the constitution*, tenth edition, with introduction by E.C.S. Wade, Macmillan Education, London 1987 (1885), p. 78: 'The authority, that is to say, even of a despot, depends upon the readiness of his subjects or of some portion of his subjects to obey his behests'. Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1961, p. 191 schrijft: 'Even the strongest must sleep at times and, when asleep, loses temporarily his superiority'.

8Een 'war of every man against every man'. Mensen verkeren 'in the state and posture of Gladiators; having their weapons pointing, and their eyes fixed on one another'. Vgl. Hobbes, Thomas, *Leviathan*, edited by Richard Tuck, Cambridge University Press, Cambridge 1996 (1651), p. 90.

Ruim driehonderd jaar later zijn we ook nog met sociale cohesie bezig. Daarbij gaat het zelfs grotendeels om dezelfde vragen zoals die door Hobbess aan de orde werden gesteld en niet zelden worden die vragen gesteld vanuit eenzelfde soort zorg dat 'things fall apart; the center cannot hold'.⁹ Want 'zorg' kan men overal horen doorklinken, wanneer het over dit onderwerp gaat. Kees Schuyt haalt in een serie lezingen over sociale cohesie bewoordingen van koningin Beatrix aan. Zij zegt:

tegenover de verbondenheid van de periode van wederopbouw staat nu de dreiging van een maatschappij die in ontbinding raakt. Er zijn tekenen die wijzen op een reëel gevaar van langzaam afglijden naar een egocentrisch denken en handelen, dat de vrijheid van medemens aantast. We zien verschijnselen van onverdraagzaamheid en ontbrekend medegevoel. Als dit gevaar niet wordt onderkend worden telkens B toegeeflijk en gemakzuchtig B de grenzen verlegd.¹⁰

In enkele zinnen wordt hier heel wat gezegd.

- (1) Er is tegenwoordig geen of minder verbondenheid in de samenleving;
- (2) Dit was anders in de periode van de wederopbouw;
- (3) Dat gebrek aan verbondenheid is een probleem. We moeten het zien in termen van 'ontbinding';
- (4) Dat gebrek aan verbondenheid komt tot uiting of wordt zelfs veroorzaakt door 'egocentrisch denken en handelen';
- (5) De koningin geeft aan welk gevaar verbonden is aan het gebrek aan verbondenheid, namelijk:
de vrijheid van mensen wordt aangetast;
onverdraagzaamheid neemt toe;
medegevoel komt te ontbreken.
- (6) De koningin lijkt ook een remedie te suggereren: wees minder toegeeflijk en gemakzuchtig tegenover de gesignaleerde kwalen.

Wat kan een eenvoudig wetenschapper beter doen dan deze suggesties van zijn majesteit in zeer welwillende overweging nemen, is men geneigd te antwoorden?¹¹ Wat kan men beter doen dan geduldig analyseren hoe het zit met de sociale cohesie om vervolgens een scenario te ontwerpen over wat ons te doen staat?

Men zou aan dit voornemen gevolg kunnen geven door drie vragen aan de orde te stellen die enige richting geven aan deze onderneming.

- (i) Een preliminaire vraag: wat is sociale cohesie?

⁹Turning and turning in the widening gyre

The falcon cannot hear the falconer;

Things fall apart; the center cannot hold.

W.B. Yeats

¹⁰Voor het behoud van de menselijkheid. Vier redevoeringen van Koningin Beatrix, Uitgeverij Balans, Amsterdam 1995, p. 46, aangehaald bij: Schuyt, *Sociale cohesie en sociaal beleid*, p. 16.

¹¹De traditie dat filosofen en andere geleerden in samenspraak met het hoofd van staat belangrijke sociale problemen bespreken lijkt wat in onbruik te zijn geraakt. Het doet denken aan de tijd van Descartes (koningin Christina van Zweden), Leibniz, Voltaire (Frederik de Grote) en Diderot (Catharina de Grote).

- (ii) Vervolgens: door welke factoren of processen kan sociale cohesie worden gevormd?
- (iii) En als laatste: welke is hierbij de rol van het recht, in het bijzonder de mensenrechten?

3. Wat is sociale cohesie? Het empirisch begrip

Alvorens ik de vraag wat sociale cohesie inhoudt probeer te beantwoorden, wil ik eerst mijn houding tegenover het eventueel resultaat van dat onderzoek duidelijk maken. Die houding is dat ik *niet* op zoek ben naar een definitie in essentialistische zin. Dat wil zeggen: ik stel niet de vraag naar het 'wezen' van sociale cohesie, maar de vraag wat we bedoelen wanneer we naar 'sociale cohesie' verwijzen. Weer anders en toch hetzelfde: het gaat om een lexicale of preciserende omschrijving van dat begrip. Kunnen we de noties articuleren die op de achtergrond meevibreren wanneer we onze zorg over gebrek aan sociale cohesie formuleren?

Het is opvallend hoe onbekommerd en weinig precies een dergelijk concept gehanteerd wordt. Ieder heeft daarbij wel wat associaties, maar ongearticuleerd lijken die nog het meest op die van de dichters die ons waarschuwen dat 'mere anarchy is loosed upon the world' of dat 'things fall apart; the center cannot hold'. De meeste pogingen om het begrip sociale cohesie enigszins te omlijnen vinden we bij B het zal niet verbazen B sociologen. Zo presenteert de socioloog Schuyt een 'empirisch begrip' van sociale cohesie. Empirisch, zo schrijft Schuyt, komt het begrip sociale cohesie neer op 'interne bindingskracht van een sociaal systeem (een gezin, een groep, een organisatie, een universiteit, een stad, een samenleving als geheel)'.¹² Het gaat dan om een saamhorigheidsgevoel, het fijn vinden er bij te horen, er bij geweest te zijn. Al die dingen zijn tekenen van binding, aldus Schuyt. Daarbij horen dan ook collectieve rituelen, plechtige bijeenkomsten, liefst jaarlijks en eeuwenoud. Deze houden de binding in stand. Als voorbeelden noemt Schuyt koninginnedag in Amsterdam, de Elfstedenkoorts in Leeuwarden, het zingen van *we are the champions*.¹³

Het lijkt mij van belang dat we goed letten op de geaardheid van dit 'empirisch' begrip van sociale cohesie. Het wordt getypeerd als een gevoel van saamhorigheid. Uit de voorbeelden van Schuyt blijkt verder dat dit gevoel zich kan ontwikkelen naar aanleiding van *elke willekeurige zaak*. Alles wat maar saamhorigheid genereert, kan de sociale cohesie bewerkstellingen volgens het empirisch begrip.

¹²Schuyt, *Sociale cohesie en sociaal beleid*, p. 18.

¹³Sap, John W., *Decency versus Justice*. The Call for Morality in The Netherlands, Van Gorcum, Assen 1997, p. 8 wijst nog op het volgende. 'In particular, the singing of the *Wilhelmus* (the national anthem) at football matches creates a glow of unity in all Dutch supporters, no matter from what walk of life they come. Sometimes I fear that soon we shall find the social cohesion we are looking for only at football matches', says Wolffensperger (D66). Maar *Trouw* van 6 januari 1998 meldt dat de tekst van het *Wilhelmus* nauwelijks nog bekend is bij het grote publiek. De 'glow of unity' zal zich dus waarschijnlijk voordoen bij een meeneuriën op een melodie met tekst die de participanten niet zelfstandig meer zouden kunnen produceren.

Is dit een benadering die voor ons onderwerp vruchtbaar is? Het is duidelijk dat wanneer Schuyt's benadering gevolgd zou worden, voor mensenrechten of het recht in het algemeen geen speciale rol is weggelegd als instrument om sociale cohesie te bewerkstelligen. Maar de vraag is of zijn 'empirisch' begrip van sociale cohesie verhelderend is. Eén ding is duidelijk wanneer wij *klagen* over gebrek aan sociale cohesie lijkt het niet de empirische vorm waarvan wij het ontbreken betreuren, immers er wordt genoeg gevoetbald en de Elfstedenkoorts speelt flink op in bepaalde perioden van het jaar. Maar waarom gaat het dan wel? Misschien kunnen we dat op het spoor komen door enkele gedachtenexperimenten te plegen.

4. Vier gedachtenexperimenten

Experiment 1. Denk aan het volgende voorbeeld. Er is een koning die heerst over een land. Deze koning luistert naar de naam Rex.¹⁴ Rex is een tiran. Hij schroomt niet om zijn onderdanen met de meest brute maatregelen tot de orde te roepen. Hij hanteert een wetboek met slechts één artikel: 'Wat de koning mishaagt levert de doodstraf op'. De koning ontslaat ministers, rechters en andere overheidsfunctionarissen 'naar welgevallen' en het volk, evenals zijn dienaren, sidderen en beven voor de tiran. Maar B en nu komt het B in het land heerst wel orde en rust. Ieder weet wat er gebeurt. Mensen houden heel goed rekening met elkaar, met de wensen van de ministers en met de wensen van de koning. In het land heerst 'law and order',¹⁵ zij het dat deze gebaseerd is op de meest brute dwang.

De vraag ligt voor de hand: bestaat in het land van Rex sociale cohesie?

Experiment 2. Stel we nemen weer als uitgangspunt het rijk van Rex. Rex heeft nog steeds dezelfde opvattingen, maar nu zorgt hij goed voor het overgrote deel van zijn burgers. De agressie van Rex richt zich (i) op het buitenland en (ii) op enkele duidelijk op grond van huidskleur of etnische herkomst herkenbare groepen in zijn land die hij uitsluit als zijnde geen echte rexianen.

Opnieuw de vraag: is sprake van sociale cohesie in het koninkrijk van Rex?

Experiment 3. In het koninkrijk van Rex heerst een enorme solidariteit en bestaat groot saamhorigheidsgevoel, maar dan alleen tussen bepaalde ethnische groepen of groepen die door bloedbanden met elkaar worden verbonden. Binnen die groepen gaat men voor elkaar door het vuur, maar tussen de groepen heerst de Hobbesiaanse 'war of all against all'.

Opnieuw de vraag: is dit een toonbeeld van een samenleving met sociale cohesie?

Experiment 4. In het koninkrijk van Rex heerst orde en rust. Rex valt het buitenland niet lastig en hij marginaliseert ook geen groepen burgers op basis van hun etnische herkomst of een ander kenmerk. Tussen Rex en zijn onderdanen en ook

14Vgl. Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, revised edition, Yale University Press, New Haven and London 1978 (1964), p. 33 e.v. die schrijft over de 'unhappy reign of a monarch who bore the convenient, but not very imaginative and not even very regal sounding name of Rex'.

15Waarvan het belang natuurlijk niet onderschat mag worden. 'Order is heaven's first law', dichtte Alexander Pope. Wat er ook waar moge zijn van de hemel, orde is in ieder geval een van de belangrijkste zaken voor het ondermaanse. Vgl. daarover: Haag, Ernest van den, *Punishing Criminals*. Concerning a Very Old and Painful Question, Basic Books, Inc., Publishers, New York 1975, p. 35.

tussen de onderdanen onderling heerst een grote mate van onderling respect. Men voelt zich uitermate met elkaar verwant. Conflicten komen of niet voor of worden snel weer opgelost. Maar hoe komt dat? Hoe valt te verklaren dat deze mensen zich zo gelukkig voelen in hun status van rexiaan? Het antwoord is dat zij eens per jaar een groot feest vieren, ongeveer vergelijkbaar met ons Sinterklaasfeest.

Opnieuw de vraag: is de samenleving van experiment 4 een samenleving met grote sociale cohesie?

5. Wat is sociale cohesie? Het normatief begrip

Ik denk dat velen zullen aarzelen om die vier gestelde vragen (of een substantieel deel daarvan) bevestigend te beantwoorden. En misschien zou ons dat te denken moeten geven. Misschien is die aarzeling van belang voor onze conceptuele omlijning van het begrip 'sociale cohesie'. Het zou namelijk kunnen betekenen dat de notie die bijvoorbeeld koningin Beatrix hanteert wanneer zij haar zorg uitspreekt *niet de 'empirische' notie is die met elk verschijnsel genoeg neemt als het gaat om de vraag naar sociale cohesie*. Die indruk wordt alleen maar versterkt wanneer we ons realiseren dat de koningin niet gerustgesteld zou zijn wanneer we haar als reactie op haar rede verzekeren dat we gezamenlijk zo aardig koninginndag vieren of dat ons allen de Elfstedenkoorts bevangt eind december. Of nog duidelijker: het zou haar ook niet geruststellen wanneer we haar verzekeren dat het wel meevalt met de sociale cohesie, omdat een stel voetbal-hooligans met volle overtuiging 'we are the champions' zingt, men zich zeer saamhorig voelt binnen de eigen fanclub, en vervolgens de aanhangers van een concurrerende groep in elkaar slaat. Waarom stelt dit niet gerust? Kennelijk hanteert de koningin een meer *normatief gekleurd concept* van sociale cohesie en ik denk dat hetzelfde geldt voor diegenen die twijfels hebben over de sociale cohesie in het rijk van Rex, zoals we hebben gezien naar aanleiding van de gedachtenexperimenten 1 tot en met 4. In onze alledaagse notie van 'sociale cohesie' is het sociaal cement kennelijk niet moreel neutraal.

Daarbij moet worden benadrukt dat we niet bezig ben met een platoonse of fenomenologische 'Wesenschau' van het begrip 'sociale cohesie'.¹⁶ Ieder is volledig vrij dat begrip te hanteren in de betekenis die hem goeddunkt en ook vrij daaraan een betekenis toe te kennen die nuttig is voor het doel dat hem of haar voor ogen staat. Zo kan ook het empirisch begrip dat Schuyt presenteert nuttig zijn voor een empirisch socioloog. Maar wanneer we het hebben over sociale cohesie als voorwerp van overheidszorg en de zorg van bij de publieke zaak betrokken burgers, dan lijkt het empirisch sociale cohesie-begrip ontoereikend.

De vraag is dan vervolgens hoe we een beter passend begrip van sociale cohesie kunnen ontwikkelen. Het antwoord op die vraag ligt voor de hand. Een alternatief begrip van sociale cohesie rijst immers vanzelf op wanneer we ons bezinnen op de vier gedachtenexperimenten die hiervoor gepleegd zijn. Wat dan oprijst, is een *normatief begrip* van sociale cohesie. Laten we proberen dat meer reliëf te geven door

¹⁶Vgl. Kockelmans, 'What is phenomenology?', in: *Phenomenology. The Philosophy of Edmund Husserl and Its Interpretation*, Anchor Books, New York 1967, pp. 24-37.

terug te keren naar de vier vragen die hiervoor in de vier gedachtenexperimenten aan de orde werden gesteld.

6. Vier elementen van het normatief begrip van sociale cohesie

Wat misten we eigenlijk in het begrip van sociale cohesie in zijn empirische variant? Het antwoord op die vraag ligt voor de hand. Reflexie op de vier gedachtenexperimenten zoals hiervoor werden voltrokken wijst ons de weg.

(a) *Sociale cohesie als spontane orde.* De boodschap die men uit het eerste experiment kan afleiden, is dat in de notie van sociale cohesie ook is opgenomen dat de orde en samenhang die de maatschappij vertoont niet gebaseerd moet zijn op brute macht of dwang (althans niet uitsluitend). Sociale cohesie is een functie van spontaniteit. Het berust op de min of meer vrijwillige acceptatie van de burgers van het over hen gestelde gezag.¹⁷

(b) *Sociale cohesie als legitimiteit.* Een boodschap die we uit het tweede experiment kunnen afleiden is dat sociale cohesie zoals het ons in de hedendaagse discussie over waarden en normen voor ogen staat ook iets te maken heeft met legitimiteit. Het rijk van Rex waarin groepen mensen worden gemarginaliseerd en een voortdurende agressieoorlog wordt gevoerd tegen het buitenland vertoont geen sociale cohesie omdat we niet goedkeuren wat hier gebeurt.

(c) *Sociale cohesie en universaliteit.* Een boodschap die we uit het derde experiment kunnen afleiden, is dat we alleen van sociale cohesie geneigd zijn te spreken wanneer het gaat om saamhorigheid van zoveel mogelijk, liefst alle, burgers. Wanneer Nederland een voortdurende oorlog van allen tegen allen te zien geeft of een oorlog tussen protestanten en katholieken of een oorlog tussen moslims en christenen of een oorlog tussen allochtonen en autochtonen, spreken we niet van sociale cohesie. Zelfs wanneer Nederland is opgedeeld in slechts twee onderling zeer homogene opererende groepen spreken we niet van grote sociale sociale cohesie.

(d) *Sociale cohesie en idealen.* De boodschap tenslotte die we uit het vierde experiment kunnen afleiden, is dat we ook niet van sociale cohesie spreken wanneer de saamhorigheid is gebaseerd op zaken die we te onbenullig of perfide achten om een nationale identiteit aan te ontfangen. Een samenleving die niet meer deelt dan Elfstedenkoorts of het Sinterklaasfeest, vertoont hoe intensief de sport en het feest ook beleefd mogen worden B vanuit dit morele of idealistische perspectief geen of weinig sociale cohesie. Een samenleving die gebaseerd is op afhankelijkheid aan de Tien Geboden of de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens vertoont die sociale cohesie wél. Natuurlijk kan men diepgaand van mening verschillen over de

¹⁷Vgl. de omschrijving van 'Kohäsion' in Hartfiel, Günther, & Hillmann, Karl-Heinz, *Wörterbuch der Soziologie*, Dritte Auflage, Alfred Kröner Verlag, Stuttgart 1972: 'der innere Zusammenhalt der Teile eines Ganzen; soziol. Bezeichnung für die bes. psych. oder freiwillige soziale Bindung der Mitglieder an ihr soziales Gebilde sowie für die dadurch erreichte Festigkeit u. Widerstandsfähigkeit des Gebildes gegenüber destruktiven Fremdeinflüssen u. Binnenstörungen (insbes. Familienkohäsion)'.

vraag welk sociaal cement de toets van een morele beoordeling kan doorstaan. Een koningshuis? De Savornin Lohman en Kuyper¹⁸ denken daarover anders dan Thomas Paine. Een godsdienst? Joseph de Maistre denkt daarover anders dan Holbach. Maar het feit dat er twijfelgevallen zijn over de vraag welke zaken dienst kunnen doen als plechtankers voor sociale cohesie doet niet af aan de situatie dat we uitersten kunnen onderkennen.

Aanhankelijkheid aan de beginselen van rechtsstaat en democratie, zoals gearticuleerd in de Nederlandse grondwet, kunnen deze toets doorstaan. Het één keer per jaar bevangen worden door de Elfstedenkoorts niet.

Kennelijk spreken we van sociale cohesie in een normatieve of ideële betekenis wanneer het gaat om:

saamhorigheidsgevoel op basis van een (zo veel mogelijk) vrijwillige aanhankelijkheid aan bepaalde zedelijk verantwoorde idealen voor en door alle, althans zoveel mogelijk, burgers.

Natuurlijk kan men het saamhorigheidsgevoel op basis van minder verheven zaken nog steeds 'sociale cohesie' blijven noemen.¹⁹ Vandaar mijn opmerking dat ik niet de pretentie heb tot het presenteren van een essentie van het berip 'sociale cohesie'.²⁰ De socioloog Georg Simmel zei dat conflicten de sociale cohesie bevorderen, met name de interne cohesie van twee strijdende partijen.²¹ Zo is de sociale cohesie het sterkste bij een groep soldaten die volkomen van elkaar afhankelijk zijn. Men kan denken aan een peleton in oorlogstijd. Een gerespecteerde *omerta* B de zwijgplicht voor maffia-leden tegenover buitenstaanders B is ongetwijfeld ook een uiting van sociale cohesie, zij het dan de waarde-neutrale sociale cohesie die we aantreffen in het empirisch begrip van 'sociale cohesie'. Men zou op dit spoor verder gaand ook kunnen stellen dat wellicht het Derde Rijk een grotere sociale cohesie vertoonde dan

18Vgl. Kamphuisen, P.W., *De betekenis van het vorstelijk huwelijk voor ons staatsbestel*, in: P.W. Kamphuisen, *Verzameld Werk*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1963, pp. 20-25, p. 21: aan de anti-revolutionaire staatsleer komt de eer toe zich voortdurend te hebben verzet tegen het idee dat de koning slechts een symbool zou zijn, hoogstens een morele macht, maar uitgeschakeld als staatsorgaan, schrijft Kamphuisen.

19Dat Schuyt overigens wel oog heeft voor wat ik hier het normatieve begrip van sociale cohesie heb genoemd blijkt uit het volgende. Hij schrijft: 'Wanneer een samenleving heterogener wordt en uit een grotere verscheidenheid aan mensen en groepen gaat bestaan, dan vermindert de *bestaande* sociale cohesie ten gunste van een *andere* vorm van sociale binding' (*O.c.*, p. 23). Dat laatste gebeurt dan meestal op basis van een algemener kenmerk schrijft Schuyt, een abstracter beginsel of organiserend principe. 'Heterogenisering van een sociale eenheid hoeft dus niet per se sociale cohesie in gevaar te brengen, mits er een ander ordenend beginsel voor in de plaats treedt, zoals een grotere sociale eenheid (statenvorming) of een abstract politiek beginsel: fundamentele mensenrechten, burgerschapsrechten of verdraagzaamheid'. Schuyt werkt dat punt verder niet uit.

20Vgl. over definiëren: Hospers, John, *An Introduction to Philosophical Analysis*, Second Edition, Routledge, London 1967 (1956), pp. 1-67.

21Vgl. Simmel, Georg, *Een keuze uit het werk van Georg Simmel*, Van Loghum Slaterus, Deventer 1976, pp. 242-328.

de Weimar Republiek met zijn burgerlijke vrijheden. Een innerlijk diep doorleefd respect voor 'Befehl ist Befehl', zoals werd aangetroffen bij Eichmann, is ongetwijfeld eveneens een uiting van een mentaliteit waarop veel sociale cohesie van het empirisch soort te baseren valt. Maar dat is dan het begrip van sociale cohesie dat weinig vruchtbaar is in de context waarin het onderwerp tegenwoordig besproken wordt: een context van zorg voor het uiteenvallen van sociale bindingen in een normatieve, verantwoorde betekenis. De gebruikers van het normatieve begrip van sociale cohesie zouden kunnen stellen: 'Uw cohesie is de onze niet'.

Het voorgaande betekent natuurlijk ook dat de roep om sociale cohesie en het waarschuwen voor anomie of erosie van cohesie alleen een betekenis hebben onder de vooronderstelling dat men spreekt over een systeem met 'bestaansrecht'. Het is best mogelijk B waarschijnlijk zelfs B dat de Nazi-top in de nadagen van het Derde Rijk klaagde over een gebrek aan sociale cohesie. Maar dat is onze zorg niet, evenmin als een marxist het zal hebben betreurd wanneer hij moet constateren dat de cohesie in de kapitalistische samenleving aan het afnemen is. Aangezien de westerse maatschappijen, in het bijzonder tegenwoordig,²² over het algemeen worden gezien als legitieme sociale ordeningen, vindt tegenwoordig die roep om cohesie weerklink. Een onderwerp als sociale cohesie en de al dan niet uitgesproken suggestie dat we het moeten koesteren, bewaken of cultiveren kan men zich moeilijk voorstellen in de tijd van Herbert Marcuse's 'Great Refusal'.

7. Door welke factoren wordt sociale cohesie in het algemeen gevormd?

Nu we het empirisch begrip van sociale cohesie achter ons hebben gelaten en we dus ook de Elfstedentocht, Sinterklaas en Koning Voetbal als opties voor sociale cohesie hebben uitgesloten, kunnen we ons bezighouden met waarden, normen en idealen als oriëntatiekaders. Maar onmiddellijk nadat we deze beslissing hebben genomen, doemen nieuwe problemen op. Er zijn vele denkers, in het bijzonder tegenwoordig, die de betekenis van consensus over waarden als grondslag voor sociale cohesie afwijzen. Deze afwijzing presenteert zich in twee gedaanten. Als eerste ontkent men dat wij *de facto* waarden gemeenschappelijk hebben. Dit is dus een feitelijke en misschien zelfs wel empirische kritiek op het verhaal zoals hiervoor gepresenteerd. Als tweede wordt ontkend dat het *nodig zou zijn* een gedeeld waardenpatroon in een samenleving hoog te houden als de grondslag voor sociale cohesie.²³ We leven in een gefragmenteerde wereld, in een pluriforme maatschappij, een samenleving met

²²In de jaren zestig was dit wellicht anders. Vgl. daarover: Podhoretz, Norman, *The bloody crossroads*.

Where literature and politics meet, Simon and Schuster, New York 1986; Kristol, Irving, 'The adversary culture of intellectuals', in: *Encounter*, October 1979, ook in: *Reflections of a neoconservative*, Looking back, looking ahead, Basic Books, New York 1983; en meer recent: Bork, Robert H., *The Tempting of America*. The Political Seduction of the Law, Sinclair-Stevenson, London 1990 en Bork, Robert H., *Slouching towards Gomorrah*. Modern Liberalism and American Decline, Harper Collins, New York 1996.

²³Vgl. bijvoorbeeld: Singer, Joseph William, 'The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory', in: *The Yale Law Journal*, 94 (1984), pp. 1-70 en Rorty, Richard, *Contingency, irony, and solidarity*, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1989.

oneindig veel culturen. Onderling zouden deze waarden, culturen, levensbeschouwingen en perspectieven ook nog eens 'incommensurabel' zijn. Het ideaal van consensus over waarden en normen wordt door sommigen afgedaan als een 'modernistische mythe', een mythe waarvan men zich in een postmodern geestesklimaat zou dienen te bevrijden.

Dit zijn vertrouwde geluiden, maar het is zeer de vraag of een samenleving kan bestaan zonder consensus over tenminste een *minimale kern* aan basiswaarden. Laten we opnieuw proberen door middel van het ons nu vertrouwde gedachtenexperiment enkele van die waarden op het spoor te komen. Daarbij wil ik overigens nog nadrukkelijk stellen dat het mij in het hiernavolgende niet specifiek te doen is om de twee vermeend universele waarden die ik zal presenteren. Misschien zijn meer van dit soort waarden te vinden.²⁴ En misschien is bij nadere inspectie één voorbeeld ook niet gelukkig gekozen. Waar hij mij om gaat, is het presenteren van een argumentatie die het populaire waardenrelativisme enigszins aan het wankelen kan brengen. Relativistische beschouwingen, zowel algemeen relativistische als cultuurrelativistische²⁵ in het bijzonder, vormen tegenwoordig vaak een bijna even vanzelfsprekend vertrekpunt als bepaalde zelfevidente waarheden in de tijd van de Verlichting of het klassieke natuurrecht dat deden. Men kan bij dat relativisme echter kanttekeningen plaatsen, zoals ook gebeurd is in de moderne ethiek.²⁶

Experiment 1: een samenleving zonder norm om de waarheid te spreken. De filosoof Nietzsche²⁷ behandelt waarheid nogal prozaïsch als een illusie waar een bepaalde diersoort nu eenmaal niet buiten schijnt te kunnen. Nietzsche is geen systematisch filosoof en hij laat het doorgaans bij enkele schoten voor de boeg. Zo ook in dit geval. Dat heeft echter niet kunnen verhinderen dat zijn relativiserende opmerkingen over waarheid en het waarheidsgebod grote invloed hebben uitgeoefend op postmoderne denkers.²⁸ Waarheid wordt steeds meer gezien als een locale en histo-

24Pojman, Louis P., 'A Defense of Ethical Objectivism', in: Pojman, Louis, ed., *Moral Philosophy: A Reader*, Second Edition, Hackett Publishing Company, Inc., Indianapolis/Cambridge 1998 (1993), pp. 38-52 onderscheidt in zijn kritiek op het relativisme verschillende objectieve waarden: niet doden, niet bedriegen, de waarheid vertellen, rechtvaardige wetten gehoorzamen en meer.

25Vgl. voor een interessante kritiek: Gellner, Ernest, *Postmodernism, Reason, and Religion*, Routledge, London and New York 1992.

26Vgl. hierover: Pojman, Louis P., *Ethics. Discovering Right and Wrong*, Second Edition, Wadsworth, Belmont, California 1995 die zich verzet tegen de relativistische teneur van Mackie, J.L., *Ethics. Inventing Right and Wrong*, Penguin Books, Harmondsworth 1977. Verder: Ellin, Joseph, *Morality and the Meaning of Life. An Introduction to Ethical Theory*, Harcourt College Publishers, Fort Worth, Philadelphia etc. 1995; McInerney, Peter K., en Rainbolt, George W., *Ethics*, Harper Perennial, Harper Collins, New York 1994, pp. 203-217; Harman, Gilbert, & Thomson, Judith, Jarvis, *Moral Relativism and Moral Objectivity*, Blackwell, Cambridge (Mass), Oxford 1996.

27Nietzsche, Friedrich, *Werke IV*, Aus dem Nachlass der Achtzigerjahre, Briefe (1861-1889), Herausgegeben von Karl Schlechta, Ullstein, Frankfurt am Main, Berlin, Wien 1969, p. 68: 'Aber was ist Wahrheit? Vielleicht eine Art Glaube, welche zur Lebensbedingung geworden ist?'.

28Onder andere: Vattimo, Gianni, *The End of Modernity. Nihilism and Hermeneutics in Post-modern Culture*, Polity Press, Cambridge 1991 (1988) en Rorty, Richard, *Philosophy and Social Hope*, Penguin Books, Harmondsworth 1999.

risch gesitueerde aangelegenheid. Waarheid aan deze kant van de Alpen, iets anders aan de andere kant, verzuchtte Pascal, eerder aangehaald in hoofdstuk 2 van dit boek.²⁹

Nu moeten we voorzichtig opereren op dit terrein en telkens proberen goed voor ogen te houden waarover we spreken. Wanneer we tot uitdrukking willen brengen dat over allerlei feitelijke standen van zaken en ook over normatieve standen van zaken in verschillende tijden en op verschillende plaatsen verschillend wordt gedacht, dan valt daar inderdaad niets tegen in te brengen, zoals we in het tweede hoofdstuk van dit boek al constateerden. Maar impliceert dit dat geen universele *norm* kan worden gehanteerd? Dat zou te snel zijn. Uit het feit dat mensen fouten maken bij het oplossen van staartdelingen valt niet af te leiden dat rekenkundige waarheden een relatieve zaak zijn. Uit het feit dat men vroeger anders dacht over de positie en de beweging van de planeten kan men niet afleiden dat het heliocentrisch of geocentrisch wereldbeeld een kwestie is van smaak.³⁰ Als *norm* kan men de waarheidspretentie blijven koesteren ook al vergissen mensen zich of verdraaien zij bewust de waarheid.

Het lijkt ook bijzonder moeilijk om ons een samenleving voor te stellen waarin de *norm* tot het spreken van de waarheid niet zou worden gehonoreerd. Dat is dus niet een maatschappij waarin nooit gelogen wordt, maar een maatschappij waarin men *geen enkele reden heeft om ervan uit te gaan dat mensen de waarheid spreken*. Immers 'gij zult de waarheid spreken' geldt hier niet als norm. Het is een soort wereld als waarin Alice terecht was gekomen: 'Wonderland'. Vraag je iemand om drie uur hoe laat het is, dan antwoordt deze: 'vier uur'. Je komt erachter dat de persoon je verkeerd heeft voorgelicht en vraagt hem: 'waarom heb je mij niet de waarheid verteld?' Deze vraag wordt met een wedervraag beantwoord: 'maar waarom zou ik de waarheid vertellen?'.

We zijn dan op een zeer fundamenteel punt aangekomen. Wanneer we er niet vanuit mogen gaan dat mensen in beginsel de waarheid spreken (wat niet wil zeggen dat leugens in incidentele gevallen gerechtvaardigd kunnen zijn: 'heeft u onderduikers in huis?')³¹ zou elke vorm van sociale organisatie onmogelijk worden, omdat communicatie onmogelijk is geworden. De samenleving is dan een 'suicide club'.³² Het lijkt mij onvermijdelijk dat in elke complexe samenleving men althans moet kunnen uitgaan van de *presumptie* dat mensen de waarheid spreken.³³

29 'Trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence, un méridien décide de la vérité'. Vgl. *Pensées*, Fragment 294 (editie Brunschvicg).

30 Ik ontleen hier veel aan: Stace, W.T., *The Concept of Morals*, MacMillan, London 1937; Stace, W.T., *A Critical History of Greek Philosophy*, MacMillan & Co LTD, London New York 1960 (eerste druk 1920); Rachels, James, *Can Ethics Provide Answers? And Other Essays in Moral Philosophy*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc. Lanham, Boulder, New York, London 1997.

31 Vgl. Rosenstand, Nina, *The Moral of the Story. An Introduction to Ethics*, Second Edition, Mayfield Publishing Company, Mountain View, London, Toronto 1997, p. 202.

32 Een term van Hart. Vgl. Hart, *The Concept of Law*, p. 188.

33 Vgl. Rachels, James, *The Elements of Moral Philosophy*, Second Edition, McGraw-Hill, Inc., New York etc. 1993, p. 26 die schrijft dat 'in any complex society there *must* be a presumption in favor of truthfulness'.

Experiment 2: Een samenleving zonder verbod op moord en doodslag. Men kan natuurlijk het gedachtenexperiment ook voortzetten met andere waarden. Kan men zich een samenleving voorstellen waarin geen verbod op moord en doodslag voorkomt (met andere woorden: een samenleving waarin niet het gebod geldt anderen te laten leven)? Laten we ons proberen de implicaties van een dergelijke situatie voor de geest te krijgen. Dat zou een samenleving zijn waarin iedereen voortdurend op zijn hoede moet zijn dat men niet wordt vermoord. Nu moeten we dat natuurlijk in bepaalde situaties zijn: in tram in Amsterdam bijvoorbeeld. Maar in een maatschappij waarin het ook geen *norm* zou zijn dat we een ander niet doden zouden we *op elk moment* en zelfs *ten aanzien van ieder ander*, ook onze gezinsleden dus of onze echtgenoten, op onze hoede moeten zijn dat we niet worden gedood ('niet doden' is immers geen norm). Elke vorm van associatie, samenleven, zou dan letterlijk levensgevaarlijk zijn. Je bed delen met iemand anders, dat wil zeggen je overleveren aan een ander op het moment dat je het meest kwetsbaar bent, in je slaap namelijk, zou neerkomen op zelfmoord.

Het behoeft weinig betoog dat de samenleving uit elkaar zou vallen wanneer normen als dat men de waarheid moet spreken en normen dat moord en doodslag verwerpelijk zouden zijn, niet zouden bestaan. En daarbij gaat het dan niet om waarden die alleen voor *onze* maatschappij gelden, maar *voor elke denkbare maatschappij*. Anders gezegd: we lijken hiermee transculturele waarden op het spoor te zijn gekomen. Dat wil zeggen: waarden die resistent zijn tegen cultuurrelativistische beschouwingen waarin wordt geproclameerd dat elke maatschappij zijn eigen waarden heeft die verschillen van die van andere maatschappijen. We hebben immers twee *universele normen* gevonden, tenminste universeel onder de voorwaarde dat het voortbestaan van de mensheid gewenst is.³⁴ Wie dát niet als hypothese wil accepteren, kan inderdaad de hier geformuleerde universele normen verwerpen.

Het is dan ook niet verbazingwekkend dat men in alle plaatsen en in alle tijden bijval heeft geproclameerd ten aanzien van deze waarden. 'Gij zult geen vals getuigenis afleggen'³⁵ en 'gij zult niet doden'³⁶ maken deel uit van de Tien Geboden, maar deze normen zijn tevens te vinden in moderne wetboeken. Het zijn natuurlijk ook geen universele waarden omdat ze in de Tien Geboden gecodificeerd zijn, maar ze staan in de Tien Geboden omdat ze universeel zijn.³⁷

8.N atuuurrecht, sociale cohesie en cultuurrecht

Diegenen die enigszins zijn ingewijd in het denken over recht en staat realiseren zich nu dat we hiermee via een andere dan de gebruikelijke weg terecht zijn gekomen bij

³⁴Hierbij ben ik geïnspireerd door Hart, *The Concept of Law*, p. 190 die stelt dat de norm 'Thou shalt not kill' geldt onder twee voorwaarden. Allereerst dat het voortbestaan van de mensheid gewenst is en als tweede dat mensen zo in elkaar zitten dat zij te verwonden zijn en sterfelijk zijn. Het eerste is een normatieve hypothese, het tweede een feitelijke.

³⁵Deut. 4:20 luidt 'Gij zult tegen uw naaste niet vals getuigen'.

³⁶Deut. 4:12.

³⁷Immers het goede is niet goed omdat de goden het proclameren, maar de goden proclameren het omdat het goed is in zichzelf, zoals Socrates het verwoordt in Plato's *Euthyphro*.

een traditie die bekend staat als die van het natuurrecht. Natuurrechtsdenkers zijn op zoek naar bovenwillekeurige normen waaraan het recht zijn geldigheid ontleent, waaraan het recht kan worden getoetst en die zouden zijn af te leiden uit de menselijke aard of uit de aard van de werkelijkheid.³⁸ Het natuurrechtelijk denken is niet onomstreden en er bestaat een belangrijke traditie binnen de rechtsfilosofie die het natuurrechtsdenken nadrukkelijk afwijst: het rechtspositivisme.

De hiervoor gepresenteerde normen 'gij zult de waarheid spreken' en 'gij zult een ander niet vermoorden' zouden we kunnen beschouwen als normen van natuurrechtelijke aard. Zij gelden voor alle plaatsen en tijden, tenminste (!) wanneer men in die tijd en op die plaats iets tot stand wil brengen van een geordende samenleving.³⁹

Nu wil ik aan het slot nog één stap maken en die dringt zich vanzelf op wanneer we ons bezinnen op het resultaat van onze reflexie op sociale cohesie zoals deze tot nu toe verlopen is. Wat opvalt, is dat het resultaat mager lijkt. Misschien lijkt de meeste progressie geboekt ten aanzien van de eerste van de drie vragen die aan het begin van dit artikel werden opgeworpen:⁴⁰ de vraag wat sociale cohesie is. Daarbij hebben we vastgesteld dat sociale cohesie kan worden gezien als een gezamenlijk participeren aan bepaalde normen en idealen. Ten aanzien van de aard van die normen en idealen hebben we echter alleen nog maar de meest minimale vooruitgang geboekt. We zijn twee waarden op het spoor gekomen die in alle samenlevingen zouden moeten worden gehonoreerd om een zekere mate van samenhang te garanderen.

Het feit dat we echter zo weinig van die waarden omljnd hebben, heeft daarmee te maken dat we weinig verheven opvattingen hebben geventileerd over de aard van die samenleving. Zouden we ons bezinnen op de vraag welke waarden de sociale cohesie van deze samenleving bevorderen dan zouden we beslist tot een langere rij moeten komen. De waarheid spreken en niet doden zijn normen voor de Vikingen, Egyptenaren, Grieken en Romeinen,⁴¹ maar ook voor moderne volkeren als de Nederlanders, Amerikanen en Japanners. Het is echter ook mogelijk dat we de vraag

38Vgl. voor een overzicht van de verschillende opvattingen: Labuschagne, B.C., 'Het natuurrecht. Op zoek naar bovenpositief recht', in: P.B. Cliteur, B.C. Labuschagne, C.E. Smith, red., *Rechtsfilosofische stromingen van de twintigste eeuw*, Gouda Quint, Arnhem 1997, pp. 149-197; Haines, Charles Grove, *The Revival of Natural Law Concepts*, Russell & Russell Inc., New York 1965 (1958); Weinreb, Lloyd L., *Natural Law and Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., London 1987; Kinneging, Andreas, 'Ex qua viri boni nominantur', in: *Ars Aequi*, jg. 47, September 1998, pp. 750-756 (een verdediging van het natuurrecht); Westerman, Pauline C., *The Disintegration of Natural Law Theory*, Aquinas to Finnis, Brill, Leiden New York Köln 1997 (een kritiek op het natuurrecht); P.B. Cliteur, *Conservatisme en cultuurrecht*, Drukkerij Cliteur, Amsterdam 1989 (een tussenstandpunt).

39Het hypothetisch karakter van hoger recht wordt indrukwekkend uitgewerkt door: Taylor, Richard, 'Law and Morality', in: *New York University Law Review*, Volume 43, Number 4, October 1968, pp. 611-650; en vooral: Taylor, Richard, *Good and Evil*, Prometheus Books, Buffalo, New York 1984.

40Die vragen waren: (i) een preliminaire vraag: wat is sociale cohesie?; (ii) door welke factoren of processen kan sociale cohesie worden gevormd?; (iii) Welke is hierbij de rol van het recht?

41Cicero schrijft over het natuurrecht als één waarachtige wet: 'Zij zal niet anders zijn in Rome dan in Athene, in de toekomst niet anders dan vandaag. Een enkele wet, eeuwig en onveranderlijk, regeert over alle mensen, in alle tijden'. Cf. Cicero, *De Republica*, b. III, XII, 33.

welke waarden sociale cohesie bevorderen concretiseren naar bepaalde maatschappijtypen of culturen. Men kan de vraag stellen of de samenleving van de Vikingen of die van de Grieken en Romeinen speciale waarden en normen kende die *hun* samenleving sociale cohesie verleende.⁴² Zoals Benjamin Constant in een rede in 1819 heeft aangetoond, is een belangrijk verschil te onderkennen tussen de waarden in de klassieke culturen en die van de moderne cultuur. Alle retoriek van Cicero over die ene wet ten spijt, de Griekse en Romeinse cultuur was ondenkbaar zonder slavernij, zoals een moderne cultuur ondenkbaar is mét slavernij.⁴³ De grote klassieke denkers, zoals Plato en Aristoteles, achtten de slavernij gerechtvaardigd. Dat brengt met zich mee, aldus Benjamin Constant, dat we ook niet kunnen verdedigen dat het klassieke waarden- en normenpatroon ongekwalficeerd door moderne culturen kan worden overgenomen of zelfs daarvoor maar richtinggevend kan zijn. Slavernij druist immers radicaal in tegen de waarden en normen van de moderne cultuur.

9. Mensenrechten als constitutief voor de moderne cultuur

De *moderne* cultuur typeerde Constant als bepaald door het streven naar individuele vrijheid. Deze moet goed worden onderscheiden van de *antieke* vrijheid die bestaat uit participatie aan de publieke zaak. De moderne vrijheid is individuele vrijheid die daaruit bestaat dat het individu niet in zijn gedragalternatieven mag worden beperkt dan alleen op grond van het recht.⁴⁴ Dit zouden we B naar hedendaags vocabulaire vertaald B kunnen aanduiden als het legaliteitsbeginsel. Maar het handhaven van het legaliteitsbeginsel is voor Constant weliswaar een noodzakelijke voorwaarde voor het realiseren van 'moderne vrijheid', het is daarvoor geen voldoende voorwaarde. Er dient tevens voldaan te zijn aan het garanderen van bepaalde rechten. Naast het publieke domein dient een individueel domein te worden erkend dat gevrijwaard wordt van inbreuken. Men kan het ook als volgt formuleren. Er is een deel van het menselijk bestaan dat noodzakelijkerwijs onafhankelijk en individueel blijft en waar de gemeenschap zich niet mee mag bemoeien.⁴⁵

42 Het behoeft weinig betoog dat de lijst met een uitbreiding minder aanspraak kan maken op universaliteit.

Dat werd reeds onderkend door: Pound, Roscoe, *Social control through law*, Archon Books 1986; en vooral: Pound, Roscoe, 'Natural natural law and positive natural law', in: *Natural Law Forum*, Volume 5 (1960), pp. 70-82.

43 Vgl. Constant, Benjamin, *Mélanges de littérature et de politique* (1829), in: Benjamin Constant, *Écrits politiques*. Textes choisis présentés et annotés par Marcel Gauchet, Gallimard, Paris 1997, pp. 623-852, p. 712: 'L'immense majorité des habitants de la Grèce elle-même était composée d'esclaves'.

44 Vgl. de voortreffelijke analyse van de opvattingen van Constant door: Holmes, Stephen, *Benjamin Constant and the Making of Modern Liberalism*, Yale University Press, New Haven and London 1984, p. 66.

45 'Il y a (...) une partie de l'existence humaine qui, de nécessité, reste individuelle et indépendante, et qui est de droit hors de toute compétence sociale'. Vgl. Constant, Benjamin, *Principes de politique*, in: *Oeuvres*. Texte présenté et annoté par Alfred Roulin, Editions Gallimard, Paris 1957, pp. 1065-1215, p. 1071.

Dat is een typisch modern ideaal. De Grieken en Romeinen kenden het niet. Zij hanteerden ook een volkomen anders geaard vrijheidsbegrip.⁴⁶ Reflexie op het modern vrijheidsbegrip zou ons brengen tot een eigengeaarde catalogus van waarden en normen die moeten worden gehonoreerd om sociale cohesie binnen *deze* samenleving te waarborgen. In het laatste geval zouden we dan wellicht niet moeten spreken van *natuurrecht*, maar van *cultuurrecht*: het gaat om een geheel van beginselen dat *deze* samenleving bijeenhoudt. Persoonlijk heb ik de indruk dat we dan met de waarden zoals te vinden in de Nederlandse grondwet of in de mensenrechtenverklaringen van na de Tweede Wereldoorlog een eind zijn gekomen. Langzaam aan worden de mensenrechten uit de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens de basiswaarden van niet alleen de westerse staten, maar van alle staten. Geen enkele codex van waarden is zo succesvol gebleken als die van de mensenrechten. Zij worden steeds meer een moreel Esperanto van de moderne cultuur. Zij faciliteren de basishouding van de moderne cultuur: vrijheid.⁴⁷

Dat is ook daarom zo van belang, omdat de zorg over desintegratie, het uiteenvallen, de erosie van sociale cohesie, tegenwoordig groot is. De ideologische tegenstellingen tussen liberalisme, socialisme, nazisme en andere grote politieke ideologieën lijken te zijn verdwenen.⁴⁸ Maar conflictstof is gebleven en die tekent zich met name af langs etnische, godsdienstige en culturele lijnen.⁴⁹ Wanneer Voltaire (1694-1778) met de tijdsmachine van H.G. Wells zou worden overgevlogen uit zijn tijd, zou hij verrassend veel herkennen: een bittere strijd tussen mensen over betrekkelijk onbelangrijke verschillen van godsdienstige en etnische geaardheid. In zekere zin is in het post-ideologisch tijdperk Voltaire actueler dan Rousseau. Het is derhalve van groot belang dat een moreel Esperanto wordt gesproken dat uitstijgt boven de verdeeldheid van de godsdiensten en dat kan natuurlijk nooit door één van

46Vgl. de bekende rede over dit onderwerp van Constant uit 1819: Constant, Benjamin, *De la Liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*. Discours prononcé à l'Athénée royal de Paris en 1819, in: Benjamin Constant, *Écrits politiques*. Textes choisis présentés et annotés par Marcel Gauchet, Gallimard, Paris 1997, pp. 591-619, tegenwoordig ook gemakkelijk toegankelijk in de Engelse editie: Constant, Benjamin, 'The Liberty of the Ancients compared with that of the Moderns', Speech given at the Athénée Royal in Paris (1819), in: *Political Writings*, Translated and edited by Bincamaria Fontana, Cambridge University Press, Cambridge 1988, pp. 309-328.

47Dit wordt ook uitgewerkt door Holmes, Stephen, 'Precommitment and the Paradox of Democracy', in: J. Elster & R. Slagstad, eds., *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, New York 1988, pp. 103-131, ook in: Stephen Holmes, *Passions & Constraint*. On the Theory of Liberal Democracy, The University of Chicago Press, Chicago and London, pp. 134-177 die overigens sterk voortborduurde op het werk van Constant. Verder vindt men het in het werk van Fuller. Vgl. de bundel over Fuller geredigeerd door: W. van de Burg en W.J. Witteveen, te verschijnen bij Amsterdam University Press (ter perse). Daarin in het bijzonder de bijdrage van Kenneth Winston.

48Fukuyama, Francis, 'The End of History?', in: *The National Interest*, Summer 1989; Fukuyama, Francis, *The End of History and the Last Man*, The Free Press/Macmillan, New York 1992.

49Huntington, Samuel, 'The Clash of Civilizations?', in: *Foreign Affairs*, Summer 1993, pp. 22-49 en Huntington, Samuel P., *The Clash of Civilization and the Remaking of World Order*, Simon & Schuster, New York 1996.

die godsdiensten worden aangeleverd.⁵⁰ De mensenrechten kunnen die rol wel vervullen. Zij zijn immers op niets anders gebaseerd dan de menselijke waardigheid. De uitgangspunten van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, zoals geformuleerd in de preambule tot die verklaring, zijn niet gebaseerd op het theologisch uitgangspunt dat 'all men are *created equal*', maar op het uitgangspunt dat mensen inherent gelijk zijn. Alleen door afstand te nemen van de theologische basis die het oudere natuurrecht kenmerkte, heeft de Universele Verklaring zijn zegetocht door de wereld kunnen maken. Als het Nederlandse voorstel was aangenomen om toch een verwijzing naar een goddelijke schepper in de Verklaring op te nemen was deze een instrument van contestatie in plaats van pacificatie geworden.

⁵⁰Vgl. Cliteur, P.B., 'Dieu, la morale et les droits de l'homme', in: *Espace*, Magazine du Centre d'Action Laïque, Novembre 1998, pp. 6-7.

HOOFDSTUK 5

De wet van de epigonie en ambtelijke uitingsvrijheid

1. De wet van de epigonie

De Amerikaanse filosoof Richard Taylor heeft eens een wet geïntroduceerd die hij aanduidt als de 'wet van de epigonie'.¹ Epigonie verwijst naar de Griekse mythologie. Daarin wordt gesproken van 'epigonen': een groep van heersers die, hoewel zij hun grote voorgangers probeerden te imiteren, precies het omgekeerde bereikten van wat zijn bedoelden. Een epigoon staat dan ook tegenwoordig voor een inferieure imitator: 'an heir to something noble who, in his defense of it, corrupts it'. Dat brengt Taylor ertoe een 'wet van de epigonie' te formuleren die hij als volgt omschrijft: 'That *everything* that is originally truly noble and good comes to be corrupted by the very human beings whose mission is to protect and preserve it, and that this corruption takes the form of substituting, for what is noble and good, something worthless, which is then extolled in its place'.²

Taylor geeft verschillende voorbeelden van de werking van zijn wetmatigheid. Zo wijst hij op patriottisme. Vaderlandsliefde is mooi, maar het onttaardt gemakkelijk in een bijna fetischistische verering van de vlag en allerlei symbolen. Hij wijst ook op het huwelijk. Het huwelijk als de consecratie van een liefdesband is iets moois. Maar in handen van de protagonisten van het huwelijk onttaardt het huwelijk in een excessieve preoccupatie met de juridische vormgeving van dat huwelijk. Zo blijft men zeggen dat het huwelijk nog steeds 'in stand is gebleven', ook al haten de echtgenoten elkaar.

Wij behoeven ons met de voorbeelden van Taylor niet bezig te houden, maar wel met zijn wetmatigheid: de wet van de epigonie. Immers wie zich van de werking van die wetmatigheid goed bewust is zou zich misschien kunnen onttrekken aan de fnuikende werking daarvan. En dat het hierbij niet om een onschuldige aangelegenheid gaat blijkt ook wanneer we ons bezinnen op een aantal processen in het Openbaar Bestuur en op de uitwerking die wij geven aan onze constitutionele beginselen. Ook voor diegenen die proberen een uitwerking te geven aan de idealen van mensenrechten, rechtsstaat en democratie B aan de verschillende onderdelen van het constitutionele model dat hiervoor als het ACP is aangeduid B geldt dat zij blootstaan aan de gevaren van de wet van de epigonie. Met de beste bedoelingen bewerkstelligen de ijveraars voor een ideaal soms het tegenovergestelde van wat zij beogen.

We hebben hiervoor al gezien dat dit geldt voor het harde multiculturalisme. Met de beste bedoelingen B namelijk het vergroten van culturele pluriformiteit B draagt

¹Taylor, Richard, 'Religion and the Debasement of Goodness', in: John Donnelly, ed., *Reflective Wisdom*.

Richard Taylor on Issues That Matter, Prometheus Books, Buffalo, New York 1989, pp. 182-192.

²Taylor, O.c., p. 183.

men de multiculturaliteit die wordt gewaarborgd door de beginselen van mensenrechten ten grave. Net zoals Montesquieu en de Amerikaanse founding fathers dan ook probeerden om een heilzaam evenwicht tussen de verschillende staatsmachten te bewerkstelligen, moeten we ons ook bezinnen op een heilzaam evenwicht tussen onze verschillende constitutionele idealen. In feite zal de rest van dit boek gewijd zijn aan een bezinning op deze taak.

In de eerste vier hoofdstukken ging het overwegend over een bezinning op het ideaal van universaliteit als kenmerk van het moderne concept van mensenrechten. Tegen de universaliteitspretentie van het moderne concept van mensenrechten kwamen zowel de cultuurrelativisten (hoofdstuk 2) als ook de radicaal multiculturalisten (hoofdstuk 3) in het geweer. Ook is de kritiek geanalyseerd die op individuele mensenrechten is uitgeoefend door denkers die bezorgd zijn over een verlies van sociale cohesie in de westerse samenlevingen (hoofdstuk 4).

Geen van deze vormen van kritiek bleek in die zin steekhoudend dat we de pretenties van de moderne mensenrechten-traditie hebben moeten opgeven of matigen. Maar dat zal anders zijn bij de kritiek op het ACP die in de drie volgende hoofdstukken aan de orde wordt gesteld. Deze kritiek op de mensenrechtentraditie is sterker en noopt ook tot een ingrijpende herbezinning. Hierbij gaat het om een tegenstelling tussen het moderne concept van mensenrechten en een ander centraal ideaal van ons politieke systeem: democratie.

Het grootste gevaar voor de verdere ontwikkeling van het ACP is zelfs gelegen is het niet of onvoldoende onderkennen van de spanning tussen mensenrechten en democratie. Wie die spanning niet erkent (en in de uitwerking van zijn vormgeving aan de constitutionele idealen van het ACP daarmee dus geen rekening houdt) is ertoe voorbestemd een epigoon te worden: iemand die met de beste bedoelingen de idealen ten grave draagt die hij nu juist probeerde te verwerkelijken.

In dit hoofdstuk zal worden betoogd dat de toepassing van mensenrechten een *contextuele zaak* is in die zin dat mensenrechten niet in elke willekeurige context kunnen worden toegepast. Daarvan zouden verschillende illustraties te geven zijn, maar we zullen er één uitlichten die recentelijk aanleiding heeft gegeven tot veel commotie in de Nederlandse politieke praktijk en staatrechtelijke discussie: de spanning tussen (parlementaire) democratie en een (vermeend, immers dat staat nu juist ter discussie) bestaande vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren.

2. Aanvaringen tussen politiek en bureaucratie

In zekere zin dalen we daarmee af vanuit de ijle sferen van de theorie naar een heel alledaags politiek conflict waarover we de laatste tijd in de kranten kunnen lezen. Immers in de media wordt de laatste tijd regelmatig verslag gedaan van conflicten tussen democratisch gelegitimeerde bestuurders en de bureaucratie. Verschillende keren was daarbij een eventuele vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren de inzet. Twee standpunten staan tegenover elkaar. Het ene luidt dat ambtenaren zich in beginsel op hetzelfde grondrecht van vrije meningsuiting kunnen beroepen als gewone burgers. Het andere luidt dat vrijheid van meningsuiting in beginsel wel voor burgers geldt, maar niet voor ambtenaren. In de literatuur wordt over het onderwerp al meer dan een eeuw gediscussieerd, zonder dat zich een eenduidig standpunt ten

gunste van het één of het ander heeft uitgekristalliseerd.³ De vraag 'Moet beperking van den ambtenaar in zijn staatkundige en burgerlijke rechten worden toegelaten' werd in 1897 met 50 tegen 16 stemmen bevestigend beantwoord bij de Nederlandse Juristenvereniging.⁴

Ook de politiek heeft zich over deze vraag gebogen. Verschillende keren hebben regering en Kamer met elkaar van gedachten gewisseld over het onderwerp. Op 8 september 1998 gebeurde dat naar aanleiding van vragen over een Nieuwjaars-artikel van de secretaris-generaal van Economische Zaken en op dezelfde dag was de kwestie eveneens aan de orde bij een discussie over de richtlijnen voor externe contacten van ambtenaren.⁵ Er ontstond geen consensus over het onderwerp. Minister Jorritsma, die werd aangesproken op uitspraken van haar secretaris-generaal Van Wijnbergen, vond enerzijds dat haar hoogste ambtenaar niet buiten haar medeweten om publieke standpunten kon betrekken ('Dat kan niet, want hij is onder mijn verantwoordelijkheid aan het werk').⁶ Anderzijds sprak zij niet duidelijk uit dat ambtenaren zich niet zouden kunnen beroepen op vrijheid van meningsuiting. Wie dat wél deden waren de kamerleden Te Veldhuis (VVD)⁷ en Schutte (GPV). Een gewraakte uitspraak van de secretaris-generaal Van Wijnbergen, gedaan in een interview in de krant, werd door Schutte omgedraaid: 'De heer van Wijnbergen zegt: ik ben natuurlijk niet de boodschapper van de minister.'⁸ Mijn stelling zou zijn: hij is natuurlijk wel de boodschapper van de minister. Als een ambtenaar dat niet meent te kunnen zijn, kan hij beter geen ambtenaar, maar bijvoorbeeld hoogleraar worden'.⁹

3Vgl. voor een selectie van de literatuur over dit onderwerp: Horst, Th.A.M. van der, *Ambtenaar en grondrechten*, N. Samsom N.V., Alphen aan den Rijn 1967; Verhulp, E., *Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren*, NV SdU, Den Haag 1996.

4Naar aanleiding van de preadviezen van: Krabbe, H., 'Welke is de aard der rechtsverhouding van den Staat tot zijn ambtenaren; moet zij wettelijk worden geregeld; en zoo ja, hoe in hoofdzaak?', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, 1897, 28ste jg., I, F.J. Belinfante, 's-Gravenhage 1897, pp. 63-102; Fokker, E., 'Welke is de aard der rechtsverhouding van den Staat tot zijn ambtenaren; moet zij wettelijk worden geregeld; en zoo ja, hoe in hoofdzaak?', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, 1897, 28ste jg., I, F.J. Belinfante, 's-Gravenhage 1897, pp. 136-255. Onder andere Loder, Krabbe, De Louter en De Savornin Lohman antwoordden bevestigend; Levy en Fokker ontkennend. Stemverhouding in *Handelingen NJV*, II, p. 104.

5Hand. II 1997-1998, (Vragen van het lid Rabbae aan de ministers van Economische Zaken en van Financiën en aan de minister-president over de sombere economische verwachtingen van de secretaris-generaal van het ministerie van Economische Zaken), Vragenuur 8 september 1998, pp. 6425-6430; Hand. II 1997-1998, (Vragen van het lid Van Wijnen aan de minister-president over de richtlijn externe contacten rijksambtenaren), Vragenuur 8 september 1998, pp. 6420-6430.

6Hand. II 1997-1998, p. 6427.

7Hand. II 1997-1998, p. 6428. Te Veldhuis laakte ook uitspraken van de secretaris-generaal van Justitie, dhr. Borghouts.

8Vgl. 'Economische groei kan tegenvallen', (Interview met S. van Wijnbergen), in: *NRC Handelsblad*, 7 september 1998.

9Hand. II 1997-1998, p. 6428. Vgl. ook: Bolkestein, Frits, 'Ambtenaar is boodschapper van de minister', in: *De Volkskrant*, 6 maart 1999.

Op 29 november 1998 werd de discussie tussen regering en Kamer voortgezet, mede naar aanleiding van uitingen van de secretarissen-generaal Borghouts¹⁰ (Justitie) en Geelhoed¹¹ (Algemene Zaken). Ten gunste van de ambtelijke uitingsvrijheid werd toen gepleit door Scheltema-de Nie (D 66). Zij waarschuwde voor wat zij noemde een 'paarse muilkorf': 'D 66 vindt dat in een volwassen democratie ook topambtenaren naar buiten toe moeten kunnen zeggen wat zij vinden. Dat is gewoon hun recht op vrijheid van meningsuiting'.¹² De minister-president, waarschijnlijk gealarmeerd door de kwalificatie 'paarse muilkorf', verklaarde vervolgens dat hij geen mensen monddood wilde maken, maar hij stelde tevens dat ambtenaren toch niet alles zouden mogen inbrengen in het publieke debat: 'Een grens is als er rechttoe rechtaan strijdigheid is met datgene waar de nieuw aangetreden of al enige tijd functionerende ministers voor hebben getekend in het kader in het regeerakkoord'.¹³ Wel of geen ambtelijke uitingsvrijheid? Regering en Kamer kwamen er niet uit.

De discussie wordt nog verwarrender wanneer men bedenkt dat ook de wetgever geen klare wijn heeft kunnen schenken op dit punt. Cruciaal is hier art. 125a, lid 1 van de Ambtenarenwet. Voorzover hier van belang luidt de tekst: 'De Ambtenaar dient zich te onthouden van het openbaren van gedachten of gevoelens (...) indien door de uitoefening van deze rechten de *goede vervulling van zijn functie* of de *goede functionering van de openbare dienst*, voor zover deze in verband staat met zijn functievervulling, niet in redelijkheid zou zijn verzekerd' (cursivering toegevoegd; PC). Het is een ambigue tekst. Voorstanders van de ambtelijke uitingsvrijheid lezen daarin dat *slechts* wanneer de goede functionering van de openbare dienst niet zou zijn verzekerd, ambtelijke uitingsvrijheid mag worden beperkt. En vervolgens verklaart men het moeilijk voorstelbaar te achten dat ambtelijke uitingen het goede functioneren van de ambtelijke dienst frustreren. Tegenstanders van de ambtelijke uitingsvrijheid lezen daarin dat het dienstbelang kennelijk prevaleert boven de ambtelijke uitingsvrijheid.

Ook de Memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Ambtenarenwet gaat de werkelijke problemen uit de weg.¹⁴ De regering constateert dat verschillende standpunten worden ingenomen zonder dat geanalyseerd wordt welke standpunten en wat de achtergrond daarvan is.¹⁵ Ook de discussie in het Voorlopig verslag brengt ons niet verder.¹⁶ Bijna alle partijen belijden een geloof in de vooruitgang dat daarin wordt gezien dat de grondrechten ook in de ambtelijk/politieke verhoudingen zouden gelden, opnieuw: zonder dat men zich bezint op

10Borghouts, H.C.J.L., 'De politie heeft twee ministers nodig', in: *NRC Handelsblad*, 8 juni 1998.

11Pennders, Anina, 'Het ministerie van Justitie heeft dringend topjuristen nodig'. Mr. Geelhoed (SG Algemene Zaken): Overheid moet niet bang zijn voor elitevorming', in: *Mr.*, september 1998, pp. 49-53.

12Hand. II 1998-1999, p. 273.

13Hand. II 1998-1999, p. 277.

14Wijziging van de Ambtenarenwet 1929 ter zake van de uitoefening van grondrechten. Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1985-1986, 19 495, nr. 3, pp. 1-8.

15Bijl. Hand. II 1985-1986, 19 495, nr. 3, p. 5.

16Wijziging van de Ambtenarenwet 1929 ter zake van de uitoefening van grondrechten, Voorlopig verslag, vastgesteld op 5 december 1986, Tweede Kamer, vergaderjaar 1986-1987, 19 495, nr. 4, pp. 1-9.

de vraag of dit standpunt wel houdbaar is. Immers de context waarin die vermeende vrijheid van meningsuiting van ambtenaren gestalte zou mogen krijgen doet het op gespannen voet staat met de ministeriële verantwoordelijkheid en daarmee met het uitgangspunt van een parlementaire democratie. Alleen de kleine confessionele partijen roepen op tot een bezinning op de overheidstaak. Voor de RPF-fractie gold dat voor het overheidspersoneel bijzondere beperkingen kunnen gelden in de uitoefening van grondrechten. 'Deze zijn inherent aan de taak en plaats van de overheid in de samenleving'.¹⁷ Maar deze oproep vond geen enkele weerklank.

Er lijkt dus alle reden voor een fundamentele bezinning op de vraag: geldt het recht op vrijheid van meningsuiting¹⁸ in beginsel ook voor ambtenaren? De praktische problemen B botsingen tussen ministers en ambtenaren B zullen blijven rijzen zolang wetgever en doctrine over dit onderwerp geen scherp rechtsdogmatisch antwoord hebben geformuleerd.¹⁹ De zaak doorschuiven naar de rechter of laten afhangen van de toevallige krachtsverhoudingen tussen bijvoorbeeld een minister en de bureaucratie is B hoewel uit verlegenheid met het probleem vaak gepraktiseerd B weinig bevredigend.

3. Wat moet men verstaan onder 'vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren'?

De eerste vraag die we dan aan de orde moeten stellen is wat eigenlijk *moet worden verstaan* onder vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren? Discussies over dit onderwerp worden vanaf het begin doorgaans verontreinigd door verschillende semantiek. Zo hoort men wel: 'Een ambtenaar heeft vrijheid van meningsuiting, maar hij mag Anatuurlijk® niet zijn minister voor de voeten lopen'. Of: 'Een ambtenaar heeft vrijheid van meninguiting, maar hij mag zich Anatuurlijk® niet uitlaten over het werkterrein van zijn eigen minister'. Of: 'Een ambtenaar heeft vrijheid van meningsuiting, maar hij moet zich Anatuurlijk® terughoudend opstellen ten aanzien van zaken waarover zich reeds een politieke consensus heeft uitgekristalliseerd'. Wat kennelijk bij de protagonisten van dit standpunt voor ogen zweeft, is dat men graag *nominaal* vrijheid van meningsuiting wil proclameren, maar dat men in de praktijk

17Bijl. Hand. II 1986-1987, 19 495, nr. 4, p. 4. Iets waar ook reeds op gewezen werd door: Savornin Lohman, A.F. de, 'Interventie NJV 1897', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, 1897, 28ste jg., II, F.J. Belinfante, 's-Gravenhage 1897, pp. 42-52 en door De Louter: Louter, J. de, 'Interventie NJV 1897', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, 1897, 28ste jg., II, F.J. Belinfante, 's-Gravenhage 1897, pp. 72-80. Eveneens bij: Buijs, J.T., 'Art. 8', in: *De grondwet*. Toelichting en kritiek, Eerste Deel, P. Gouda Quint, Arnhem 1883, pp. 56-62; Struycken, A.A.H., '37. Het karakter der grondrechten', in: *Het staatsrecht van het Koninkrijk der Nederlanden*, Eerste Deel, S. Gouda Quint, Arnhem 1915, pp. 150-155.

18De vraag is dus niet: gelden *grondrechten* in beginsel ook voor ambtenaren? Het is niet tegenstrijdig en lijkt zelfs verstandig om bij een overweging van de vraag of een specifiek grondrecht geldt in de ambtelijk/politieke verhoudingen, goed te onderscheiden naar de verschillende grondrechten. Vrijheid van meningsuiting neemt bijvoorbeeld een geheel andere positie in dan de godsdienstvrijheid.

19Terecht schrijft Kamphuisen: 'Iedere staatsrechtelijke gedachtenwisseling loopt in laatste instantie uit op een debat over de grondvragen'. Vgl. Kamphuisen, P.W., *Koning en minister*. Een staatsrechtelijke studie, Dekker & Van de Vecht, z.p. 1935, p. 10.

allerlei inbreuken op die vrijheid van meningsuiting wil honoreren.²⁰ Dat is niet erg bevredigend. Wie inziet dat de vrijheid van meningsuiting wordt beperkt door de ministeriële verantwoordelijkheid en wie aan dat laatste het primaat toekent, moet ook de *Civilcourage* of de wetenschappelijke integriteit hebben om dat eerlijk uit te spreken.

Het lijkt het meest zuiver de zaak als volgt te stellen. Vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren zou betekenen *dat een ambtenaar zich over het terrein waarmee hij professioneel bemoeienis heeft publiekelijk mag uitspreken*. Hij behoeft zich in zijn beleidsadviezen dus niet te beperken tot de ministerskamer, maar hij mag adviseren 'in de couranten', zoals Struycken het uitdrukt'.²¹ Een tweede voorwaarde waaraan voldaan moet zijn om met enig recht van 'vrijheid van meningsuiting' te kunnen spreken, is dat men meningen mag ventileren die *impopulair zijn en ingaan tegen dominante meningen in de maatschappij of in de organisatie waarin men werkzaam is*. Wie zou zeggen: 'Een ambtenaar heeft vrijheid van meningsuiting maar hij mag zijn minister niet tegenspreken' handhaaft alleen *nominaal* vrijheid van meningsuiting, maar *reëel* heeft men daarvan afstand genomen. Het is dan ook het minst misleidend dit eerlijk uit te spreken. Het pendant van die ambtelijke uitingsvrijheid zou dus zijn dat de minister niet het recht heeft deze 'openbare adviezen' te verbieden. Wie van deze vrijheid een voorstander is, zou zich met recht een voorstander van 'vrijheid van meningsuiting van voor ambtenaren' kunnen noemen.²² Wie zegt (zoals vele schrijvers doen): 'Ambtenaren hebben vrijheid van meningsuiting maar zij mogen een minister niet voor de voeten lopen', is eigenlijk een tegenstander van ambtelijke uitingsvrijheid zonder dat men kennelijk de moed heeft om dat uit te spreken.

4. Ambtelijke uitingsvrijheid en de grondslagen van een parlementaire democratie

Is het erkennen van uitingsvrijheid voor ambtenaren een probleem? En zo ja, waarom? Naar mijn idee is dat het geval: de erkenning van vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren zou een krasse tegenstelling opleveren met het ideaal van democratie. Men kan het zelfs als volgt stellen: het functioneren van een parlemen-

20Vgl. Stam, J.J., 'Ambtenaar mag zeggen wat hij wil', *NRC Handelsblad*, 21 oktober 1998. Maar leest men welke beperkingen de ambtenaar zich ook volgens Stam moet laten welgevalen dan kan de ambtenaar helemaal niet zeggen 'wat hij wil'.

21En afwijst, althans hij is, net als Buijs, van mening dat de overheid als eis mag stellen dat ambtenaren zich onthouden van het schrijven in de krant. Vgl. Struycken, *Het staatsrecht van het Koninkrijk der Nederlanden*, p. 153.

22Drie zaken dient men van de hier besproken kwestie goed te onderscheiden: (1) de vraag of kamerleden met ambtenaren mogen spreken buiten medeweten en goedkeuring van de minister om; (2) de vraag of ambtenaren die strafbare feiten binnen de organisatie hebben ontdekt ongestraft naar buiten moeten kunnen treden met die informatie; (3) de vraag of ambtenaren bedrijfsgeheimen mogen verklappen. Ook wanneer men de eerste twee vragen met 'ja' zou beantwoorden, noopt dat nog *niet* tot de erkenning van vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren als een algemeen principe. Het derde punt wordt afwezen in art. 125a, lid 3 van de Ambtenarenwet.

taire democratie is eenvoudigweg niet mogelijk, wanneer de vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren zou worden erkend.

In een regiem dat *niet* functioneert volgens de principes van een parlementaire democratie is ambtelijke uitingsvrijheid in beginsel geen probleem. Of liever: het is alleen een 'efficiency-probleem' voor de autocratisch leider. Maar in een parlementaire democratie geldt het beginsel van de ministeriële verantwoordelijkheid.²³ De grondwet formuleert het principe met een tekst die alleen te begrijpen is tegen de achtergrond van onze constitutionele geschiedenis: 'De koning is onschendbaar; de ministers zijn verantwoordelijk' (art. 42, lid 1 Gw). Hierbij dienen zich drie vragen aan.

(1) *Voor wie is een minister verantwoordelijk?* De grondwet noemt: de koning. In de loop van de historische ontwikkeling is echter vast komen te staan dat de minister naast voor de koning ook verantwoordelijk wordt geacht voor: (i) zijn eigen optreden; (ii) het optreden van de aan hem ondergeschikte staatssecretaris; (iii) het optreden van het ambtelijk apparaat. Met name dat laatste is tegenwoordig belangrijk. Hadden de ministers in de vorige eeuw nog veel te stellen met de escapades van Willem III,²⁴ tegenwoordig zijn het moeilijk beteugelbare commissarissen van politie, generaals, procureurs-generaal en secretarissen-generaal die ministers in de problemen brengen.

(2) *Wat betekent 'verantwoordelijkheid'?* Een tweede vraag is wat 'verantwoordelijkheid' betekent in relatie tot de positie van de minister, zoals het concept zich heeft ontwikkeld in de Nederlandse constitutionele geschiedenis.²⁵ Hierbij kan men verschillende concepties onderscheiden. (a) 'Verantwoordelijkheid' kan betrekking hebben op een causale relatie: 'wie is verantwoordelijk voor ...' betekent: 'Wie heeft het gedaan?'. (b) 'Verantwoordelijkheid' kan ook betrekking hebben op een informatieplicht: de minister verschaft inlichtingen aan de kamers (art. 68 Gw). (c) Maar karakteristiek voor de ministeriële verantwoordelijkheid zoals deze zich sinds 1866/68 heeft ontwikkeld, is de verantwoordelijkheid als sanctie. Dat houdt in dat een minister het veld moet ruimen wanneer hij niet meer het vertrouwen heeft van de volksvertegenwoordiging.

²³ Daarom is ook het probleem van de ambtelijke uitingsvrijheid geheel anders dan de vraag naar uitingsvrijheid van gewone werknemers in een bedrijf. Vgl. over het laatste: Rood, M.G., 'Over grondrechten in dienstbetrekking en hun grenzen', in: P.B. Cliteur en A.P.M.J. Vonken, red., *Doorwerking van mensenrechten*, Wolters-Noordhoff, Groningen 1993, pp. 125-141.

²⁴ Vgl. Weitzel, A.W.P., *Maar Majesteit! Koning Willem III en zijn tijd*. De geheime dagboeken van minister A.W.P. Weitzel, bewerkt en ingeleid door Paul van 't Veer, De Arbeiderspers, Amsterdam 1968 en Abeling, Joris, *Teloorgang en wederopstanding van de Nederlandse monarchie (1848-1898)*, Prometheus, Amsterdam 1996.

²⁵ Van den Beld onderscheidt wel acht betekenissen van 'verantwoordelijkheid'. Vgl. Beld, A. van den, *Filosofie van het menselijk handelen*. Een inleiding, Van Gorcum, Assen 1982, p. 78 e.v. Vgl. verder: Kaufman, Arnold S., 'Responsibility, moral and legal', in: Edwards, Paul, ed., *The Encyclopedia of Philosophy*, Vol. VII, MacMillan & The Free Press, New York, London 1967, pp. 183-188 en Schweiker, William, *Responsibility & Christian Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge, New York 1999 (1995), pp. 55-78.

(3) *Voor wat is een minister verantwoordelijk?* Een derde vraag die we aan de orde moeten stellen is: voor welk soort gedragingen is een minister verantwoordelijk? Hierbij kan men verschillende typologieën presenteren (zoals bijvoorbeeld een onderscheid tussen handelen en nalaten), maar voor ons onderwerp is van belang het onderscheid tussen handelen en spreken. Een minister wordt volgens het Nederlandse constitutionele recht verantwoordelijk gehouden, niet alleen voor zijn eigen *handelen* (en dat van de staatssecretaris, de koning en de ambtenaar), maar ook voor zijn eigen *spreken* (en dat van de staatssecretaris, de koning en de ambtenaar). De vooronderstelling daarvan is waarschijnlijk dat spreken wordt geacht een voorbode te zijn voor handelen. Wanneer iemand zegt: 'Ik kom niet', verwachten we dat hij inderdaad niet komt. Zegt een minister 'Ik verwerp deze opvatting', dan verwachten we dat hij ook inderdaad niet zal handelen overeenkomstig die opvatting.

Maar niet alleen de menselijke persoonlijkheid zien we als een eenheid, we vinden die eenheid ook in de staat: *a Kingdom divided in it selfe cannot stand*.²⁶ Het spreken van bijvoorbeeld de koningin, wordt geacht samen te hangen met het handelen van de staat. Vandaar dat het spreken van de koningin dient te worden afgestemd met de verantwoordelijke minister. Het geeft geen pas wanneer de koningin met een beroep op art. 7 van de grondwet tijdens een banket in China zou verklaren dat mensenrechten willekeurige westerse verzinsels zijn waaraan andere landen zich niets gelegen moeten laten liggen. Misschien is dit de hoogstpersoonlijke, postmoderne of anderszins cultuurrelativistisch geïnspireerde overtuiging van de vorstin. Maar toch kan zij dat niet zeggen. De vrijheid van meningsuiting heeft hier een natuurlijke begrenzing in de aard van het ambt dat zij in een parlementaire democratie of constitutionele monarchie vervult. Wie zou stellen dat de eerste burger van de staat toch niet mag worden beknot in haar elementaire grondrechten, zou blijk geven van onvoldoende inzicht in de grondslagen van het Nederlandse staatswezen.

Wat hier gezegd wordt over één van de actoren waarvoor de minister verantwoordelijk wordt geacht, geldt ook voor de anderen: de staatssecretaris en de ambtenaar. Ook zij kunnen zich in beginsel niet beroepen op vrijheid van meningsuiting tegenover een minister. De aard van het ambt stelt de natuurlijke grenzen aan de uitoefening van het grondrecht.

Natuurlijk kan men blijven volhouden dat een ambtenaar vrijheid van meningsuiting heeft voorzover hij zich niet uitlaat over het beleidsterrein waarop hij en de minister actief zijn; voorzover hij zich niet uitlaat over het beleidsterrein van een collega; voorzover hij zich niet uitlaat over kwesties van politieke geaardheid in het algemeen; voorzover hij zijn uitingen afstemt met de verantwoordelijke minister. Maar nogmaals het is dan het meest zuiver eerlijk uit te spreken dat hij in beginsel geen vrijheid van meningsuiting heeft. Immers, de vrijheid opvattingen te uiten waarmee een ander het eens is, is geen vrijheid van meningsuiting. Vrijheid van meningsuiting is nu juist in het leven roepen voor de impopulaire uitingen; de uitingen waarbij men een ander tegensprekt op een punt dat er werkelijk toe doet.

²⁶Hobbes, Thomas, *Leviathan*, Edited by Richard Tuck, Cambridge University Press, Cambridge 1996 (1651), p. 127 (ch. xviii).

5. Kan de contradictie tussen ambtelijke uitingsvrijheid en ministeriële verantwoordelijkheid worden opgeheven?

Voor de meeste commentatoren is de contradictie tussen ambtelijke uitingsvrijheid en ministeriële verantwoordelijkheid een zware pil. Met de breideling van de meningsvrijheid van de vorst heeft men B merkwaardig genoeg B weinig problemen, maar de opheffing van de ambtelijke uitingsvrijheid zit velen hoog. Vooral bestuurskundig opgeleiden en mensen uit de adviespraktijk in het openbaar bestuur hebben het moeilijk met de harde logica van het staatsrecht.²⁷ De vlucht in intellectueel escapisme is daarom groot²⁸: men stelt dat het in de praktijk toch wel meevalt met die conflicten; dat de soep niet zo heet wordt gegeten; dat ambtenaren het toch niet slecht menen met hun politieke superieuren;²⁹ dat we extremistische posities moeten vermijden; de zaken genuanceerd moeten bezien. En als men daarmee bedoelt dat in de praktijk de problemen wel meevallen, is dat ook juist. Echter die problemen vallen mee omdat de meerderheid van de ambtenaren nog niet de grenzen aan het verkennen is waardoor enkele ambtenaren, verleid door pleidooien voor ambtelijke uitingsvrijheid zich gestimuleerd en gelegitimeerd voelen.³⁰ Het blijkt, kortom, nodig de zaken nog eens scherp te stellen. En dan blijft onontkoombaar het volgende dilemma bestaan: men kan niet een minister verantwoordelijk houden voor meningsuitingen die hij niet bevoegd zou zijn te verbieden. De enige mogelijkheid om ambtelijke uitingsvrijheid met ministeriële verantwoordelijkheid te verzoenen is het presenteren van een rekkelijke interpretatie van de ministeriële verantwoordelijkheid. Maar is dat verstandig? Laten we dat aan de hand van vier punten nader overwegen.

6. Een rekkelijke interpretatie van de ministeriële verantwoordelijkheid

27Vgl. Rosenthal, U., 'Een politicus met gezag hoeft dat niet steeds te bevestigen', in: *De Volkskrant*, 26 november 1998, wat waar is, maar wat niet leidt tot Hart, P. 't, & Rosenthal, U., 'Politiek-ambtelijke spelregels zijn nodig', in: *NRC Handelsblad*, 5 november 1998, want die regels bestaan al: het zijn de basisregels van een parlementaire democratie en die dienen niet te worden uitgevonden noch te worden gerelativeerd.

28Zoals bij: Horst, Th.A.M. van der, *Ambtenaar en grondrechten*, N. Samsom N.V., Alphen aan den Rijn 1967, p. 221 die meent 'richtlijnen' voor ons probleem te presenteren, maar in feite tegenstrijdige aanbevelingen doet.

29Aldus: Wal, Bauco van der, 'De bizarre woede van een wetenschapper', in: *Management & Bestuur*, april 1999, p. 23.

30Secretaris-generaal Van Wijnbergen (EZ) formuleert het als volgt: 'Vrijheid van meningsuiting is in dit land het grondrecht van iedere burger' (Vgl. Koelewijn, Jannetje, 'Sweder van Wijnbergen een excellente lastpak. Secretaris-generaal op EZ hecht aan recht op kritiek', in: *NRC Handelsblad*, 9 november 1998).

Men kan de volgende standpunten innemen.

Allereerst zou men ten aanzien van het verantwoordelijkheidsconcept een stap terug kunnen doen. Men zou bijvoorbeeld kunnen betogen dat ministeriële verantwoordelijkheid voor de bureaucratie betekent dat de minister wel informatie moet verschaffen over de meningen die geuit worden door ambtenaren, maar dat hij daarvoor niet verantwoordelijk is in de zin van onderhevig aan een sanctie wanneer de meningsuiting wordt afgewezen.³¹ Het is in feite een terugkeer naar een conceptie van ministeriële verantwoordelijkheid zoals deze vigerend was vóór 1866/68. Men creëert democratisch niet te beheersen enclaves in het overheidsbeleid.

Een tweede remedie om de contradictie op te lossen is het beperken van de hoeveelheid actoren voor wie de minister verantwoordelijk is. Zo kan men verdedigen dat de minister bijvoorbeeld wel voor zijn eigen optreden, die van het staatshoofd en die van de staatssecretaris verantwoordelijk is, maar niet voor dat van de bureaucratie. Maar dat zou in feite betekenen dat democratie is afgeschaft want het ambtelijk apparaat is een oncontroleerbare machinerie geworden; althans die controle verloopt niet volgens de klassiek-democratische weg. Gelukkig schrikken zelfs de meest ijverige voorstanders van ambtelijke uitingsvrijheid hiervoor terug.

Een derde remedie is het beperken van de ministeriële verantwoordelijkheid tot *handelen*. Een 'spreken' van een ambtenaar wordt dan niet toegerekend aan de minister of niet nadat de minister heeft verklaard dat hij de meningsuiting van de ambtenaar voor eigen rekening wil nemen.³²

Deze opvatting lijkt zeer populair tegenwoordig. Maar het zou grote verwarring opleveren over de richting van het overheidsbeleid. Het ambtelijk apparaat zou voortdurend het één in woord en geschrifte kunnen proclameren, maar het ander B gedwongen door ministeriële bevelen B moeten doen.

Niet alleen het gezag van de minister over het ambtelijk apparaat zou volledig eroderen (en daarmee ook *ons gezag* als burgers, over de bureaucratie), maar ook het gezag van hoger geplaatste ambtenaren over lager geplaatste ambtenaren. Erkenning van vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren zou niet alleen betekenen dat de secretaris-generaal de minister in de krant onder vuur mag nemen, maar ook dat directeuren-generaal publiekelijk hun secretaris-generaal kunnen kritiseren. Het ambtelijk apparaat zou veranderen in één grote discussie over beleidsalternatieven. Is nog te verwachten dat uit die kluwen ooit één richting naar voren komt die loyaal door de vele dissidenten zal worden uitgevoerd?

31 Enigszins omfloerst wordt deze conclusie ook inderdaad getrokken door Scheltema-de Nie: 'De pendant is echter wel (van de ambtelijke uitingsvrijheid; PC) dat een minister ook niet te gemakkelijk verantwoordelijk moet worden gesteld voor elke uiting door ambtenaren op persoonlijke titel gedaan, wel voor een eventuele reactie daarop'. Vgl. Hand. II 1998-1999, p. 273.

32 Verschillende auteurs zijn deze mening toegedaan. De Britse filosoof Jeremy Bentham schreef: 'To censure freely, to obey punctually'. Vgl. Bentham, Jeremy, *A Fragment on Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Edited with an introduction by Wilfrid Harrison, Basil Blackwell, Oxford 1967 (1948), preface, aangehaald bij: Hart, H.L.A., 'Positivism and the Separation of Law and Morals', in: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1983, pp. 49-87, p. 53.

Een vierde remedie is dat men de band tussen bevoegdheden en verantwoordelijkheden doorknipt. Sinds de verwerkelijking van de democratie gaat men ervan uit dat voor een bevoegdheid verantwoordelijkheid bestaat. Maar het afleggen van verantwoording heeft alleen zin en betekenis wanneer de verantwoordelijke ook over de bevoegdheden bezit om sturend op te treden. In een democratie geldt daarom niet alleen 'Indien bevoegd, dan verantwoordelijk', maar ook 'Indien verantwoordelijk, dan bevoegd'.³³ De tweede regel kan niet uit de eerste logisch worden afgeleid,³⁴ maar deze moet wel op moreel-politieke gronden daarvan als het sequel worden erkend.³⁵ Het erkennen van vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren zou betekenen dat een minister verantwoording moet afleggen over zaken die hij niet bevoegd wordt geacht te sturen. Is dat mogelijk? Het is mogelijk, maar men moet dan wel erkennen dat de ministeriële verantwoordelijkheid niet meer een zweepslag *voor* de ambtelijke dienst is,³⁶ maar een zweepslag *van* de ambtelijke dienst ter disciplineren van de politieke machten die niet in de pas lopen met de wensen van de bureaucratie.

7.C conclusie: ambtelijke uitingsvrijheid en democratie onverzoenbaar

De vraag lijkt daarom gerechtvaardigd of ambtelijke uitingsvrijheid niet alleen voor een zeer hoge prijs kan worden gerealiseerd: de erosie van de parlementaire democratie zoals we deze nu kennen. Ik denk dat dit het geval is. Het meest verkieslijk lijkt het de klassieke uitgangspunten van een parlementaire democratie te herbevestigen.³⁷ De enige interpretatie van art. 125a Ambtenarenwet die niet in strijd is met de art. 42, lid 2 Grondwet is dat de 'goede functionering van de openbare dienst' met zich meebrengt dat een ambtenaar geen politieke standpunten inneemt waarvoor de minister geen verantwoordelijkheid wenst te dragen. En dat betekent dus dat een ambtenaar voorzover het om het terrein van zijn werk gaat géén vrijheid van meningsuiting heeft.³⁸ Het betekent ook dat ambtenaren beleidsadvisering behoren

33Als principe geformuleerd door: Sorgdrager, W., 'Voordracht van de minister van Justitie ter opening van het RAIO-congres 'De eerbied aardig? Een bezinning op de positie van de rechter en de officier van Justitie'', Noordwijkerhout, 3 april 1996, onder de titel 'Minister van Justitie volledig bevoegd over openbaar ministerie' gepubliceerd in: *Staatscourant*, 4 april 1996, nr. 68, p. 6 en ten dele ook in: *NJB*, 19 april 1996, pp. 620-621.

34Zoals terecht wordt opgemerkt door: Corstens, C.J.M., 'Democratie, minister van Justitie en Openbaar Ministerie', in: *Trema*, juni 1997, pp. 223-224; Kortmann, C.A.J.M., 'Ministeriële verantwoordelijkheid', in: *RMThemis*, 1996/7, pp. 243-244.

35Dat lijkt mij de juiste kern van: Angeren, J.A.M. van, 'Mag de ministeriële verantwoordelijkheid voor het bestuur worden beperkt?', in: *RMThemis*, 1996/10, pp. 367-375.

36Zoals optimisten menen dat de ministeriële verantwoordelijkheid zou functioneren. Vgl. voor het optimisme van een doorgaans toch niet zo zonnige natuur: Donner, A.M., 'Verantwoordelijkheid', in: *RMThemis*, 1987, pp. 365-368.

37Zoals gebeurt bij: Kortmann, C.A.J.M., 'De ambtenaar en de politiek I', in: *RMThemis*, nr. 5, 1999, pp. 163-165, contra: Thijn, E. van, 'De ambtenaar en de politiek II', in: *RMThemis*, nr. 5, 1999, pp. 165-167.

38Als men art. 125a AW anders zou willen interpreteren zou het in strijd zijn met de grondwet en dus

te plegen in de beslotenheid van het overleg met de minister en niet in de krant.³⁹ Volgens sommigen betekent dit dat een als verouderd gebrandmerkt 'Weberiaans model'⁴⁰ in ere wordt hersteld.⁴¹ Dat is ook zo; en het is nodig ook. Het is immers nog niemand gelukt een nieuw model te presenteren dat én consistent is én democratische controle op het ambtelijk apparaat mogelijk maakt.

Merkwaardig genoeg is de argumentatie, zoals hier ten beste gegeven, niet populair. In de discussie over ambtelijke uitingsvrijheid manifesteert zich de verwoestende werking van de wet van de epigonie. De meeste auteurs werpen zich op als verdedigers van 'grondrechten' (zonder dat men onderscheid maakt tussen vrijheid van meningsuiting en andere grondrechten) die *in elke denkbare context* zouden moeten worden toegepast. Wat bij de voorstanders van ambtelijke uitingsvrijheid een inspirerende factor blijkt te zijn is de veronderstelling dat het hier een 'modern' standpunt betreft dat met een 'ouderwets', Weberiaans, standpunt wordt gecontrasteerd. Het vooruitgangsgeloof dat spreekt uit dit hoofdstuk is echter van een heel andere aard: namelijk de overtuiging dat democratie nog een onvoltooid proces is. In de vorige eeuw hebben zich enkele grote gebeurtenissen voorgedaan die met zich meebrengen dat de heerschappij van de minister over het politieke beleid veilig werd gesteld en de heerschappij van de volksvertegenwoordiging over het kabinet. Jaartallen als 1848 en 1866/68 zijn in dit democratiseringsproces belangrijke markeringpunten. In de vorige eeuw moest de minister als dienaar van de burgerij macht veroveren op de koning.

De twintigste eeuwse democratische revolutie is anders. Niet meer de koning vormt het referentiepunt waarop macht moet worden veroverd, maar 's konings voormalige dienaren: de ambtenarij. De revolutie van Thorbecke is maar ten dele voltooid. De ministeriële verantwoordelijkheid ex art. 42 Gw is dan ook tegenwoordig niet meer zozeer een verantwoordelijkheid voor het optreden van de koning, maar een verantwoordelijkheid voor het optreden van de bureaucratie. Democratie betekent dat zoveel mogelijk feitelijke macht op de bureaucratie moet worden veroverd en in handen moet worden gelegd van door burgers te beheersen functionarissen: ministers. Dat proces is in volle gang. Onlangs is het Openbaar

eigenlijk door de rechter buiten werking moeten worden geplaatst. Hetgeen niet kan op grond van het toetsingsverbod van art. 120 Gw, helaas, maar misschien is in het internationale recht nog een bepaling te vinden waarin democratie is verankerd en welke een toetsingsgrondslag zou kunnen vormen.

39Vgl. Ritzen, Jo, *De Minister. Een handboek*, Bert Bakker, Amsterdam 1998, p. 28: 'Ambtenaren moeten binnen je werkkamer maximaal brutaal zijn en daarbuiten maximaal loyaal'.

40Weber, Max, *Politik als Beruf*, Siebente Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1982 (1919), p. 28 en Weber, Max, *Staatssoziologie*. Soziologie der rationalen Staatsanstalt und der modernen politischen Parteien und Parlamente, Mit einer Einführung und Erläuterungen herausgegeben von Johannes Winckelmann, Zweite, durchgesehene und ergänzte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1966, p. 41.

41Dat wordt uitgesloten geacht door: Akkerboom, Broer, 'De boodschap van een ambtenaar. Het gelijk van Van Wijnbergen', in: *Openbaar Bestuur Magazine*, jg. 1, winter 1998, pp. 6-7 en in zekere zin ook door: Thijn, Ed. van, 'Contempt of Parliament', in: *Openbaar Bestuur Magazine*, jg. 1, winter 1998, pp. 8-9 en Thijn, Ed van, 'Woord vooraf', in: Thijn, Ed van, Alink, Fleur, Dijk, Pieter van, e.a., *De Sorry-democratie*. Recente politieke affaires en de ministeriële verantwoordelijkheid, Van Gennep, Amsterdam 1998, pp. 7-8.

Ministerie wederom onder democratische controle gebracht en dat geldt ook in toenemende mate voor topambtenaren die zich hadden losgeweekt van de ministeriële heerschappij. Op 26 september 1999 trad de secretaris-generaal van Economische Zaken Van Wijnbergen terug na een nieuwe aanvaring met zijn minister over uitlatingen die Van Wijnbergen in de openbaarheid had gedaan. Hoe zal deze datum de geschiedenis in gaan? Vanuit het hier beschreven perspectief is deze datum vergelijkbaar met 1848 of 1866 omdat het de heerschappij van democratisch gelegitimeerde machten over aangestelde ambten markeert. Dit wordt echter tegenwoordig doorgaans anders getypeerd.

Men heeft een ander vooruitgangsgeloof dat daaruit bestaat dat mensenrechten in elke willekeurige context moeten worden toegepast. Het feit dat Van Wijnbergen het veld heeft moeten ruimen, wordt gezien als een stap terug in de doorwerking van grondrechten in het openbare leven. Het zal duidelijk zijn dat vanuit het hier beschreven perspectief een dergelijke voorstelling van zaken een grove misvatting is. Zij die zich opwerpen als de verdedigers van democratie en verlichte politiek blijken in werkelijkheid aan te sturen op de ondermijning daarvan. Wie stelt dat 'in een volwassen democratie ook topambtenaren naar buiten toe moeten kunnen zeggen wat zij vinden'⁴² formuleert een standpunt dat op het eerste gezicht niet anders dan als sympathiek kan worden getypeerd. Het lijkt uiting te geven aan een verlichte en progressieve gezindheid. Het lijkt een verdere doordenking en toepassing van de idealen achter de mensenrechten. Maar wie de zaak nader beschouwt beseft dat het de uitspraak is van een epigoon: iemand die in een poging verheven idealen te verwerkelijken in feite bijdraagt aan de ondermijning daarvan.

⁴²Aldus Scheltema-de Nie in Hand. II 1998-1999, p. 273.

HOOFDSTUK 6

Het conflict tussen mensenrechten en democratie

1. Een Britse en een Amerikaanse visie

In het vorige hoofdstuk is gebleken dat zich een spanning kan voordoen tussen de toepassing van een mensenrecht en democratie wanneer dat mensenrecht wordt geproclameerd in een 'verkeerde context'. Een recht op vrijheid van meningsuiting komt in beginsel toe *aan de burger* en *tegenover de overheid*. Dat betekent niet dat mensenrechten altijd per definitie uitgesloten zijn in een andere relatie dan die tussen burger en overheid, maar wel is voorzichtigheid geboden. Toepassing van het recht op vrijheid van meningsuiting in de context van ambtenaar en minister leidt tot een ongerijmde toestand: terwijl grondrechten bedoeld zijn om burgers te beschermen tegen de overheid, zou het honoreren van vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren resulteren in het beschermen van de overheid tegen (vertegenwoordigers van) burgers. Zo wordt precies het omgekeerde bereikt van wat de bedoeling was met grondrechten en mensenrechten.

Maar de spanning tussen mensenrechten en democratie die we in het vorige hoofdstuk hebben geanalyseerd is in zoverre gemakkelijk te verhelpen dat wanneer de zaken weer in het juiste perspectief worden geplaatst geen problemen behoeven te ontstaan. Natuurlijk bestaat wel een strategisch-politiek probleem, immers de doctrine die een zekere erkenning van ambtelijke utingsvrijheid heeft erkend zal op haar schreden moeten terugkeren. Ook zullen rechters op dit punt voorzichter moeten zijn dan zij geweest zijn in het verleden. Maar, nogmaals, dat is een cultuuromslag die in beginsel zich kan voltrekken. Eigenlijk *heeft* die omslag zich reeds voltrokken.

Een tweede spanning tussen mensenrechten en democratie ligt in die zin problematischer dat het niet een spanning is die zich alleen doet gevoelen bij een verkeerde toepassing van mensenrechten, maar die als het ware tot het wezen van het hele systeem van het ACP behoort. Het gaat om de gespannen verhouding tussen enerzijds de elementen van rigiditeit en rechterlijke toetsing en anderzijds democratie. Men kan het ook als volgt stellen: de tweede spanning heeft ermee te maken dat de verheffing van een bepaald recht in de mensenrechtenstatus kost ook 'iets kost' in de zin dat we het onttrekken aan normale democratische besluitvorming.¹ Immers, bepaalde zaken worden uitgezonderd van het normale politieke proces.² Bepaalde waarden en beginselen worden van zo'n fundamentele betekenis geacht dat we zeggen: ze mogen nooit geschonden worden, ook niet door de wetgever, zelfs niet

1 Aldus: Bergh, G. van den, 'Beschouwingen over het toetsingsrecht', in *Nederlands Juristenblad*, 26 mei 1951, pp. 417-425.

2 Vgl. Waldron, Jeremy, 'A Right-Based Critique of Constitutional Rights', in: *Oxford Journal of Legal Studies*, 13 (1993), pp. 18-51 en Honoré, Tony, *About Law*, Clarendon Press, Oxford 1995, p. 24.

door de *democratisch gecontroleerde* wetgever. Vrijheid van meningsuiting is zo fundamenteel dat wanneer de Nederlandse wetgever een wet zou maken die daarmee in strijd is, de rechter die wet niet mag toepassen wegens strijdigheid met die vrijheid van meningsuiting.

Maar dat is een inbreuk op democratie, en wel in tweërlei zin: (1) het constitutionele recht kan niet door middel van een gewone democratische besluitvorming worden afgeschaft (daarvoor is immers een gekwalificeerde meerderheid van 2/3 vereist), (2) de rechter, een niet democratisch gecontroleerd orgaan, heeft het recht om tegen de wil van de meerderheid in te gaan.

Vooral in de Amerikaanse literatuur wordt dit *counter-majoritarian* dilemma veelvuldig aan de orde gesteld.³ Hierbij gaat het dan vaak om een kritiek op het toetsingsrecht. David Savage, schrijver van een boek over het Hooggerechtshof ten tijde van de huidige Chief Justice Rehnquist, schrijft:

Certainly, the Supreme Court is a somewhat odd institution in a democratic society. A committee of unelected lawyers, the Court possesses the power to nullify the decisions of elected officials, whether the Congress, the president, or a local school board. The Court sets its own rules, decides what it wants to decide, and proudly ignores the public's reaction once it has decided. Not only are its members not selected by the voters, but also, once seated, they hold their jobs for life.⁴

Niet de democratisch gelegitimeerde wetgever maakt de dienst uit, maar de rechter, zo zou men enigszins gechargeerd de situatie kunnen typeren. Eén van de meest bekende uitspraken uit de Amerikaanse rechtswetenschappelijke traditie is: ›In the end, the Constitution means what these nine persons say that it means.‹⁵

In het licht van het voorgaande zal het niet verbazen dat zich in de Amerikaanse constitutionele geschiedenis regelmatig conflicten hebben voorgedaan tussen de uitvoerende en de rechterlijke macht. Robert Jackson schrijft, dat toen de president in conflict kwam met het Supreme Court (en dat is verschillende keren gebeurd, onder andere onder Jefferson, Jackson, Lincoln en Franklin Roosevelt) de president telkens representatief was voor een krachtige ›popular majority.‹⁶

Hier gaat het om een van de grootste dilemma's van het rechterlijk toetsingsrecht als onderdeel van het modern concept van mensenrechten of het ACP, een dilemma waaraan men in de Europese literatuur te vaak voorbij gaat. Men dient het echter scherp onder ogen te zien: ›Judicial power to nullify a law duly passed by the

3Interessante beschouwingen over dit onderwerp vindt men bij: Elster, J., en Slagstad, R., eds., *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, New York 1988.

4Savage, David, *Turning Right*, The Making of the Rehnquist Supreme Court, John Wiley & Sons, Inc., New York etc. 1992, p. 11.

5Aangehaald bij: Savage, *Turning Right*, p. 12. Men vindt deze kritiek vaak bij vertegenwoordigers van het Amerikaans realisme, zoals Rodell, Fred, *Nine Men*, A Political History of the Supreme Court from 1790 to 1955, Random House, New York 1955. Vgl. daarover: Cliteur, P.B., ›Amerikaans realisme, in: P.B. Cliteur, B.C. Labuschagne, C.E. Smith, red., *Rechtsfilosofische stromingen van de twintigste eeuw*, Gouda Quint, Arnhem 1997, pp. 41-109.

6Jackson, Robert H., *The Supreme Court in the American System of Government*, Harvard University Press, Cambridge 1967, p. 79.

representative process is a restriction upon the power of the majority to govern the country.⁷

Jackson meent overigens wel dat het systeem kan worden gerechtvaardigd. Een ongeclausuleerde wetgevingsmacht zou het individu uitleveren aan de meerderheid. De makers van de Amerikaanse constitutie kozen daarom terecht voor een *beperkte* wetgevingsmacht. Maar het is eenvoudigweg onverantwoord om deze spanning binnen het bestel te verdoezelen.

Aangezien het toetsingsrecht als een integraal onderdeel van de mensenrechtentraditie op gespannen voet verkeert met democratie, is het niet verwonderlijk dat het verschillende keren is bekritiseerd. Dat gebeurde bijvoorbeeld door Britse auteurs. In Groot Brittannië kent men B onder andere om *deze* reden B geen systeem van mensenrechten, zoals zich dat in de Verenigde Staten en op het continent heeft ontwikkeld. Een scherp criticus van het toetsingsrecht (en daarmee van mensenrechten) is de Britse auteur J.A.G. Griffith die zich verschillende keren tegen een te grote invloed van de rechterlijke macht heeft gekeerd en het daarmee samenhangend pleidooi voor een 'Bill of Rights for Britain'.⁸ 'The proposals for a written constitution, for a Bill of Rights, for a House of Lords with greater powers to restrain governmental legislation, for regional assemblies, for a supreme court to monitor all these proposals, are attempts to write laws so as to prevent Her Majesty's Government from exercising powers which hitherto that government has exercised.'⁹ Dit komt in feite neer op het verlangen om het recht de politiek te laten vervangen en daar kan geen sprake van zijn, meent Griffith. Het is voor sommigen misschien een harde waarheid, maar het recht kan en mag de politiek niet vervangen. 'They merely pass political decisions out of the hands of politicians and into the hands of judges and other persons', schrijft Griffith over de voorstanders van een Britse mensenrechtenverklaring annex toetsingsrecht.

Voor Griffith's kritiek valt iets te zeggen. Is het verbazingwekkend dat in het Algemeen Constitutioneel Patroon een sterke politisering van de rechterlijke macht heeft plaatsgevonden en tevens een politisering van de benoemingsprocedure voor rechters, kan men zich afvragen? Dat is wat men kan onderkennen in de Verenigde Staten en misschien is wat we daar zien het voorland van Europa, wanneer de Europeanen in toenemende mate in de ban raken van het Amerikaanse constitutionele systeem.

Voor al onder president Reagan zijn in de Verenigde Staten de benoemingen sterk gepolitiseerd geraakt.¹⁰ Rond 1986 hoorde men in conservatieve kringen dat er

⁷Jackson, *The Supreme Court in the American System of Government*, p. 79.

⁸Vgl. Dworkin, Ronald, *A Bill of Rights for Britain*, Chatto & Windus, London 1990; Hailsham, Lord, *The Dilemma of Democracy*, Diagnosis and Prescription, Collins, London 1978. Vgl. verder het hierna genoemde boek van Scarman.

⁹Griffith, J.A.G., 'The Political Constitution', in: *The Modern Law Review*, Vol. 42, No. 1, 1979, pp. 1-21, hier p. 16.

¹⁰Vgl. Bronner, Ethan, *Battle for Justice*, How the Bork Nomination Shook America, Anchor Books, New York etc. 1989. Borks eigen verslag vindt men in: Bork, Robert H., *The Tempting of America*, The Political Seduction of the Law, Sinclair-Stevenson, London 1990. Vgl. over de smakeloze komedie rond de benoeming van Clarence Thomas: Mayer, Jane & Abrahamson, Jill, *Strange Justice*, The Selling of

expliciete conservatieven zouden moeten worden benoemd. Niet mensen die nog verschillende kanten uit zouden kunnen, want daar had men slechte ervaringen mee. De revolutie die Reagan voor ogen stond, was gefrustreerd doordat Nixon en Ford verkeerde keuzes voor het Supreme Court hadden gedaan. Van de vier leden van het Hof die door Nixon waren benoemd, waren Balthus vanuit het conservatieve perspectief twee besliste mislukkingen en één minder geslaagde greep. De eerste mislukking was Lewis F. Powell. Powell, die door Nixon was uitgekozen voor zijn ›law-en-order‹-opvattingen, had weliswaar aan de verwachtingen voldaan door zijn standpunten over de misdaad en de doodstraf, maar wanneer het ging om civil rights, religie en abortus was hij vaak met de ›liberals‹ meegegaan. Een andere ›misgreep‹ was Harry A. Blackmun. Twee jaar na zijn benoeming schreef hij *Roe v. Wade* waarin aan vrouwen een constitutioneel recht op abortus werd gegarandeerd. Ook Burger, de Chief Justice die door Nixon in het zadel was geholpen, was niet een echt succes. Weliswaar was Burger een conservatief, maar zijn optreden was grotendeels ineffectief. De problemen rond de benoemingen van Bork (niet benoemd) en Thomas (wel benoemd) liggen nog vers in het geheugen.

Laten we de twee punten waarop de mensenrechtentraditie in conflict komt met democratie iets nader analyseren.

2.Het eerste conflict tussen mensenrechten en democratie: verschaning

Een eerste punt van spanning tussen de idealen van mensenrechten en democratie vinden we in het idee van een verschanste verankering van hoger recht in de constitutie. Kenmerkend voor de traditie van mensenrechten is dat men de macht van de overheid, ook de democratisch gecontroleerde overheid, wil breidelen door middel van bepaalde rechten. Nu leverde een dergelijk ideaal niet veel problemen op in het pre-democratisch tijdperk (althans vanuit het moderne perspectief), aangezien toen hoger recht alleen maar een beperking vormde op de macht van de vorst. Zo men al van een botsing van beginselen zou willen spreken dan was sprake van een botsing tussen het beginsel van het ›droit divin‹ (het goddelijk recht van koningen om te regeren) en de idealen van het ACP. Naarmate de invloed van democratisch gekozen meerderheden zich echter sterker op het beleid deed gevoelen, betekende de acceptatie van hoger recht als beperking van de overheidsmacht tevens een beperking van de wil van de democratisch gekozen meerderheid, een beperking die zich alleen maar duidelijker deed gevoelen toen hoger recht in een constitutie werd verschanst. De Duitse constitutie die de menselijke waardigheid absoluut onaantastbaar maakt, vormt Balthus aanzien van de daar gespecificeerde waarde Balthus een *absolute* beperking van democratische besluitvorming. De Amerikaanse en Nederlandse constituties die grondwettelijk recht alleen maar *moeijker* wijzigbaar maken, werpen een minder vergaande beperking aan democratische besluitvorming op, maar niettemin toch een beperking.

Met name in de bekende controverse tussen het traditionalistisch gedachtegoed van de Ierse politieke filosoof Edmund Burke en de radicaal-democraat Thomas Paine

treedt de tegenstelling tussen het idee van verschanst hoger recht en democratie helder aan het licht. We zullen op de achtergrond van dit conflict kort ingaan.

3. Thomas Paine en Edmund Burke

Het begon met een voordracht van de theoloog Richard Price.¹¹ Price had op 4 november 1789, de gedenkdag van wat men in Engeland de Revolutie van 1688 (Glorious Revolution) noemt, een preek gehouden, waarin hij lovende opmerkingen maakte over zowel de Glorious Revolution alsook de Franse Revolutie. Edmund Burke had zich bijzonder geërgerd aan die lofrede, aangezien hij weliswaar de Glorious Revolution als noodzakelijk en heilzaam beschouwde, maar de Franse revolutie verwierp. In zijn boek *Reflections on the Revolution in France* vinden we de kritiek op Price nader uitgewerkt. Naar het oordeel van Burke is de quintessens van de preek van Price dat volgens Price het Engelse volk met de beginselen van de Revolutie een drietal fundamentele rechten had verworven:

- (1) om zijn eigen regeerders te kiezen;
- (2) om deze in geval van wanbeleid af te zetten;
- (3) om zijn eigen regeringsvorm te ontwerpen.¹²

Deze voordracht vormde voor Burke het startsein voor een invloedrijke campagne tegen de Franse Revolutie en het daaraan ten grondslag liggende verlichtingserfgoed, waarbij hij de waarden van traditioneel gegroeide beginselen en instituties contrasteerde met de rationeel uitgedachte en naar zijn idee gekunstelde staatsfilosofie van de verlichtingsfilosofen.

Burke ontkende dat het volk het soort rechten heeft als waarvoor Price in zijn voordracht een lans had gebroken. Burke beroept zich daarvoor op een verklaring die het Parlement ongeveer honderd jaar tevoren ten overstaan van Willem en Mary had afgelegd: »In naam van het voornoemde volk: (waarmee het Engelse volk van toen werd bedoeld), »onderwerpen de geestelijke en wereldlijke leden van het Hogerhuis alsmede de leden van het Lagerhuis zichzelf, hun *erfgenamen* en *nazaten*, allernederigst en vol vertrouwen voor *AL TIJD*». Ook beroept Burke zich op een bepaling uit een besluit dat het Parlement in dezelfde regeringsperiode nam, waarbij het Parlement zegt dat de inhoud ons, dat wil zeggen het volk van toen, bindt, alsmede »onze erfgenamen en onze nakomelingen: en dat alles »ten eeuwigden dage».

Daarmee verwoordt Burke dus het ideaal van een volkomen rigide constitutie. Dat is naar hedendaagse maatstaven onaanvaardbaar. Het is hetzelfde ideaal als dat van Lycurgus die wetten maakte die nooit meer veranderd zouden mogen worden. Tegenwoordig achten wij dat een te grote inbreuk op democratie.

11A *Discourse on the Love of our Country*. Een nieuwe editie verscheen in: Price, Richard, *Political Writings*, edited by D.O. Thomas, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1991, pp. 176-197.

12Burke, Edmund, *Reflections on the revolution in France*, ed. Conor Cruise O'Brien, Penguin Books, Harmondsworth 1982, p. 91 e.v. Vgl. voor de achtergrond van het conflict ook de inleiding van De Valk in: Burke, Edmund, *Traditie en vooruitgang*, Een bloemlezing uit de *Reflections on the Revolution in France*, samengesteld door J.M.M. de Valk, Kok/Agora, Kampen 1989.

Het was Thomas Paine die als woordvoerder voor het democratisch ideaal naar voren trad. Zoals Burke aanstoot had genomen aan Price, zo nam Paine weer aanstoot aan Burke. Wanneer Burke gelijk zou hebben, aldus Paine, dan zou dat betekenen dat het Engelse volk bij de revolutie *afstand* heeft gedaan van een eventueel recht om het koningschap af te schaffen. Het Engelse Parlement maakte gebruik van het recht om zichzelf te binden voor het moment, maar tevens eigende het zichzelf een ander recht toe, namelijk het recht om het nageslacht te binden, aldus Paine in zijn kritiek op Burke.¹³

We kunnen in deze verhandeling de beoordeling van het recht van deze generatie om de navolgende generaties te binden loskoppelen van het erfelijk koningschap, want het voorwerp van de discussie is van algemener aard dan het specifieke probleem dat door Burke en Paine besproken wordt. Het gaat om de vraag of de ene generatie een volgende mag binden; dat is tenslotte wat gebeurt wanneer men een rigide grondwet proclameert. Het is een probleem dat van grote praktische betekenis is, aangezien het merendeel van de grondwetten die in de wereld van kracht zijn rigide clausules kennen.¹⁴

Paine is over deze kwestie categorisch en duidelijk: »nooit was, nooit zal en nooit kan sprake zijn van enige volksvertegenwoordiging, enige stand of enige generatie, in welk land dan ook, die beschikt over de bevoegdheid of het vermogen om het nageslacht 'tot het eind der tijden' te binden en vast te leggen, of om voor altijd te verordennen hoe de wereld geregeerd zal worden, of wie haar zal regeren».¹⁵

Het soort bepalingen als waarop Burke zich beroept is van nul en generlei waarde, zoals Paine schrijft. De opstellers proberen te doen waartoe zij noch het recht noch het vermogen hebben.

Hoe men ook moge denken over het onderwerp dat in directe zin het voorwerp van het dispuut was tussen Burke en Paine (het erfelijk koningschap), Paine heeft duidelijk gemaakt dat rigiditeit van hoger recht een onderwerp is waarvoor men een rechtvaardiging zal moeten geven.

4. Het tweede conflict tussen mensenrechten en democratie: toetsing van wetten aan mensenrechten door de rechter

Een tweede spanning tussen mensenrechten en democratie manifesteert zich in het rechterlijk toetsingsrecht. Wanneer men aan de rechter de controle overlaat op de constitutionnalité van gewone wetgeving, plaatst men eigenlijk de rechter boven de wetgever, schrijven de critici van het ACP. Dat wil zeggen: men verleent het primaat aan een niet-democratisch gelegitimeerd orgaan boven een democratisch gelegitimeerd orgaan.¹⁶

¹³Paine, Thomas, *Rechten van de mens*, Bloemlezing, samengesteld en ingeleid door G.A. van der List, Kok/Agora en Pelckmans, Kampen en Kapellen 1992, p. 39.

¹⁴Informatie hierover vindt men in: Lijphart, Arendt, *Democracies*, Yale University Press, New Haven and London 1984, pp. 187-197.

¹⁵Paine, *Rechten van de mens*, p. 40.

¹⁶Vgl. hierover: Waldron, Jeremy, »A Right-Based Critique of Constitutional Rights«, in: *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 13, No. 1, 1993, pp. 18-51; Waldron, Jeremy, *Liberal Rights*, Collected Papers

Een fervent tegenstander van het toetsingsrecht op deze grond is de Nederlandse staatsrechtsgeleerde G. van den Bergh. In 1951 heeft hij zijn bezwaren hiertegen uiteengezet. Het toetsings~~verbod~~ is van groot belang, aangezien het behoort »tot het diepste wezen van de democratie», aldus Van den Bergh in een veel geciteerde frase.¹⁷ Minder geciteerd, maar zeker zo categorisch geformuleerd is zijn uitspraak dat iedere democratie deze regel moet huldigen of althans B na afdwaling B daartoe terugkeren.

Het is onduidelijk of Van den Bergh met »moeten» een normatief moeten op het oog heeft of dat hij slechts een waarschijnlijkheid uitspreekt. Dat hij in ieder geval ook dat laatste bedoelt, lijkt men te kunnen afleiden uit zijn opmerking dat toetsing in een democratie op den duur niet te handhaven is in verband met de scherpe conflicten waartoe dit zou moeten voeren.

Nu verbaast het ons niet dat door Nederlandse staatsrechtsbeoefenaren op grond van het democratieargument tegen toetsing wordt gefulmineerd. Nederland heeft immers sinds 1848 een toetsingsverbod en dat is altijd betrekkelijk weinig aangevochten in de Nederlandse staatsrechtelijke doctrine. Saillant is het wellicht dat in de Amerikaanse doctrine van tijd tot tijd pleidooien tegen het toetsingsrecht worden geformuleerd. Een van de meest krachtige daarvan is dat van Henry Steele Commager. Hoe hangen toetsing en democratie met elkaar samen, vraagt Commager? Men behoeft daar maar even over te denken of de relatie dringt zich pregnant op de voorgrond. De functie van het toetsingsrecht is, het mogelijk te maken dat een wet die door de meerderheid is aangenomen niet wordt toegepast, omdat de rechter strijdigheid tussen wet en grondwet constateert. Dat is echter verwerpelijk. Men mag ervan uitgaan dat ook de *wetgever* wel heeft gelet op de eventuele ongrondwettigheid van de wet. Het feit dat men de wet heeft aangenomen is een indicatie voor het feit dat de wetgever heeft gemeend dat de wet *niet* ongrondwettig is. Waarom zou dan aan de *rechter* de bevoegdheid toekomen zijn opinie over de grondwettigheid in de plaats te stellen van die van de volksvertegenwoordiging? »The one non-elective and non-removable element in the government rejects the conclusions as to constitutionality arrived at by the two elective and removable branches». ¹⁸ Het resultaat waartoe Commager komt is vernietigend voor het Amerikaanse systeem en het moderne concept van mensenrechten, zoals ontwikkeld in het ACP: »The conclusion is almost inescapable that judicial review has been a drag upon democracy and B what we may conceive to be the same thing B upon good government». ¹⁹ Dat is dus hetzelfde geluid als we ook bij Griffith en bij Van den Berg hoorden.

5. Zijn mensenrechten en democratie onverzoenbaar?

1981-1991, Cambridge University Press, Cambridge/New York 1993.

17Van den Bergh, G., »Beschouwingen over het toetsingsrecht», in: *Nederlands Juristenblad*, 26 mei 1951, pp. 417-425.

18Commager, Henry Steel, »Judicial Review and Democracy», in: *Virginia Quarterly Review*, 19 (Summer 1943), pp. 417-428.

19Commager, »Judicial Review and Democracy», p. 428. Vgl. voor een verzoeningspoging van toetsing en democratie: Rostow, Eugene V., »The democratic character of judicial review», in: *Harvard Law Review*, Vol. 66, 1952/2, pp. 193-224.

Eén en ander zou de vraag kunnen oproepen of we hebben te berusten in de spanningsverhouding tussen mensenrechten en democratie. Staan de traditie van mensenrechten en die van democratie noodzakelijk tegenover elkaar?

Het is een idee waarvan we in ieder geval intuïtief een zekere afkeer hebben. Het is ook volkomen tegengesteld aan wat de minder ingewijden in de theorie van mensenrechten en democratie spontaan denken. Mensenrechten zijn een belangrijk ideaal en democratie is een belangrijk ideaal. Het *kan* toch niet dat deze niet te verenigen zouden zijn? Bovendien worden vaak in democratieën mensenrechten gerespecteerd en in dictatoriale landen worden ze geschonden. Dat kan toch niet toevallig zijn, zou men zeggen. Ook zijn de concepten mensenrechten en democratie op allerlei manieren met elkaar verbonden. Het recht om de eigen regering te kiezen is zowel een vereiste van democratie als een mensenrecht. En tenslotte: een mensenrecht als de vrijheid van meningsuiting is een essentiële voorwaarde voor het bestaan van democratie.

Dit alles is juist, maar het doet toch niet af aan wat in de Amerikaanse traditie bekend is komen te staan als de *counter-majoritarian dilemma*. Het kan feitelijk zo zijn dat democratische landen vaak mensenrechten respecteren, maar het kan eveneens juist zijn dat het moderne concept van mensenrechten, zoals hier omlijnd, een niet te loochenen inbreuk maakt op democratie in de zin van gewone meerderheidsbeslissingen. Dat men in de politieke theorie met dit gegeven geen vrede heeft gehad zal duidelijk zijn. Men kan drie pogingen onderscheiden om de spanningsverhouding tussen mensenrechten en democratie te verzachten. Het kan ook als volgt worden geformuleerd. Op de *counter-majoritarian dilemma* zijn drie antwoorden geformuleerd: (a) het semantisch antwoord; (b) het constitutionalistisch antwoord en (c) het traditionalistisch antwoord.

(a) Het semantisch antwoord: beperkte democratie als de ware democratie

Het eerste dat men kan doen wanneer iemand een bepaalde gedachte of handelwijze van ons kritiseert is semantische reflectie. In de Amerikaanse en Engelse constitutionele theorie heeft zich een ontwikkeling voorgedaan ten aanzien van de semantiek van het begrip 'democratie', een ontwikkeling die ertoe heeft geleid dat men een zekere beperking van democratische besluitvorming niet is gaan kwalificeren als een ondemocratische aangelegenheid, maar juist als een uitvloeisel van het democratisch ideaal bij uitstek.

Om die ontwikkeling te begrijpen is het echter eerst nodig dat we ons verdiepen in de wijze waarop men in de vorige eeuw tegen democratie aankeek. Dat was bepaald niet zo welwillend als we daar tegenwoordig tegen aankijken.

Voor ons onderwerp, namelijk de semantische ontwikkelingen ten aanzien van het begrip democratie, is van belang dat men in de vorige eeuw niet aarzelde die beperking van meerderheidsbeslissingen ronduit te kwalificeren als een *beperking* respectievelijk *inbreuk* op het ideaal van democratie. Het was niet zo moeilijk een dergelijke semantische conventie te verdedigen, want de houding tegenover democratie was bepaald ambivalent.²⁰ Henry Sumner Maine,²¹ Tocqueville²² en Bryce²³

²⁰Vgl. Lippincott, Benjamin Evans, *Victorian Critics of Democracy*, The University of Minnesota Press, Minneapolis 1938.

lieten nog overwegend kritische geluiden horen over democratie, al waren zij overtuigd van de onvermijdelijke opmars die dit politiek instituut zou maken. Let op hoe afstandelijk Lord Bryce in 1888 de opmars van de democratie in America beschrijft.

›De Amerikaanse instituties, aldus Bryce, ›behelzen een experiment in de heerschappij van de meerderheid, voor het eerst gepraktiseerd op een enorme schaal. We zijn allemaal benieuwd wat het resultaat zal zijn, vervolgt Bryce. Het gaat om instituties ›towards which, as by a law of fate, the rest of civilized mankind are forced to move.²⁴

In die woorden ligt een wereld besloten: democratie als een experiment, nieuwsgierigheid naar het resultaat van dat experiment, het vermoeden dat het hier zal gaan om een onomkeerbaar proces *dat met noodzakelijkheid over ons heen komt*. Een vrolijke stemming is hier bepaald niet te onderkennen, al kan men ook niet van een streng afwijzende houding tegenover democratie spreken. De negentiende eeuwse liberalen waren *gematigd*/pessimistisch. Geen overwegend optimisme ten aanzien van de toekomstige ontwikkeling, zoals bij Hegel en Marx, maar ook geen radicaal pessimisme, zoals bij reactionairen als Joseph de Maistre. Voor echte anti-democraten als Maistre geldt immers dat zij de mens zien als gecorrumpeerd en daarom noodzakelijk onderworpen aan een streng overheidsgezag.²⁵ Voor de achttiende en negentiende eeuwse verlichte liberalen, zoals de Amerikaanse founding fathers en James Bryce, gold dat een goed ontwikkeld politiek systeem de tekortkomingen van de mens zou kunnen compenseren, zodat er toch nog goed te leven viel. Bij de founding fathers werd het dilemma vaak als volgt gesteld: ›Give all power to the few, they will oppress the many, give all power to the many, they will oppress the few.²⁶ Dat klinkt heel onheilspellend, maar dat is het toch minder dan het lijkt wanneer men bedenkt dat de mens een cultuur-wezen is dat door goede politieke instituties toch nog kan voorkomen dat de ene mens een wolf wordt voor de andere (en de staat een wolf voor ons allen).

Democratie was dus onvermijdelijk, maar men stipuleerde wel dat democratie diende te worden beperkt. Maar met de opmars van het democratisch ideaal was een dergelijke toch wat prozaïsche houding al spoedig niet langer verenigbaar.

We komen aan bij een *tweede fase* in de semantische ontwikkeling van het begrip democratie. In die tweede fase ontkent men weliswaar niet de noodzaak van een beperking van meerderheidsbeslissingen, maar tevens wordt gesteld dat men die

21 Maine, Henry Sumner, *Popular Government*, Liberty Classics, Indianapolis 1976 (1885), p. 75 e.v.

22 Tocqueville, Alexis de, *De la démocratie en Amérique*, Gallimard, Paris 1986, I, p. 33.

23 Bryce, James, *Modern Democracies*, in two volumes, MacMillan, London 1921.

24 Aangehaald bij Denenberg, R.V., *Understanding American Politics*, Third Edition, Fontana Press, Harper Collins, London 1992, p. 11. Vgl. voor een overzicht van het negentiende eeuws verzet tegen democratie: Hirschman, Albert O., *The Rhetoric of Reaction*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge etc. 1991, p. 81 e.v.

25 Maistre, Joseph de, *Du Pape*, Seconde Édition, J. Casterman, Tournai 1820, p. 170: ›L'homme, en sa qualité d'être à la fois morale et corrompu, juste dans son intelligence, et pervers dans sa volonté, doit nécessairement être gouverné.

26 Hofstadter, Richard, *The American Political Tradition*, And the men who made it, with a foreword by Christopher Lasch, Vintage Books, New York 1976 (1948), p. 6.

beperking kan zien als een eis van de democratie zelf. Typerend voor deze houding is een boek uit 1952 van de historicus J.L. Talmon, *The Origins of Totalitarian Democracy*. Hij maakt een onderscheid tussen een tweetal tradities in het democratisch denken, waarvan hij de ene *liberale democratie*, de andere *totalitaire democratie* noemt.²⁷ Totalitair is een democratie die geen enkele beperking op de uiting van de wil van de meerderheid erkent.²⁸ Zijn voorkeur gaat uit naar de liberale democratie, een democratie die bepaalde beperkingen op de wil van de meerderheid erkent in de vorm van hoger recht.

Vandaar is het slechts een kleine stap naar de *derde fase* in de semantische ontwikkeling van het begrip democratie. Dan zegt men: de liberale of beperkte democratie is de enig ware democratie. Dit wordt verdedigd door onder andere F.A. Hayek in zijn boek *The Constitution of Liberty* (1960). Het is niet >anti-democratisch<; zo schrijft Hayek, om te beargumenteren dat er beperkingen zijn voor meerderheden.²⁹

Daarmee zijn we aan het (voorlopig) eind van de semantische ontwikkeling van het begrip democratie. Wordt aanvankelijk een beperking van meerderheidsbeslissingen nog getypeerd als een noodzakelijke correctie op de democratie³⁰ (founding fathers), later ziet men het democratisch denken als in die zin gespleten dat men twee modellen kan onderkennen (Talmon), en weer later erkent men alleen het systeem waarin een zekere beperking wordt aangebracht op meerderheidsbeslissingen als bij uitstek democratisch (Hayek).

Voor lange tijd gold deze opvatting over democratie als specifiek Amerikaans. >When the American pledges his allegiance to democracy (...)<; zo schrijft de Amerikaanse politieke filosoof en kenner van het constitutioneel recht Clinton Rossiter, >he means constitutional democracy, a system of government in which political power is diffused by a written constitution and the wielders of power are held in check by the rule of law.<³¹ In een dergelijke opvatting, aldus nog steeds Rossiter, >there is no inherent conflict between democracy and constitutionalism<. We hebben dit het *semantisch antwoord* genoemd op het door veel Amerikaanse auteurs aan de orde gestelde >countermajoritarian dilemma<.

Maar laten we nu eens de aandacht verschuiven naar een land waar van oudsher weinig sympathie bestaat voor deze opvattingen. Opvallend is dat zich hier een soortgelijke ontwikkeling lijkt voor te doen, al valt op dit moment niet te voorspellen of deze zich zal doorzetten. In het *Verenigd Koninkrijk* stond het dogma van de

27Talmon, J.L., *The origins of totalitarian democracy*, Penguin Books, Harmondsworth 1986 (1952), p. 2.

28Zoals die van Rousseau, Jean-Jacques, *Du contrat social*, in: *Oeuvres complètes*, Pléiade, Gallimard, Paris 1964, p. 368-69 die schrijft: >Il est absurde que la volonté se donne des chaînes pour l'avenir<.

29Hayek, F.A., *The Constitution of Liberty*, Routledge and Kegan Paul, London and Henley 1976 (1960), p. 116.

30Bijvoorbeeld in het licht van andere constitutionele idealen, zoals de rule of law. Vgl. over dit begrip: Anderson, Norman, *Freedom under Law*, Kingsway Publications, Eastbourne 1988, p. 27 e.v. en *The Rule of Law*, Edited with an introduction by Arthur L. Harding, Southern Methodist University Press, Dallas 1961.

31Clinton Rossiter aangehaald in: Corwin, Edward S., *The 'Higher Law' background of American constitutional law*, Great Seal Books, Cornell University Press, Ithaca, New York 1955, p. v.

›sovereignty of parliament‹ lange tijd in de weg aan een ›Amerikaanse‹ opvatting van democratie. Albert Venn Dicey, vriend van de hiervoor genoemde Bryce, proclameerde in zijn bekende handboek *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885) de soevereiniteit van de wetgever als een karakteristiek kenmerk van het Engelse politieke systeem.³² Maar dat leerstuk is nu duidelijk aan erosie onderhevig. Ook in Engeland zien we de Amerikaanse democratieopvatting steeds meer veld winnen. Zo hield Lord Scarman³³ in 1974 een pleidooi voor een beperking van de macht van de wetgever, terwijl Lord Hailsham³⁴ vier jaar later hetzelfde verdedigde, maar dan, net als Talmon, door twee modellen van democratie te onderscheiden. Ronald Dworkin tenslotte heeft voor een Engels gehoor niet zo lang geleden een pleidooi voor een ›Bill of Rights for Britain‹ gehouden met de argumentatie dat alleen een wetgever die binnen de perken wordt gehouden door een lijst met mensenrechten geacht kan worden democratisch te opereren. Alleen een beperkte democratie is ›true democracy‹, zoals Dworkin³⁵ het wat essentialistisch formuleerde.³⁶ Ook in Engeland presenteert men dus het semantisch antwoord op de aanklacht dat erkenning van mensenrechten een ondemocratische aangelegenheid zou zijn.

Nu is het natuurlijk altijd een precare aangelegenheid om op basis van de bestudering van een handvol auteurs veranderende trends in constitutioneel denken te onderkennen, maar ook na bestudering van andere hedendaagse commentaren over het Britse stelsel lijkt het niet onverantwoord te stellen dat sprake is van een convergentie tussen Britse en Amerikaanse opvattingen over democratie.³⁷

De betekenis van deze ontwikkeling voor het probleem van de democratische legitimatie van het toetsingsrecht is evident. Wanneer alleen een door mensenrechten en grondrechten beperkte wetgever (een beperking die door rechterlijke controle wordt afgedwongen) waarlijk democratisch kan worden genoemd, staat het instituut van rechterlijke toetsing aan mensenrechten niet antithetisch tegenover democratie, maar is het juist daaraan voorondersteld.

Dit is het eerste antwoord op de kritiek dat toetsing ondemocratisch moet worden genoemd. Kan het ons overtuigen? Duidelijk is dat we heel wat interessante dingen horen. De twintigste eeuw met haar politieke ontsporingen in Nazi-Duitsland en Sovjet-Rusland heeft ons argwanend gemaakt tegenover een onbeperkte democratieopvatting. Hoe groot de verschillen zijn met het optimisme dat heerste aan het eind van de vorige eeuw blijkt duidelijk wanneer we Dicey over democratie lezen. Aan het eind van de vorige eeuw kon Dicey nog het vertrouwen uitspreken dat er weliswaar verwerpelijke dingen waren die de wetgever zou *kunnen* doen, maar gelukkig nooit daadwerkelijk *zou* doen. Dicey citeert een tijdgenoot die had gezegd

32Dicey, A.V., *An Introduction to the law of the constitution*, tenth edition, with introduction by E.C.S. Wade, Macmillan Education, London 1987 (1885), p. 39.

33Vgl. Scarman, Leslie, *English Law - The New Dimension*, Stevens & Sons, London 1974.

34Hailsham, Lord, *The Dilemma of Democracy*, Diagnosis and Prescription, Collins, London 1978.

35Dworkin, Ronald, *A Bill of Rights for Britain*, Chatto & Windus, London 1990, p. 14.

36Vgl. over de hedendaagse Britse situatie: Mount, Ferdinand, *The British Constitution Now*, Recovery or Decline?, Heinemann, London 1992, p. 156 e.v.

37Vgl. tevens: Zander, Michael, *A Bill of Rights?*, London 1985 (1975).

dat wanneer de wetgever zou bepalen dat alle blauwogige baby's moeten worden vermoord, het behouden van blauwogige baby's illegaal zou zijn. Maar wetgevers moeten wel gek zijn om tot zulk soort wetgeving over te gaan, voegt hij toe.³⁸ Wij weten nu, na Hitler en Stalin, dat wetgevers wel degelijk gek kunnen worden en het Victoriaans optimisme³⁹ van Dicey en zijn tijdgenoten komt ons ongegrond voor.

We kunnen dus van de moderne opvatting over democratie als inherent beperkt, van oudsher Amerikaans, maar nu ook in Engeland verdedigd, veel leren. Niettemin blijven we met het eerste antwoord van de protagonisten van de rechterlijke bevoegdheid om de producten van de wetgever op verbindendheid aan hoger recht te toetsen met een zekere onvrede achter. We houden het gevoel over dat het allemaal een spel van woorden is geworden. Alleen door iets aan de *definitie* van democratie te veranderen, vermijden we dat het instituut van toetsing als ondemocratisch wordt gebrandmerkt. Maar het simpele feit ligt er toch dat we aan de democratisch gelegitimeerde wetgever bepaalde dingen verbieden.

Het is dan ook niet verbazingwekkend dat in de literatuur andere pogingen zijn ondernomen om rechterlijke toetsing en democratie met elkaar te verzoenen. Dat brengt ons bij een tweede verzoeningspoging van mensenrechten en democratie.

(b) Het constitutionalistisch antwoord: niet de wet maar de grondwet als hoogste expressie van de volkswil

Het tweede antwoord dat de voorstanders van mensenrechten en rechterlijke toetsing konden geven op de aantijging dat het hierbij om een ondemocratische aangelegenheid zou gaan, is eveneens met name tot ontwikkeling gekomen in het Amerikaanse constitutionele en politiek filosofische denken. Dat is ook niet zo verwonderlijk, want de ontwikkelingsvoorwaarden hiervoor waren alleen in het Amerikaanse en niet in de het Britse bestel aanwezig, te weten het bestaan van een geschreven constitutie. Hier kan worden herhaald wat eerder naar voren is gebracht, namelijk dat wat hier ten aanzien van de geschreven constitutie wordt opgemerkt ook van toepassing is op hoger recht dat is neergelegd in verdragen.

In essentie komt dat tweede antwoord hierop neer. Rechterlijke toetsing betekent in de Verenigde Staten toetsing van een wet aan de grondwet. De critici van rechterlijke toetsing wijzen er telkens op dat de wet als een democratisch gelegitimeerde wilsuiting kan worden gezien. Maar stel nu eens dat we het perspectief een beetje verschuiven en proberen aannemelijk te maken dat niet zozeer de *wet*, maar de *grondwet* de hoogste expressie is van de volkswil? Dan ziet de zaak er heel wat minder belastend uit voor de voorstanders van rechterlijke toetsing. Immers, een *minder* democratisch gelegitimeerde wet moet dan wijken voor een *meer* of *beter* democratisch gelegitimeerde wet.

Het is de grote verdienste geweest van Alexander Hamilton in een bekende bijdrage in *De Federalist* deze gedachte op een indrukwekkende manier te hebben uitgewerkt. Hamilton verdedigt, volgens de lijnen die ons nu vertrouwd zijn, het idee van de noodzaak van een beperking van de macht van de wetgever door een geschre-

³⁸Dicey, *Introduction*, p. 81.

³⁹Vgl. daarover Himmelfarb, Gertrud, *Marriage and Morals among the Victorians*, Vintage Books, New York 1987; Briggs, Asa, *Victorian People*, Penguin Books Harmondsworth 1990 (1955).

ven constitutie. De constitutie dient bijvoorbeeld te verhoeden dat ex post facto wetgeving wordt aangenomen. Mocht de wetgever derhalve toch zulk soort wetgeving aannemen, dan dient de rechter, door dit soort wetgeving te toetsen aan de constitutie, deze niet toe te passen. Alles goed en wel, maar is dat niet ondemocratisch? Hamilton meent van niet. Een dergelijk verbod kwalificeren als een ondemocratische aangelegenheid kan men alleen maar, wanneer men een essentieel onderscheid uit het oog verliest, namelijk dat tussen het volk (*the people*) en de vertegenwoordigers van het volk (*the representatives of the people*). De gewone wetgever heeft dan volgens Hamilton en zijn talloze volgelingen in de Amerikaanse constitutionele theorie geen hogere status dan een verzameling vertegenwoordigers van het volk, terwijl de grondwetgever aanspraak kan maken op de verheven status van 'volk zelf'.⁴⁰

De centrale vooronderstelling van de gehele argumentatie is natuurlijk dat de constitutie inderdaad kan worden gezien als de hoogste uitdrukking van de volkswil. Daar kan men echter vraagtekens bij plaatsen. Het meest besproken vraagteken in de Amerikaanse constitutionele theorie is ongetwijfeld de theorie van Charles Beard, zoals ontwikkeld in zijn bekende boek *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States* (1913). Beard verdedigt de opvatting dat degenen die de constitutie aannamen bepaald niet konden worden gezien als optredend namens het volk. Zij traden op namens hun eigen klasse en grote delen van de samenleving waren dan ook niet vertegenwoordigd tijdens de constitutionele vergadering in Philadelphia: slaven, bedienden en talloze anderen die niet het vereiste bezit hadden om als burger mee te tellen.⁴¹

Een uitvoerige bespreking van de Beard-these is hier niet mogelijk en bovendien niet op zijn plaats, omdat het veeleer gaat om een historische dan een rechtsfilosofische discussie. We moeten volstaan met de constatering dat de meeste hedendaagse historici en politiek filosofen een zekere politieke consensus hebben onderkend in de ideologie van de founding fathers, die klassebelangen oversteeg.⁴²

40 *Federalist papers*, James Madison, Alexander Hamilton en John Jay, edited by Isaac Kramnick, Penguin Books, Harmondsworth 1987, No. 78.

41 Beard, Charles A., *An Economic Interpretation of the Constitution of The United States*, With a New Introduction, The Macmillan Company, New York 1952 (1913), p. xii.

42 De stelling van Beard dat de 'framers' (de makers van de constitutie) een strak georganiseerd centraal gezag in het leven wilden roepen om hun eigendomsrechten te beschermen 'has become a field of study unto itself', heeft men wel opgemerkt (Kelly, Alfred, e.a., *The American Constitution, Its Origins and Development*, Vol. II, Seventh Edition, W.W. Norton & Company, New York/London 1991, bibliografie, A50. Hier vindt men ook een uitvoerige bibliografie met artikelen en boeken pro en contra Beard. Een opvallende herleving van Beardiaans gedachtengoed treffen we op het ogenblik weer aan in de Amerikaanse Critical Legal Studies-beweging. Vgl. hierover: *The Politics of Law*, A progressive critique, Edited by David Kairys, Pantheon Books, New York 1990 (1982), in het bijzonder het artikel van Mark Tushnet. Een overzicht van een voorstander vindt men bij: Kelman, Mark, *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. etc. 1987. Voor een kritiek: Schwartz, Louis B., 'With Gun and Camera Through Darkest CLS-Land', in: *Stanford Law Review*, Vol. 36, January 1984, pp. 423-464.

Men behoeft echter nog niet onder de indruk te zijn van de marxistisch aandoende benadering van Beard om toch te betwisten of in ieder geval te betwijfelen dat de grondwet de hoogste expressie van de volkswil is. Het enkele argument dat dit per definitie zo is, omdat de Amerikaanse grondwet eenvoudigweg met de woorden ›We the People‹ aanvangt, doet natuurlijk wat formalistisch en weinig overtuigend aan.

Telkens hebben daarom Amerikaanse politieke filosofen geprobeerd de argumentatie van een van hun belangrijkste founding fathers te versterken. Een behartigenswaardige poging om de these van Hamilton met nieuwe argumenten te verdedigen is ondernomen door de jurist en politiek filosoof Bruce Ackerman in zijn boek *We the People* (1991).

We zullen in dit verband niet uitvoerig ingaan op alle argumenten die Ackerman aandraagt voor de stelling dat de grondwetgever beter democratisch gelegitimeerd is dan de gewone wetgever, maar als we het kort zouden willen weergeven komt het hierop neer. We moeten een scherp onderscheid maken tussen normale politiek, de politiek van alledag, en constitutionele politiek, de politiek die plaatsvindt voordat een grondwet wordt aangenomen. Bij de *normale politiek* zijn we als burgers maar marginaal, of misschien beter, op afstand, betrokken. Voor *constitutionele politiek* letten we echter beter op; we zijn er meer bij betrokken. In moderne termen geformuleerd: aan constitutionele politiek gaat een brede maatschappelijke discussie vooraf.⁴³

De poging van Ackerman om Hamilton's argumentatie te vernieuwen heeft een aantal interessante kanten. Een grote verdienste is bijvoorbeeld dat men niet bij het louter formele gegeven blijft staan dat de wetgever de wil van het volk geacht wordt tot uitdrukking te brengen. Ackerman nodigt ons uit te gaan differentiëren tussen verschillende soorten zaken waarover die wetgever een oordeel heeft geveld. Hoe nodig dat is beseffen we onmiddellijk wanneer we de enorme variëteit aan zaken die de wetgever passeren nader onder de loep nemen. Kan men zeggen dat een wetgever die een of ander technisch leerstuk op het terrein van het privaatrecht regelt, op dezelfde manier democratisch is gelegitimeerd als wanneer het gaat om een onderwerp waaraan een lange maatschappelijke discussie is vooraf gegaan? De vraag stellen is haar beantwoorden. Bij dit soort ›technische‹ aangelegenheden is het volk natuurlijk in het geheel niet betrokken; het is juristenrecht. Von Savigny sprak in dit verband van het ›technische‹ element van het recht dat hij onderscheidde van het ›politieke‹.⁴⁴ Het aan de orde stellen van een verschil tussen een formele en een materiële legitimatie van de wetgever lijkt dan ook van groot belang.

Niettemin kunnen we ook een paar kritische vragen stellen ten aanzien van het perspectief van Ackerman, waarvan men er drie in het bijzonder naar voren kan halen. De klacht dat Ackerman's reconstructie de bedoelingen van de founding fathers niet goed weergeeft wordt hier verder niet behandeld. We zijn in dit verband niet geïnteresseerd in de historische vraag naar de bedoelingen van de founding

43Vgl. Ackerman, Bruce A., ›Discovering the Constitution‹, in: *The Yale Law Journal*, Vol. 93 (1984), p. 1023 en Ackerman, Bruce, *We the People*, 1, Foundations, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England 1991, p. 6.

44Savigny, Friedrich Carl von, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Dritte Auflage, Verlag von J.C.B. Mohr, Heidelberg 1840, p. 12.

fathers. Het gaat mij om meer systematische bezwaren die men tegen het model van Ackerman zou kunnen aanvoeren.

Een *eerste* punt van kritiek betreft de betekenis van Ackerman's these voor andere grondwetten dan de Amerikaanse. Het is een punt van kritiek dat zeker niet Ackerman's gehele benadering ondergraaft, maar dat wel wijst op de beperkte relevantie daarvan. Ackerman zegt kortweg dit. In de Amerikaanse constitutie treffen we grondrechten aan waarover een brede discussie is gevoerd. Daarom is het recht dat hier is verankerd van een meer fundamenteel karakter dan het recht van alledag. Wie zich heeft verdiept in de totstandkomingsgeschiedenis van de Amerikaanse constitutie, zo meeslepend beschreven in het boek van Bernard Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution* (uitgebreide druk in 1992), moet inderdaad onder de indruk komen van de enorme intensiteit van de discussie die vanaf 1770 tot 1789 en later plaatsvond. Politiek was niet een kwestie van een beperkte groep parlementariërs, maar een voortdurende gedachtenwisseling over de inrichting van de samenleving door een maximaal aantal betrokkenen.⁴⁵ Maar wat voor de Amerikaanse constitutie geldt, geldt niet noodzakelijkerwijs voor elke andere constitutie. Het kan best zijn dat bijvoorbeeld de ontwerp constitutie van Ghana die in 1992 is uitgevaardigd niet het product is van een lange discussie door een groot aantal betrokkenen. Het eerste bezwaar tegen het model van Ackerman zou dus kunnen zijn dat we niet kunnen generaliseren ten aanzien van constituties. (Eerlijkheidshalve moeten we overigens wel opmerken dat dit ook niet de bedoeling is geweest van Ackerman,⁴⁶ maar voor ons doel, te weten het ontwikkelen van een argumentatie voor de verzoening van mensenrechten en democratie, maakt dat het model van Ackerman wel ongeschikt).

Een *tweede* bezwaar tegen het model van Ackerman is dat de argumentatie die hij heeft gegeven niet alleen beperkt is tot hoger recht in *sommige* grondwetten, maar ook dat het beperkt is tot *grondwetten* en zo op het eerste gezicht niet van toepassing is op hoger recht in verdragen. Aan de totstandkoming van de Amerikaanse grondwet mag een brede discussie over de inhoud van het daarin te verankeren hogere recht zijn vastgelegd, dat geldt niet voor de mensenrechten, zoals neergelegd in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden. Een tweetal onderzoekers heeft zelfs de Nederlandse ratificatie getypeerd als een ›ratifi-

45Bailyn, Bernard, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Enlarged Edition, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England 1992 (eerste druk uit 1976), pp. 160-230 en 321 e.v. Vgl. tevens: Wood, Gordon S., *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, W.W. Norton & Company, New York/London 1969, p. 469 e.v. en Kammen, Michael, *A Machine that would go of itself*, The Constitution in American Culture, Vintage Books, New York 1987, p. 219 e.v.

46Ackerman probeert een manier van denken over politiek te articuleren en expliciteren die ten grondslag ligt aan het Amerikaanse politieke denken. Hij probeert geen tijdloze waarheden op het spoor te komen. Dit alles in aansluiting bij een moderne tendens in de politieke filosofie om te articuleren wat aan vanzelfsprekendheden, consensus en impliciete waarden aan een bepaalde cultuur ten grondslag ligt. Vgl. daarover: Ackerman, *O.c.*, p. 10 en verder: Rorty, Richard, ›The priority of democracy to philosophy‹, in: *Objectivism, Relativism, and Truth*, Philosophical Papers 1, p. 179 en Rawls, John, ›Justice as Fairness: Political not Metaphysical‹, in: *Philosophy and Public Affairs*, 14 (1985), p. 225.

catie à contre coeur.⁴⁷ Het is enigszins ontluisterend om te lezen hoe men in regeringskringen dacht over het verdrag dat nu een van onze belangrijkste codificaties van hoger recht is. Pragmatisme, angst voor querulanten, een grote scepsis ten aanzien van de noodzaak de nationale wetgever te onderwerpen aan de rechtsstatelijke vereisten geven de toon aan, schrijven Klerk en Van Poelgeest. Kenmerkend is tevens een tevredenheid met de verworvenheden van de Nederlandse democratie. Hoe het ook zij, van een meer fundamentele discussie over deze mensenrechten is geen sprake en dat is toch wat Ackerman ziet als de voorwaarde om te spreken van ›higher law making‹.

Nu kan men natuurlijk vanuit deze vaststelling twee wegen inslaan. De ene weg is dat men aan het EVRM het karakter van hoger recht ontzegt. Dat zou in harmonie zijn met het model dat Ackerman ons voorhoudt. Dit is echter zo'n evident onaanvaardbare optie dat deze hier verder niet zal worden besproken. We gaan verder op het spoor dat wellicht iets ontbreekt aan de typering van het proces van ›higher law making‹, zoals beschreven door Ackerman. Dat brengt ons bij een derde punt van kritiek.

Een *derde* vraag die we ten aanzien van het perspectief van Ackerman moeten stellen is de volgende. Voor Ackerman is hoger recht gewaarborgd wanneer door een groot aantal betrokkenen intensief wordt gediscussieerd over hoger recht. Men kan de vraag stellen of we ook niet een element van tijdsduur moeten introduceren. Is niet tevens van belang *hoe lang* men met elkaar gediscussieerd heeft? Drie dagen verhit debatteren garandeert nog niet zoveel, zelfs niet van een groot aantal mensen. En drie jaar? Het is moeilijk hier vaste grenzen te trekken en elke grens zal waarschijnlijk wel een element van willekeur in zich bergen. In ieder geval is het zo, dat in een derde door mij te onderscheiden traditie van denken over democratie (het traditionalistisch antwoord; zie hierna) de nadruk wordt gelegd op ›long-term democracy‹. In dit derde antwoord op de aantijging dat rechterlijke toetsing aan hoger recht een ondemocratische aangelegenheid zou zijn, volgt men Ackerman in zijn stelling dat hoger recht (als een product van constitutionele politiek) van gewoon recht (als een resultaat van normale politiek) dient te worden onderscheiden. Maar men stelt tevens dat constitutionele politiek een proces is dat plaatsvindt over een lange tijdsspanne. Kort en goed: de materiële legitimatie van bepaalde grondrechten en mensenrechten dient men te zoeken in een *lange* discussie binnen een bepaalde cultuurgemeenschap. Het proces van ›higher law making‹ is iets dat zijn beslag krijgt door de eeuwen heen. Het huwelijk tussen democratie en traditie is bepaald niet zo ongelukkig als wel eens wordt voorgesteld.

Dat brengt ons op het derde en laatste perspectief volgens welke men heeft geprobeerd democratie en toetsing van de wet aan hoger recht te verzoenen: het traditionalistisch antwoord.

47Klerk, Y.S., en Poelgeest, L. van, ›Ratificatie à contre coeur: de reserves van de Nederlandse regering jegens het Europees verdrag voor de Rechten van de Mens en het individueel klachtrecht‹, in: *RM Themis*, 5(1991) mei, pp. 220-246. Klerk in 40 jr EVRM

(c) Het traditionalistisch antwoord: de brede discussie door de eeuwen heen

De verhouding tussen traditie en democratie is volgens velen een gespannen verhouding. Bentham, Paine, Jefferson, Kant en vele andere internationaal bekende verlichtingsfilosofen en hun Nederlandse volgelingen (onder andere Hugo Krabbe) hebben een oorlogsverklaring uitgebracht aan het adres van traditie. Bentham sprak van de dode hand van het verleden die de levenden niet zou mogen beheersen. Dezelfde Bentham wordt met instemming door Krabbe geciteerd wanneer hij het heeft over ›the old conceit of being wiser than all posterity:.

Er zijn echter ook schrijvers geweest die hebben geprobeerd democratie en traditie met elkaar te verzoenen. De bekendste is daarvan waarschijnlijk de Engelse journalist G.K. Chesterton (1874-1936). Volgens Chesterton is traditie alleen maar ›democracy extended through time.⁴⁸ Wat is de normatieve kern van traditie? Dat is dat men vertrouwen heeft in een consensus die verder gaat dan de overeenstemming tussen de leden van een tijdelijke generatie. Traditie impliceert dat men ook rekening houdt met de ›doden: Het is ›democracy of the dead.⁴⁹

Men heeft er wel eens op gewezen dat de manier van denken die door Chesterton wordt vertolkt, indruist tegen de kern van het moderne denken.⁵⁰ Sinds Kant geldt dat het ›durf te denken⁵¹ vooral moet worden doorgezet in het *breken* met de traditie, het ons *losmaken* van die veel geroemde wijsheid van de voorvaderen. Maar het traditionalisme is misschien ten onrechte in zo'n kwade reuk komen te staan. Hedendaagse rechtsgeleerden wijzen erop dat voor het *recht* traditie een belangrijke rol speelt.⁵²

48Chesterton, G.K., *Orthodoxy*, Third edition, John Lane, London New York z.j., p. 82. Vgl. verder: ›Tradition may be defined as an extension of the franchise: (p. 83).

49Vgl. voor verdere uitingen van Chesterton's traditionalisme: Chesterton, G.K., *Autobiography*, Fischer Press, Sevenoakes, Kent 1992 (1937), p. 5.

50Kronman, Anthony T., ›Precedent and Tradition: in: *The Yale Law Journal*, Vol. 99, 1990, pp. 1029-1068.

51Vgl. Kant, Immanuel, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, in: *Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik*, 1, Hrsg. W. Weischedel, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1981, p. 53. Vgl. over traditionalisme tevens: Coleman, Samuel, ›Is there reason in tradition?: in: *Politics and Experience*, Essays presented to Professor Michael Oakeshott on the occasion of his retirement, Edited by Preston King and B.C. Parekh, Cambridge University Press, Cambridge 1968, p. 239 e.v. en Shils, Edward, *Tradition*, Faber and Faber, London and Boston 1981.

52Aldus Kronman in het hiervoor aangehaalde artikel. Kronman is de meest geprononceerde hedendaagse traditionalist. Vgl. over het traditionalisme het overzicht bij Posner, Richard A., *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England 1990, het laatste hoofdstuk. Vgl. hierover tevens Ackerman's typering van het ›American Burkianism: in *We the People*, p. 17 e.v. Vertegenwoordigers van het traditionalisme in het hedendaagse Amerikaanse constitutionele denken zijn: Fried, Charles, *Order and Law*, Arguing the Reagan Revolution - A Firsthand Account, Simon & Schuster, New York etc. 1991 en ›The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know, 60 *Texas Law Review*, 31 (1981) en de latere Bickel. Vgl. over deze laatste: Kronman, Anthony, ›Alexander Bickel's Philosophy of Prudence, 94 *Yale Law Journal*, 1567 (1985).

En laten we eens nuchter en onbevangen kijken naar die these van Chesterton over traditie als een uitbreiding van het kiesrecht door de tijd heen. Is daar niet iets voor te zeggen? Neem het legaliteitsbeginsel. Zou men bijvoorbeeld niet kunnen verdedigen dat het legaliteitsbeginsel dat voor het eerst door Beccaria is geformuleerd, door Montesquieu geperfectioneerd, door Anselm von Feuerbach voor het recht toepasselijk gemaakt, door generaties wetgevers en rechters verder uitgewerkt, B geldt voor zo'n beginsel niet dat het breder democratisch gelegitimeerd is dan de producten van wat Ackerman normale politiek noemt?⁵³ Zo vreemd en vergezocht lijkt dat nu ook weer niet. En zou men daaraan dan niet de consequentie kunnen verbinden dat wat door velen na een lang proces van cultivering is tot stand gebracht niet van het ene op het andere moment mag worden afgebroken?

De traditionalistische rechtvaardiging van toetsing aan hoger recht verloopt dus ten dele overeenkomstig de argumentatie van Hamilton en Ackerman. Inderdaad kristalliseert zich in de constitutie hoger recht uit, dat steunt op een bredere democratische consensus dan het geval is bij de wetgeving van alledag. Het verschil is alleen dat dit fundamentele recht zijn legitimatie niet ontleent aan de intensiteit van de discussie die door de huidige generatie is gevoerd, maar aan de accumulatie van bijval en redelijkheid die ook door voorgaande generaties (»historical reason«)⁵⁴ in het hoger recht is geïnvesteerd.

Deze traditionalistische modificatie van het perspectief van Ackerman is daarom zo interessant, omdat de twee eerste bezwaren die tegen Ackerman konden worden aangevoerd op deze manier worden ondervangen. Het traditionalistisch antwoord is immers zowel van toepassing op andere grondwetten dan de Amerikaanse (eerste punt van kritiek op Ackerman) alsook op verdragen (tweede punt van kritiek op Ackerman).

Om met de grondwetten te beginnen: het hogere recht zoals we dat in grondwetten aantreffen is bijna altijd het product van een geleidelijke ontwikkeling van de materiële constitutie die op een bepaald moment op schrift wordt gesteld. De bekende uitspraak van William Gladstone dat het bij de Amerikaanse constitutie zou gaan om »the most wonderful work ever struck off at a given time by the brain and purpose of man«⁵⁵ getuigt van weinig begrip van het ontstaan van constituties.

Het is een van verdiensten van traditionalistische auteurs ons de ogen te hebben geopend voor het geleidelijk ontstaan van constituties. Zo schrijft Russell Kirk dat constituties »groeien«: »a constitution lacking deep roots is no true constitution at

53Over de geschiedenis van het nulla poena-principe: Krey, Volker, *Keine Strafe ohne Gesetz*, Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes 'nullum crimen, nulla poena sine lege', Walter de Gruyter, Berlin New York 1983 en 't Hart, A.C., *Strafrecht en beleid, Essays*, Uitgeverij Acco, Leuven 1983, p. 189 e.v. en Groenhuijsen, *Strafen wet*, rede Tilburg, Gouda Quint, Arnhem 1987.

54Vgl. over deze traditie: Postema, Gerald J., *Bentham and the common law tradition*, Clarendon Press, Oxford 1989 (1986).

55Gladstone in *The Declaration of Independence and the Constitution*, ed. E. Latham, Lexington, Mass. 1976, p. 99, hier aangehaald bij: Kramnick, Isaac, »Editor's introduction« tot *The Federalist Papers*, Penguin, Harmondsworth 1987, p. 15. Vgl. tevens: Polak, M.V., *Schets van het Amerikaanse Unie-staatsrecht*, tweede gewijzigde druk, Universitaire Pers Leiden, Leiden 1951, p. 1.

all-.⁵⁶ De constitutie van de Verenigde Staten bestaat al tweehonderd jaar omdat deze een gezonde basis heeft in vijftig jaar koloniale geschiedenis en vele eeuwen Brits constitutioneel denken die daaraan vooraf gingen. In de Amerikaanse constitutie werd alleen maar *vastgelegd* wat reeds lange tijd de waarden en normen waren van de bevolking van de nieuwe republiek.⁵⁷

Voor ons onderwerp is dit relevant omdat het ons confronteert met het feit dat de democratische legitimatie van het hogere recht niet gezocht kan worden in het feit dat direct voorafgaand aan het aannemen van de constitutie een intensieve discussie heeft plaatsgevonden, maar in het feit dat in een grondwet de impliciete aanhankelijkheidsbetuiging van velen gezocht moet worden.

Ook het tweede bezwaar dat we tegen het perspectief van Ackerman hebben aangevoerd kan binnen het traditionalistisch perspectief worden ondervangen. Immers ook voor de mensenrechten die in verdragen worden opgenomen geldt dat het hierbij gaat om principes die reeds eeuwen binnen de westerse cultuur zijn gecultiveerd. Weliswaar is aan de directe ratificatie van verschillende verdragen geen brede discussie over de merites van het daarin opgenomen hoger recht voorafgegaan, maar de rechten als zodanig zijn het product van een eeuwenlange cultivering en modificatie binnen een bepaalde rechtscultuur.

Hierbij zal ik het laten wat betreft de spanningsverhouding tussen democratie en mensenrechten. Het resultaat waartoe deze beschouwingen hebben geleid, is dat men de spanningsverhouding niet al te zwaar moet aanzetten. Er zijn pogingen ondernomen om die spanning te verzachten en enkele van die pogingen zijn ook enigszins overtuigend. Met name het laatste perspectief, het traditionalistisch antwoord, levert naar mijn idee de beste verzoeningspoging op tussen het moderne concept van mensenrechten en democratie. Maar ook na kennisname dáárvan kan men toch niet geheel ontkennen dat mensenrechten een beperking opleveren voor *deze* generatie door de waarden die door een *vorige* generatie zijn geproclameerd. Het *counter-majoritarian dilemma* is dan ook door het traditionalistisch perspectief verzacht, maar niet geheel de wereld uit geholpen.

De conclusie die zich daaruit opdringt is verwant aan die zich opdroeg na de behandeling van het cultuurrelativisme, namelijk dat het verheffen van een recht in de mensenrechtenstand altijd iets ›kost‹. Cultuurrelativisten wijzen erop dat het verheffen van een bepaalde waarde tot een universele norm een beperking vormt op de culturele variëteit. Het verheffen van een norm tot mensenrecht betekent echter ook iets ten aanzien van de beperkingen die we opleggen aan een bepaalde meerderheid tot het proclameren van bepaalde waarden.

De conclusies van beide hoofdstukken wijzen dus in dezelfde richting: het lijkt raadzaam met het proclameren van mensenrechten zuinig om te springen. De vraag is dan natuurlijk of we dat ook doen. Dat brengt ons vanzelf bij het volgende hoofdstuk.

⁵⁶Kirk, Russell, *The Conservative Constitution*, Regnery Gateway, Washington, D.C. 1990, p. 80.

⁵⁷Dezelfde gedachte vindt men bij Maistre, Joseph de, *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques*, M.P. Rusand, imprimeur-libraire, Lyon 1833, p. 65.

HOOFDSTUK 7

Een nadere overweging van de kritiek op mensenrechten

Uit het voorgaande is een beeld opgerezen dat het beoordelen van praktijken en regels in termen van mensenrechten een grote verworvenheid is van de mondiale beschaving, maar dat daaraan ook schaduwkanten zitten. Hoe men het ook wendt of keert, men moet cultuurrelativisten gelijk geven dat het proclameren van een bepaalde norm als universeel, dat wil zeggen als bindend voor alle culturen, een zekere inbreuk vormt op het recht van landen om hun eigen zaken te regelen. Dat wil niet zeggen dat het proclameren van een mensenrecht verkeerd is. Er zijn gevallen waarin het wel degelijk verantwoord is, zoals de voorbeelden van marteling en vrouwenbesnijdenis hebben geleerd. Maar wat het cultuurrelativisme ons leert, is dat we *voorzichtig* moeten zijn met het proclameren van mensenrechten.

In feite wees het hoofdstuk 6 kritiekpunt op de mensenrechtentraditie in dezelfde richting. Het verheffen van een bepaald recht in de mensenrechtenstand kost ook iets ten aanzien van democratie. Ook dat zou dus een reden kunnen opleveren om daar niet te snel toe over te gaan.

Een interessante vraag zou dan zijn of het gevaar van een te ruimhartige verheffing van bepaalde rechten tot de categorie mensenrechten dreigende is. Kan men daarvan spreken? Om die vraag te beantwoorden moeten we eerst bezien hoe men de laatste tijd over mensenrechten heeft gedacht en geschreven.

In de afgelopen decennia hebben we in tweeërlei zin kunnen waarnemen dat steeds meer rechten werden erkend. Men zou kunnen spreken van een ›proliferatie‹ (of wildgroei) van ›rights-talk‹.

1. Twee soorten proliferatie

(a) De culturele verandering: proliferatie van ›rights-talk‹

De culturele verandering komt duidelijk over het voetlicht in een passage van de Engelse rechtsfilosoof H.L.A. Hart. Hart, de nestor van de Engelse rechtspositivistische traditie en zelf geen aanhanger van ›rights-talk‹, schreef in 1979:

I do not think that anyone familiar with what has been published in the last ten years, in England and the United States, on the philosophy of government can doubt that this subject, which is the meeting point of moral, political, and legal philosophy, is undergoing a major change. We are currently witnessing, I think, the progress of a transition from a once widely accepted old faith that some form of utilitarianism, if only we could discover the right form, *must* capture the essence of political morality. The new faith is that the truth must lie not with a doctrine that takes the maximization of aggregate or average general welfare for its goal, but with a doctrine of basic human rights, protecting specific basic liberties and

interests of individuals, if only we could find some sufficiently firm foundation for such rights to meet some long-familiar objections.¹

Het is altijd een indrukwekkend moment, wanneer we zien hoe een groot denker die zijn stempel heeft gezet op zijn tijd, terugkijkt, zich realiserend dat het tij aan het veranderen is. Hart had in het naoorlogse Engeland met veel succes het utilistisch perspectief (nuttigheid staat centraal, niet de rechten van individuen) van Bentham en Austin verdedigd en daarmee ook het Engelse model, dat van ›rights-talk‹ in Amerikaanse stijl niets moet hebben.² In 1979 moest Hart echter constateren dat deze slag in zekere zin verloren was, althans Hannibal stond onmiskenbaar voor de poorten; ›rights-talk‹ was ›in the air‹.

Het was Hart's opvolger op de leerstoel Jurisprudence in Oxford, de Amerikaan Ronald Dworkin, die aan ›rights-talk‹ in de jaren zeventig een invloedrijke intellectuele onderbouwing heeft gegeven (een poging tot de ›firm foundation‹ waarvan Hart spreekt). In *Taking Rights Seriously* (1978) contrasteerde Dworkin rechten met beleidsdoelstellingen. Hij koos daarbij zelf voor het primaat van rechten. Rechten zouden ook een grond voor ongehoorzaamheid aan de staatswetten opleveren. ›Rights‹ zijn ›trumps‹.

Het woord ›trump‹ heeft verschillende betekenissen. Het kan ›troefkaart‹ beteken en ›trompet‹ en beide betekenissen resonneren mee in het gebruik dat Dworkin van dat woord maakt. Met veel vertoon (›trompet‹) roept men ze in als het gewone recht is uitgespeeld, maar men zich toch nog niet gewonnen geeft (›troefkaart‹).³

Dworkin was bepaald niet de enige ›rights-protagonist‹ in de jaren zeventig en tachtig. Een ander bekend boek uit die tijd was het vier jaar eerder verschenen *Anarchy, State, and Utopia* (1974) van Robert Nozick. Ook Nozick stelt: ›Individuals have rights, and there are things no person or group may do to them (without violating their rights)‹;⁴ een standpunt dat, ondanks alle verdere verschillen, geheel in harmonie was met de stelling van John Rawls uit *A Theory of Justice* (1972): ›Each person possesses an inviolability founded on justice that even the welfare of society as a whole cannot override‹.⁵

Ondanks alle verschillen (Dworkin en Rawls behoren tot de linkerkant van het politieke spectrum, Nozick is een libertariër), over één ding is men het eens: ›rights-talk‹ dient het utilisme te vervangen. Van de linkerkant naar de rechterkant van het politieke spectrum, ›rights-talk‹ was duidelijk *en vogue*. Men was erg

1Hart, H.L.A., ›Between Utility and Rights‹ in: *Columbia Law Review*, 79 (1979), hier aangehaald in: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 198.

2Ryan, Alan, ›The British, the Americans, and rights‹, in: Michael J. Lacey en Knud Haakonssen, eds., *Woodrow Wilson International Center for Scholars and Cambridge University Press, Cambridge etc.*, 1991, pp. 366-440.

3Vgl. Dworkin, Ronald, ›Rights as Trumps‹, in: Jeremy Waldron, ed., *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1992 (1984), pp. 153-168.

4Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, New York, 1974, p. ix.

5Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, Oxford etc., 1972, p. 3.

enthousiast voor burgerlijke ongehoorzaamheid en gepreoccupeerd met de terreur van de massa.⁶

Nu was ›rights-talk‹ natuurlijk ook weer in zoverre niet nieuw dat het aansloot bij een eeuwenoude traditie in het denken over recht, namelijk de natuurrechtsleer die na de Tweede Wereldoorlog zo'n spectaculaire herleving doormaakte. Eén van de meest recente varianten van natuurrechtelijk denken verscheen twee jaar na *Taking Rights Seriously* van Dworkin: John Finnis' *Natural law and Natural Rights* (1980).⁷ Finnis, nu een collega van Dworkin in Oxford en vooraanstaand natuurrechtsfilosoof, is het in verschillende opzichten met Dworkin eens. Ook hij meent dat ›rights-talk‹ nuttige kanten heeft. Hij noemt er drie. Allereerst: ›rights-talk keeps justice in the foreground of our consideration‹.⁸ Hij bedoelt daarmee dat de moderne gewoonte van ›rights-talk‹, aldus nog steeds Finnis, ›rightly emphasises equality, the truth that every human being is a locus of human flourishing which is to be considered with favour in him as much as in anybody else‹. Als tweede is een nuttige kant van ›rights-talk‹ dat het de aantrekkelijkheid van de utilistische calculus van de ›consequentialisten‹ ondermijnt. Als derde verschaft het een differentiatie van de verschillende aspecten waarin de mens kan floreren. Zij verschaffen een: ›usefully detailed listing of the various aspects of human flourishing (...)‹.⁹

›Rights-talk‹ en de belangstelling voor natuurrecht paste goed in het na-oorlogse denken. De Tweede Wereldoorlog en de ontwikkeling daarvoor in Stalinistisch Rusland had een ongehoorde hoeveelheid schendingen van mensenrechten te zien gegeven. We zouden de geschiedenis van ›rights-talk‹ B noodzakelijkerwijs enigszins vereenvoudigd en daarmee ook wat vertekend B als volgt kunnen weergeven. In de zestiende en zeventiende eeuw werd door schrijvers als Hugo de Groot, Pufendorf en Locke de gedachte van de mensenrechten ontwikkeld en een eeuw later leidde dat tot de grote codificaties op dit punt. Gedurende de negentiende eeuw was daarvoor echter minder belangstelling, onder andere door de kritiek die daarop was uitgeoefend door liberalen zoals Bentham en conservatieven zoals Burke. Hoe het ook zij, ›rights-talk‹ was niet dominant. Pas na de Tweede Wereldoorlog maakte het een spectaculaire herleving door.¹⁰ Niet alleen in de praktijk van de rechtbanken, maar ook in de theorievorming. Auteurs als Lon Fuller,¹¹ Gustav Radbruch¹² en talloze anderen hielden opnieuw een pleidooi voor de gedachte van het natuurrecht. Een latere generatie denkers, waarvan Ronald Dworkin en John Rawls de bekendste vertegenwoordigers zijn, bouwde op deze inzichten voort.

6Kelly, J.M., *A Short History of Western Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 426.

7Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980.

8Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, p. 221.

9Finnis, *o.c.*, p. 221.

10Baanbrekend hierover: Burgers, Jan Herman, ›De ontstaansgeschiedenis van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens‹, in: Stephan Parmentier, red., *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, Mys & Breesch, Liga voor mensenrechten 1994, pp. 13-35.

11Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven and London, 1978 (1964).

12Radbruch, *Rechtsphilosophie*, herausgegeben von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider, K.F. Koehler Verlag, Stuttgart, 1973.

Ook op het internationale vlak werden allerlei pogingen gedaan ›rights-talk‹ een stevige basis te geven. In 1948 werd binnen de Verenigde Naties een Universele Verklaring van de Rechten van de Mens tot stand gebracht. Twee jaar later werd deze gevolgd door een binnen de Raad van Europa ontwikkeld verdrag dat wat betreft het implementatiemechanisme veel beter ontwikkeld was: het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en Fundamentele Vrijheden. Het Europese Hof in Straatsburg vervult voor de bij het verdrag geassocieerde lidstaten een vergelijkbare rol met die van het Amerikaanse Supreme Court: men waakt over een lijst van mensenrechten en verklaart alle wetgeving van de staten die zich bij het verdrag hebben aangesloten ongeldig wanneer deze in strijd komt met de verdragsrechtelijk gewaarborgde vrijheidsrechten.

Hoe belangrijk ook, al deze ontwikkelingen zouden niet zo in betekenis zijn toegenomen wanneer ›rights-talk‹ niet tevens een verankering had gevonden in het bewustzijn van de burgers. Dat was duidelijk het geval. In belangrijke ethische kwesties als die over euthanasie, abortus, misdaad en straf,¹³ het behandelen van dieren¹⁴ en onze verhouding tot de natuurlijke omgeving is ›rights-talk‹ enorm sterk op de voorgrond getreden.¹⁵ Het was vooral in deze tijd dat we overheidsop treden hebben leren ervaren als iets waarop we *recht* hebben.

(b) De constitutionele verandering: de proliferatie van constitutionele rechten

Niet alleen heeft gedurende de jaren zestig en zeventig een proliferatie van ›rights-talk‹ plaatsgevonden, maar ook de *hoeveelheid* constitutionele rechten is enorm gegroeid. Hoe worden nu constitutionele rechten tot stand gebracht? Men zou op alle vier van de hiervoor genoemde terreinen waarop ›rights-talk‹ plaatsvindt, een toename kunnen onderkennen. Maar zorgwekkend om hierna nog te specificeren redenen is de proliferatie van de *constitutionele* rechten.

Maar laten we eerst eens kijken naar het morele niveau (derde categorie). Men kan zich voorstellen dat iemand niet meer spreekt in termen van ›ik wil graag dat jij...‹, maar dat hij elk verzoek, elke wens, elke aansporing presenteert in de vorm van ›rights-talk‹: ›Ik heb er recht op dat je mij zakgeld geeft; ik heb er recht op dat je met mij gaat tennissen; ik heb er recht op dat je mij van het station afhaalt‹. Een dergelijk persoon zou de lachlust of irritatie van zijn medemensen opwekken, maar verder is er niet veel aan de hand. Dat wordt anders wanneer we het hebben over de proliferatie van *juridische* rechten. Op het gewone niveau van de juridische rechten is dat een toenemende juridificering van de samenleving. In zekere zin treft men dat aan in de Verenigde Staten. Dat leidt dan tot die gigantische schadeclaims die worden ingesteld *en ook* nog worden gehonoreerd door de rechter.

Wanneer we het hier echter over proliferatie van ›rights-talk‹ hebben, bedoelen we de vermenigvuldiging door de wetgever van wat men zou kunnen noemen ›hoger recht‹: constitutionele rechten (en mensenrechten voorzover die laatste een juridische

13Vgl. hierover: Rachels, James, *The End of Life*, Oxford University Press, Oxford etc. 1986.

14Vgl. D'Amato, Anthony, en Chopra, Sudhir, ›Whales: Their Emerging Right to Life‹, in: *American Journal of International Law*, 85 (1991), pp. 21-62. Voor Nederland: Boon, Dirk, *Nederlands dierenrecht*, Gouda Quint, Arnhem 1983.

15Almond, ›Rights‹, p. 259.

verankering hebben gekregen in constituties en verdragen en daarmee dus zowel mensenrechten als constitutionele rechten zijn geworden).

Op het terrein van de constitutionele rechten heeft na de Tweede Wereldoorlog een grote toename plaatsgevonden. De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens die door de Verenigde Naties in 1948 werd tot stand gebracht beperkte zich niet tot de klassieke vrijheidsrechten, maar bevatte ook tien artikelen met rechten van een geheel andere aard. Art. 22 geeft aan dat een ieder als lid van de gemeenschap recht heeft op maatschappelijke zekerheid en erop aanspraak kan maken, dat door middel van nationale inspanning en internationale samenwerking, en overeenkomstig de organisatie en de hulpbronnen van de betreffende staat, de economische, sociale en culturele rechten, die onmisbaar zijn voor de waardigheid en voor de vrije ontplooiing van zijn persoonlijkheid, worden verwezenlijkt. Art. 23 geeft aan dat ieder recht heeft op arbeid, op vrije keuze van beroep, op rechtvaardige en gunstige arbeidsvoorwaarden en op bescherming tegen werkloosheid. In datzelfde artikel wordt ook in lid 3 bepaald dat een ieder, die arbeid verricht, recht heeft op een rechtvaardige en gunstige beloning, welke hem en zijn gezin een menswaardig bestaan verzekert, welke beloning zo nodig met andere middelen van sociale bescherming zal worden aangevuld. In art. 24 wordt gesproken van een recht op rust en op vrije tijd, met inbegrip van een redelijke beperking van de arbeidstijd, en op periodieke vakanties met behoud van loon, terwijl art. 25 bepaalt dat ieder recht heeft op een levensstandaard, die hoog genoeg is voor de gezondheid en het welzijn van zichzelf en zijn gezin, waaronder begrepen voeding, kleding, huisvesting en geneeskundige verzorging en de noodzakelijke sociale diensten, alsmede het recht op voorziening in geval van werkloosheid, ziekte of invaliditeit, overlijden van de echtgenoot, ouderdom of een ander gemis aan bestaansmiddelen, ontstaan ten gevolge van omstandigheden onafhankelijk van zijn wil. In lid 2 van hetzelfde artikel wordt daaraan nog toegevoegd dat moeder en kind recht hebben op bijzondere zorg en bijstand. Art. 27 tenslotte stelt dat een ieder recht heeft om vrijelijk deel te nemen aan het culturele leven van de gemeenschap, om te genieten van kunst en om deel te hebben aan wetenschappelijke vooruitgang en de vruchten daarvan.

De eerste twintig artikelen kwamen bekend te staan als de politieke en burgerlijke rechten, de daarop volgende rechten als economische en sociale rechten. Zo is men een onderscheid gaan maken tussen een eerste generatie en een tweede generatie mensenrechten. In de jaren tachtig is ook nog een pleidooi gehouden voor een derde generatie mensenrechten. De auctor intellectualis hiervan is de volkenrechtsgeleerde K. Vasak.¹⁶

2. De collectieve rechten van Vasak

¹⁶Vgl. Vasak, K., »A 30-Year Struggle: The Sustained Effort to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights«, in: *UNESCO Courier*, november 1977 en Vasak, K., »Pour une troisième génération des droits de l'homme«, in: C. Swinarski, ed., *Etudes et Essais sur le droit internationale humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Martinus Nijhoff, Dordrecht 1984, p. 837 e.v.

Vasak introduceerde in 1977 (later uitgewerkt in 1984) het concept van een derde generatie mensenrechten die hij aanduidde als solidariteitsrechten. Het idee van solidariteitsrechten was weliswaar niet nieuw, maar Vasak was wel de eerste die probeerde het een conceptuele plaats te geven in de traditionele catalogus van internationaal gewaarborgde mensenrechten. Als uitgangspunt hanteerde Vasak het idee dat men drie soorten revoluties zou kunnen onderscheiden. De eerste revolutie is de Franse Revolutie. Hoewel het motto van de Franse Revolutie 'Vrijheid, Gelijkheid en Broederschap' luidde, kwam eigenlijk alleen van het eerste iets terecht. De Franse Revolutie introduceerde alleen de vrijheidsrechten, datgene wat we tegenwoordig burgerlijke en politieke rechten noemen. Pas door de Mexicaanse en Russische Revolutie kwam een andere categorie rechten in het vizier: de gelijkheidsrechten, rechten die we tegenwoordig aanduiden als de economische, sociale en culturele rechten. Aan deze eerste twee generaties mensenrechten zou nu een derde moeten worden toegevoegd. De derde categorie rechten zijn de rechten van deze tijd. Deze derde categorie rechten, de solidariteitsrechten, hangen samen met de emancipatie van de gekoloniseerde wereld en van de onderdrukte volkeren. Aangezien de eerste twee generaties van mensenrechten al een codificatie hebben gekregen in de conventies van de VN uit 1966, ontwierp Vasak een model voor een derde VN-verdrag waarin de solidariteitsrechten nader werden omschreven. Daarbij zou het gaan om het recht op vrede, het recht op ontwikkeling, het recht op een gezonde leefomgeving en het recht om mee te delen in de gemeenschappelijke erfenis van de mensheid. Ook het recht op communicatie en het recht op humanitaire assistentie rekende hij tot deze derde generatie van mensenrechten.

In de literatuur is een principiële strijd ontbrand over de merites van de verschillende categorieën mensenrechten. De scherpste critici van de economische en sociale rechten, de tweede generatie rechten, zijn de politiek filosoof Maurice Cranston¹⁷ en de filosoof en econoom Hayek.¹⁸ De discussie over de derde generatie mensenrechten wordt nog steeds gevoerd. Zo is het standpunt van Vasak bekritiseerd door P.H. Kooijmans, Ph. Alston, J. Donnely en anderen.¹⁹ Voordat we echter op de kritiek op de proliferatie van mensenrechten ingaan, eerst nog enkele opmerkingen over de achtergrond van het verheffen van rechten tot de status van mensenrechten.

17Cranston, M., 'Human Rights, Real and Supposed', in: *Political Theory and the Rights of Man*, ed. D.D. Raphael, Macmillan, London, 1967, 43-54. Vgl. verder: Flew, Anthony, 'Freedom is Slavery', in: A. Phillips Griffiths, ed., *Of Liberty*, Royal Institute of Philosophy Lecture Series, Cambridge, 1983.

18Hayek, F.A., 'Justice and Individual Rights', in: F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Routledge and Kegan Paul, London etc., 1982, pp. 101-106.

19Kooijmans, P.H., 'Human Rights - Universal Panacea?', in: *Netherlands International Law Review*, 37 (1990), pp. 315-329; Alston, Philip, 'A Third Generation of Solidarity Rights: Progressive Development or Obfuscation of International Human Rights Law?', in: *Netherlands International Law Review*, 29 (1982), pp. 307-322; idem, 'Conjuring up New Human Rights: A Proposal for Quality Control', in: *The American Journal of International Law*, 78 (1984), pp. 607-621; Donnely, J., 'Human Rights, Individual Rights, Collective Rights', in: J. Berting et al., eds., *Human Rights in a Pluralist World*, 1990; Marks, Stephen P., 'Emerging Human Rights: A New Generation for the 1980's?', in: *Rutgers Law Review*, 33 (1981), pp. 435-452.

Hoe wordt een recht tot constitutioneel recht gepromoveerd? Hoe krijgt bijvoorbeeld het ›huis-tuin-en-keuken-recht‹ de medaille van constitutioneel recht opgespeld? Dat zal het geval zijn wanneer een ander recht, een natuurlijk recht, een moreel recht of een gewoon recht door de constitutionele wetgever²⁰ tot constitutioneel recht wordt gepromoveerd. Het natuurrecht of de filosofisch-ethische conceptie van mensenrechten (de vierde categorie rechten) is van oudsher een belangrijke leverancier gebleken van suggesties voor constitutionele rechten. Zo is het beginsel dat wetten niet met terugwerkende kracht mogen gelden ook altijd door aanhangers van het natuurrecht als een belangrijk principe naar voren geschoven. Men kan zich echter ook voorstellen dat een gewoon recht (de eerste categorie) carrière maakt. Dat is over het algemeen gebeurd met de sociale grondrechten. In de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens vinden we in art. 24 een recht op vrije tijd en vakantie. Het artikel luidt als volgt: ›Een ieder heeft recht op rust en op eigen vrije tijd, met inbegrip van een redelijke beperking van de arbeidstijd, en op periodieke vakanties met behoud van loon‹. Het gaat hier om een ›gewoon recht‹ dat op een bepaald moment naar de constitutionele status is gepromoveerd. In beginsel *kan* men natuurlijk alles tot constitutioneel recht proclameren. Om het op de nationale grondwet te betrekken: elk belang dat door tweederde van de volksvertegenwoordiging belangrijk genoeg wordt geacht kan de constitutionele status verwerven.²¹ Of het *verstandig* is om daartoe over te gaan, is een andere vraag.

3. Bezwaren tegen de tweede en tegen de derde generatie rechten

Zoals gezegd, een scherp criticus van de *tweede generatie* rechten, de sociale en economische rechten, is de politiek filosoof Maurice Cranston. Hij schrijft: ›Some politicians (...) have a vested interest in keeping talk about human rights as meaningless as possible.‹²² Cranston is fel gekant tegen het verheffen van de politieke en economische rechten tot de mensenrechtenstatus. Hij voert daarvoor drie redenen aan.

(1) Eén van zijn argumenten daarvoor is ›that it would be totally impossible to translate them in the same way into positive rights by analogous political and legal action.‹²³

(2) Verder is hij van mening dat sociale en economische rechten nooit tot mensenrechten kunnen worden geproclameerd omdat het deze rechten ontbreekt aan universele status, hetgeen kenmerkend is voor mensenrechten. De test voor een waar mensenrecht, aldus Cranston, is ›that it shall be a genuinely universal moral right. En dat is een test die het recht op vakantie met behoud van loon, zoals neergelegd in art. 24 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, niet kan doorstaan. Dit is immers een recht dat alleen geldt voor diegenen die reeds in een dienstbetrekking werken.

²⁰Dat is de gewone wetgever die met een gekwalificeerde meerderheid bijeen komt; in Nederland een meerderheid van twee derde.

²¹De procedure is overigens iets ingewikkelder. Vgl. daarvoor art. 137 Gw.

²²Cranston, ›Human Rights, Real and Supposed‹, p. 43.

²³Cranston, *o.c.*, p. 47.

(3) Tenslotte is kenmerkend voor een mensenrecht dat het gaat om een universeel moreel recht van ›paramount importance‹ en daaraan voldoen een aantal van de beleidsdoelstellingen uit de lijst van sociale en economische rechten niet. ›A human right is something of which no one may be deprived without a grave affront to justice.²⁴ Er zijn bepaalde daden die nooit mogen worden verricht, bepaalde vrijheden die nooit mogen worden geschonden, bepaalde goederen die absoluut heilig zijn. Die test kan vakantie met behoud van loon niet doorstaan, meent Cranston. ›Thus the effect of a Universal Declaration which is overloaded with affirmations of so-called human rights which are not human rights at all is to push *all* talk of human rights out of the clear realm of the morally compelling into the twilight world of utopian aspiration.²⁵

De bezwaren tegen de *derde generatie* van mensenrechten hangen ten dele samen met de bewaren tegen de tweede generatie, maar hebben ook een eigen argumentatief gewicht.

Eén van de punten die telkens weer tegen de derde generatie rechten worden ingebracht, is dat de voorgaande generaties rechten aan individuen toekennen, terwijl dat met de derde generatie niet het geval is. Volgens Kooijmans is dit individualisme echter intrinsiek verbonden met de mensenrechtenidee.²⁶ In groepsrechten ziet Kooijmans niet zo veel. De groep moet duidelijk te identificeren zijn ter onderscheiding van de staat tegen welke de claim wordt geldend gemaakt en het is juist op dit punt dat Kooijmans grote moeite heeft met het concept van de derde generatie rechten.

Een tweede bezwaar dat Kooijmans inbrengt tegen de derde generatie rechten is dat zij onvermijdelijk voeren tot een botsing met de andere rechten. ›The continual introduction of new categories of human rights unavoidably has the effect of excusing the non-observance of earlier categories. It diverts attention from today's human rights problems, by shifting attention to tomorrow's solution. In the final analysis, this is to the detriment of those who in both the first and last place should be the focus of the human rights debate: individual human beings.²⁷

4. Pleidooi voor legislatieve en rechterlijke zelfbeperking

Wanneer er een spanning wordt geconstateerd tussen het ideaal van het onderwerpen van politiek aan mensenrechten en democratie staan twee wegen open. Allereerst dat men probeert die spanning te ontkennen. Dat was het onderwerp van het vorige hoofdstuk. We hebben toen gezien dat men heeft geprobeerd op drie manieren de spanningsverhouding tussen mensenrechten en democratie te ontkennen (of op te lossen) door drie verschillende antwoorden te formuleren op de anti-democratische uitdaging van mensenrechten. Ook hebben we gezien dat deze antwoorden een zekere mate van overtuigingskracht hebben, maar toch de gesignaleerde problemen niet geheel uit de weg kunnen ruimen. Er is wel degelijk een rest van onvrede die men

²⁴Cranston, *o.c.*, p. 52.

²⁵Cranston, *o.c.*, p. 52.

²⁶Kooijmans, ›Human Rights - Universal Panacea?‹, p. 323.

²⁷Kooijmans, *o.c.*, p. 329.

niet kan wegedeneren. En wat kunnen we dan nog doen? Men zou kunnen proberen om die spanningsverhouding te minimaliseren. Deze geheel ontkennen is onmogelijk, maar minimaliseren of verzachten is wel degelijk mogelijk. Een oplossing (althans een bijdrage daaraan) zou kunnen zijn dat we zuinig omspringen met mensenrechten. Dat we ervoor waken dat het mensenrechtendiscours de normale politiek (in de terminologie van Ackerman) geheel opslokt. Waarschijnlijk bewijzen we daarmee niet in de laatste plaats mensenrechten een dienst. Zij worden beschermd tegen hun al te enthousiaste verdedigers.

Meer concreet gesteld: aan de spanning tussen mensenrechten en democratie zou men twee consequenties kunnen verbinden. Men kan wijzen op de noodzaak van:

- (a) Zelfbeheersing van de hoogste interpreterende instantie ten aanzien van de constitutie, een vereiste dat neerkomt op rechterlijke terughoudendheid;
- (b) Beperking in het verlenen van een constitutionele status aan rechten, een vereiste dat neerkomt op legislatieve terughoudendheid.

(a) Rechterlijke terughoudendheid

Voor het eerste punt moeten we beginnen met enkele opmerkingen over de aard van het constitutionele recht. Constitutioneel recht is recht dat is afgeleid van, of gerelateerd aan, of interpretatief verbonden met de constitutie, heeft men wel gezegd.²⁸ In zekere zin is ook altijd wel erkend dat het ideaal van de onderwerping van politiek aan mensenrechten implicaties heeft voor de wijze waarop de rechterlijke interpretatie van die mensenrechten zal moeten plaatsvinden.

Dat laat zich illustreren met een voorbeeld. Denk bijvoorbeeld aan het legaliteitsbeginsel. Dit beginsel houdt in dat geen feit strafbaar is dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling. Nu lijkt het op het eerste gezicht een gemakkelijk uit te maken zaak of de wetgever iets strafbaar heeft gesteld of niet, maar dat is toch lastiger dan men zou denken. De algemeenheid van de wet brengt met zich mee dat een rechter altijd de woorden van de wet zal moeten *interpreteren*; hij zal de wet om die te kunnen toepassen altijd moeten toesnijden op het concrete geval.²⁹ En daarbij kan het toepassingsgebied van de norm zowel groter worden dan de bewoordingen van de wetsbepaling los van de context zouden doen vermoeden, maar ook kleiner. De rechter heeft hier een marge van vrijheid en introduceert daarmee onvoorspelbaarheid ten aanzien van het resultaat. Vandaar dat een belangrijke school binnen het Amerikaanse rechtsdenken, het Amerikaans realisme, stelde dat recht niet is wat in de wet staat, maar wat de rechters *zeggen* dat er in de wet staat. Recht is wat rechters doen.³⁰ Hoewel de moderne samenleving steeds meer wordt geconfronteerd met de noodzaak tot het treffen van juridische voorzieningen zonder dat de wetgever daaraan te pas is gekomen,³¹ blijft het van belang dat de rechter daarin niet al te

28 Pritchett, C. Herman, 'Constitutional Law', in: *International Encyclopedia of the Social Sciences*, David L. Sills, editor, The Macmillan Company & The Free Press, London 1968, pp. 295-300, hier p. 295.

29 Vgl. Dworkin, Ronald, 'The Moral Reading of the Constitution', in: *The New York Review of Books*, 21 maart 1996, pp. 46-51.

30 Vgl. Crozier, J.B., 'Legal Realism and a Science of Law', in: *The American Journal of Jurisprudence*, 29 (1984), pp. 151-167.

31 Vgl. Scheltema, M., 'Wie stelt de wet: de wetgever of de rechter?', in: Dijk, P. van, red., *De relatie tussen*

voortvarend optreedt. Dat geldt voor de ›gewone‹ zaken, maar het geldt nog sterker voor grondrechtelijke en mensenrechtelijke aangelegenheden, aangezien daar de beperking op democratische besluitvorming zich nog sterker manifesteert. Men zegt wel dat de rechter ten aanzien van extensieve interpretatie op het terrein van het *strafrecht* met de grootste voorzichtigheid moet optreden. Immers hier kan de *rechtszekerheid* op de tocht komen te staan. Men realiseert zich echter vaak onvoldoende dat die noodzaak tot een terughoudende opstelling van de rechter in het *constitutionele recht* zeker zo belangrijk is, zij het hier om een andere reden. Die reden is dat door een voortvarende opstelling van de rechter het *democratisch deficit* binnen de democratische rechtsstaat onnodig en onverantwoord kan worden vergroot. Een rechter die een wet buiten toepassing laat wegens een vermeende strijdigheid met de constitutie, verricht een activiteit waartoe hij weliswaar krachtens het belang dat binnen het Algemeen Constitutioneel Patroon wordt gehecht aan een mensenrechtelijke controle van democratische beslissingen gelegitimeerd is, maar hij dient zich altijd bewust te zijn van de keerzijde: een inbreuk op democratie. Dat punt is terecht onder de aandacht gebracht door Van den Bergh, Commager, Griffith en talloze andere critici van het toetsingsrecht.³²

(b) *Legislatieve terughoudendheid*

Een tweede punt dat we wellicht hebben te accepteren als richtlijn voor de traditie van mensenrechten is dat alleen die rechten als fundamentele rechten, als werkelijk ›hoger recht‹, worden erkend die een semi-natuurrechtelijke status hebben.

Niet alleen ten aanzien van rechterlijke, ook ten aanzien van legislatieve voortvarendheid zouden we ons moeten realiseren dat voor de acceptatie van een bepaalde norm als ›mensenrecht‹ of ›grondrecht‹ een prijs moet worden betaald.

Een terughoudende opstelling ten aanzien van de proliferatie van hoger recht druist echter in tegen een aantal populaire voorstellingen over rechterlijke interpretatie en wetgeving.³³ Men hoort wel dat de wet zich dient te ontwikkelen en waarom zou dat niet voor de constitutie gelden? In de Amerikaanse constitutionele theorie wordt wel gesproken van het idee van de ›living constitution‹ en in Nederland heeft vooral Krabbe zich opgeworpen als een protagonist voor ›levend grondwettelijk recht‹.

Nu is het ongetwijfeld juist dat recht, en ook constitutioneel recht, zich ontwikkelt. Maar men dient zich tevens te realiseren dat het constitutioneel recht als *beperking van de soevereine macht* structureel verschilt van andere delen van het

wetgever en rechter in een tijd van rechterlijk activisme, Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen, Noord-Hollandsche, Amsterdam 1989, pp. 85-94.

32Vgl. bijvoorbeeld ook de interessante kritiek van: Haersolte, R.A.V. van, ›Toetsing naar de wijze van de Hoofdige Boer‹ op Cliteur, ›Constitutionele toetsing‹, in: P.B. Cliteur, *Constitutionele toetsing*, Met commentaar van R.A.V. van Haersolte, J.M. Polak en T. Zwart, Prof. mr. B.M. Teldersstichting, Den Haag 1991.

33Ook andere schrijvers stellen dit punt aan de orde. Vgl. Wolfe, Christopher, *The Rise of Modern Judicial Review*, From Constitutionalism to Judge-Made Law, Basic Books, Inc., Publishers, New York 1986; Berger, Raoul, *Government by Judiciary*, The Transformation of the Fourteenth Amendment, Harvard University Press, Cambridge, Mass., London, England 1977.

recht. We dienen voor het constitutioneel recht wellicht niet alleen andere interpretatiemethoden te gebruiken,³⁴ zoals hiervoor reeds werd gesuggereerd, maar we dienen het ook minder gemakkelijk aan te passen aan de veranderende ontwikkelingen. Dat is niet een onvolkomenheid van het constitutioneel recht. Daarvoor is constitutioneel recht juist gemaakt. Wanneer de Amerikaanse Founding Fathers bepalen dat zij een aantal rechten ›vanzelfsprekend‹ achten en dat zij die daarom willen vastleggen en verschansen in een formeel document, dan bedoelen zij daarmee nu juist deze te beschermen tegen de waan van de dag. ›We must leave open the possibility of an appeal from the people drunk to the people sober, if individual and minority rights are to be protected in the periods of excitement and hysteria from which we unfortunately are not immune.‹³⁵

Maar laten we onze aandacht richten op de legislatieve zelfbeperking. Zijn de perspectieven hier gunstiger? Het lijkt van niet. Meer en meer beleidsdoelstellingen worden in de vorm van ›rights-talk‹ gepresenteerd. Van klassieke grondrechten zijn we geëvolueerd naar sociale grondrechten en sinds de jaren tachtig wordt ook wel gesproken van een derde generatie van grondrechten, de solidariteitsrechten, waartoe men recht op vrede, humanitaire assistentie, nationale zelfbeschikking en andere collectieve rechten rekent. Dat zou men dus een proliferatie van mensenrechten in kwantitatieve zin kunnen noemen: er komen steeds meer mensenrechten bij (zonder dat oude rechten worden afgeschaft of in onbruik raken).

Ongetwijfeld zijn dat allemaal zeer goed bedoelde pogingen om klemmende sociale en politieke problemen onder de aandacht te brengen. Men dient zich echter scherp bewust te zijn van het volgende dilemma. Allereerst bestaat het gevaar dat wanneer men de nieuwe rechten werkelijk effectueert (afdwingbaar maakt voor de rechter), de spanning met het democratische element van de democratische rechtsstaat onaanvaardbaar groot kan worden. En als tweede: effectueert men de nieuwe rechten *niet* langs rechterlijke weg, maar legt men deze alleen maar neer in internationale verdragen, dan loopt men het gevaar dat de mensenrechtenidee geloofwaardigheid verliest en men mensenrechten zal gaan beschouwen als mooi klinkende retoriek, maar in feite waardeloos.

Misschien moeten we ons met dit dilemma in het achterhoofd telkens goed bezinnen op de vraag welke waarden wij van zulk groot belang achten dat we ze willen proclameren tot mensenrechten. Daarbij is het van belang dat we ons realiseren dat de proclamatie van een bepaald recht als een mensenrecht een menselijke beslissing is waarvoor men argumenten kan en moet aandragen.³⁶

34Vgl. voor een moderne theorie daarover: Bobbitt, Philip, *Constitutional Interpretation*, Blackwell, Oxford UK and Cambridge USA 1991.

35McIlwain, *Constitutionalism*, p. 149; McIlwain, ›The fundamental law behind the constitution of the United States‹, p. 245. Vgl. over deze gedachte ook: Jacobs, Frans, ›Das Paradigma der praktischen Unvernunft‹, in: Robert Alexy en Ralf Dreier, Hrsg., *Rechtssystem und praktische Vernunft*, ARSP-Beiheft, Franz Steiner Verlag, Stuttgart 1993, pp. 151-153.

36De Nederlandse mensenrechten-deskundige Jan Herman Burgers heeft in een serie interessante artikelen laten zien dat het bepaald niet vanzelfsprekend is dat we een Universele Verklaring van de Rechten van de Mens hebben met een inhoud die deze nu heeft. Vgl. Burgers, Jan Herman, ›De ontstaansgeschiedenis van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens‹, in: Stephan Parmentier, red.,

HOOFDSTUK 8

De toekomst van mensenrechten

Na de wat normatief getinte aanbevelingen van het vorige hoofdstuk is het misschien goed te besluiten met enkele opmerkingen over de toekomst van mensenrechten. Hierbij zal niet centraal staan wat we zouden *moeten* gaan doen, maar wat waarschijnlijk is dat *zal* gebeuren. In het voorwoord werd al opgemerkt dat het altijd een netelige zaak is te voorspellen hoe bepaalde ontwikkelingen zullen gaan verlopen, maar door extrapolatie vanuit wat er reeds gebeurt, kunnen we misschien toch iets zeggen over de vraag welke ontwikkelingen op het terrein van de mensenrechten de komende jaren te verwachten zijn.

1. Mensenrechten als ontdekking

Mensenrechten zijn ons niet zo maar pardoes, als een kant en klaar pakket, overgeleverd, maar het is een concept, een idee, waaraan eeuwenlang is geschaafd. De geschiedenis van de mensenrechten is te schrijven als een geschiedenis van *ontdekkingen*, van briljante ideeën die op een bepaald moment door individuen, groepen en naties zijn gedaan en die vervolgens een praktische toepassing hebben gekregen. Zoals Newton de zwaartekracht ontdekte, onderkenden Griekse filosofen dat men een onderscheid kan maken tussen het gewone recht van alledag en een soort van hoger recht dat voor het lagere recht de norm vormt.¹ Zoals Pythagoras de naar hem genoemde stelling ontdekte, ontdekte John Locke dat er in een natuurtoestand bepaalde rechten van het individu niet kunnen worden weggedacht. Precies zoals Archimedes »eureka«² roepend uit het bad is gestapt, moet het ook John Marshall te moede zijn geweest toen hij ontdekte dat een geschreven constitutie noodzakelijkerwijs ook een toetsingsrecht voor de rechter impliceerde. De geschiedenis van de mensenrechten is een geschiedenis van dit soort ideeën.

Naast die geschiedenis van de ideeën is er natuurlijk een geschiedenis van de *verwerkelijking* van die ideeën. Niet elk idee dat zich doorzet wordt onmiddellijk vertaald in de politiek-sociale werkelijkheid. Daarvoor zijn er vaak nog vele belangen- tegenstellingen en psychologische weerstanden te overwinnen. Thomas Jefferson schreef gelijkheid voor alle mensen in de Amerikaanse Onafhankelijkheidsverklaring. Maar hij had grote moeite om zich los te maken van zijn eigen achtergrond als slavenhouder. Arthur Schopenhauer en Jeremy Bentham ontdekten dat het voor het toedelen van rechten niet ter zake doet of men mens is of dier. Maar zij bleven beiden vlees eten.

¹Vgl. daarover: Weinreb, Lloyd L., »Natural Law and Rights«, in: George, Robert P., ed., *Natural Law Theory*, Clarendon Press, Oxford 1992, pp. 278-309; Weinreb, Lloyd L., *Natural Law and Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., London 1987; Flückiger, Felix, *Geschichte des Naturrechtes*, Erster Band, Alterthum und Frühmittelalter, Evangelischer Verlag AG., Zollikon-Zürich 1954.

Over die laatste geschiedenis wordt hier niet gesproken. Dat is iets voor de politicologie, de sociologie of de politiek. Het gaat mij om de eerste geschiedenis; die van de ideeën. In de ideeëngeschiedenis zijn er misschien drie grote lijnen te onderkennen, drie ›geschiedenissen‹ eigenlijk. Het gaat, allereerst, om de institutionele geschiedenis.

2.Eerste geschiedenis: de genese van de vijf kenmerken van mensenrechten

Zoals we hebben gezien begint de geschiedenis van mensenrechten ergens in de Griekse oudheid B althans in het westen B omdat men geen vrede heeft met het feit dat de wetgeving, zoals deze door de wetgever wordt uitgevaardigd, het laatste woord zou zijn. Vanaf de vroegste tijden hebben mensen geprobeerd om een zekere hiërarchie in wetgeving te onderkennen.

De comparatist Cappelletti onderscheidt drie stadia in de ontwikkeling van het denken over mensenrechten:

Het *eerste* stadium is dat van het klassieke natuurrecht, de periode van ›natural justice‹.² De besluiten en wetten van de kroon en het parlement werden geacht onderworpen te zijn aan een hoger, ongeschreven recht. Dat is het recht waarop Antigone zich beroept in Sophocles' tragedie met de gelijknamige titel. Antigone krijgt van de statelijke wetgever een verbod opgelegd om haar broer te begraven, maar zij doet het toch, omdat zij de wet van de statelijke wetgever niet het laatste woord acht. Zij toetst de wet aan hoger recht: ›natuurrecht‹. Het traditionele natuurrecht was echter tot falen gedoemd, zoals Cappelletti stelt, omdat men uiteindelijk niets kon aanvangen met ›airy formulations‹: men had geen instrument om dat natuurrecht kracht bij te zetten.³ Antigone stelde haar eigen hoogst persoonlijke interpretatie van hoger recht tegenover die van de wetgever, maar deze liet zich daaraan natuurlijk weinig gelegen liggen. We hebben ook gezien hoe de negentiende eeuwse rechtsfilosoof John Austin het natuurrechtsdenken bespotten met de woorden dat een veroordeelde wel kan zeggen dat zijn ophanging in strijd is met het natuurrecht, maar dat hij toch aan de galg gaat.

Een *tweede* fase begint met de Engelse Glorious Revolution, de Amerikaanse Revolutie, de Nederlandse Bataafse Revolutie en de Franse Revolutie. Dit is het tijdperk van ›positieve‹ of van ›legale‹ rechtvaardigheid. Deze periode wordt gekenmerkt door het primaat van geschreven constituties en formele verklaringen van mensenrechten.

Het *laatste* stadium is dat van de ›constitutional justice‹. Door het moderne constitutionalisme wordt het natuurrecht praktisch en realistisch gemaakt, omdat men aan de rechter de bevoegdheid geeft wetten aan het gecodificeerde hogere recht te toetsen.⁴ We hebben hiervoor gezien dat deze fase eindigt in 1803.

Het is nog steeds een interessante indeling die aan de historische ontwikkeling een zekere lijn geeft. Het maakt van een eindeloze rij feiten een zinvol geheel. De

2Mauro Cappelletti, *Judicial review in the contemporary world*, The Bobbs-Merrill Company, inc., Indianapolis 1971, p. 41.

3Cappelletti, *Judicial review*, p. ix.

4Cappelletti, *Judicial review*, p. viii.

mensenrechtenidee begint in de wijsgerige begrippenhemel van het natuurrecht. Geleidelijk begint men echter te zien dat we aan het natuurrecht alleen vaste vorm geven wanneer we het codificeren. Tenslotte ziet men dat het geschreven document alleen een praktische betekenis heeft wanneer men aan de rechter de bevoegdheid toebedeelt om te oordelen of de wetten van de statelijke wetgever niet in strijd zijn met het hogere recht.⁵

In zekere zin heeft men daarmee ook de natuurrechtstraditie *ge-de-anarchiseerd*. Antigone maakte immers zelf nog uit wat zij in overeenstemming achtte met het hogere recht. Toen de wetgever haar verbod haar broer te begraven, weigerde zij gehoorzaamheid op grond van strijd met het natuurrecht. Maar wie stelde die strijdigheid vast? Zijzelf, niet de rechter. Omdat zij dit *zelf* deed had het natuurrecht in potentie een zeer revolutionaire, ja zelfs een anarchische werking.⁶ Het natuurrecht vormde namelijk de legitimatie voor een individu om B zonder tussenkomst van een overheidsorgaan B zich aan wetten te onttrekken wegens vermeende strijdigheid met hoger recht.

In een bestel waar men hoger recht heeft gecodificeerd en constitutionele toetsing kent, is de revolutionaire potentie van het natuurrechtelijk denken in die zin binnen bepaalde banen geleid dat men (i) heeft afgebakend wat als hoger recht binnen een gemeenschap kan worden erkend en (ii) een speciaal orgaan, de rechter, de bevoegdheid heeft verleend de toetsing te voltrekken die door Antigone op eigen gezag wordt verricht.

Deze eerste geschiedenis is hier nog eens in hoofdlijnen samengevat, maar deze was eigenlijk bekend. Het is wat in de eerste vier hoofdstukken van dit boekje veel uitvoeriger is uitgewerkt. Voor de toekomst zijn echter de volgende twee geschiedenissen van belang. Deze lijnen vormen nu nog slechts dunne draden door de ontwikkeling van de mensenrechtentraditie, maar in de afgelopen jaren lijken zij aan betekenis te winnen.

3. Tweede geschiedenis: de erkenning van de subcategorieën van *Homo Sapiens*

In de tijd gezien loopt de tweede geschiedenis aan de eerste parallel. Hierbij gaat het om de vraag wie tot de categorie *mens* wordt toegelaten en dus onder het beslag van het mensenrechtenregime weet te komen.

In de Nederlandse Verklaring van de Rechten van de Mens en de Burger van 1795 wordt gesteld dat *alle* Menschen met gelijke rechten geboren worden; dat *ieder* Mensch het regt heeft, om God zoodanig te dienen, als hy wil, of niet wil, zonder daarin op eenigerlei wyze gedwongen te kunnen worden; dat *ieder* stem hebben moet in de wetgevende Vergadering der geheele Maatschappij, het zy persoonlijk, het zy door eene by hem mede gekozene vertegenwoordiging; dat *alle* Menschen gelyk zyn, allen verkiesbaar zyn to alle Ampten en Bedieningen zonder eenige andere

⁵Vgl. Cliteur, P.B., 'Drie modellen van constitutioneel denken', in: *Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiekrecht*, 49e jrg., nr. 9, 1994, pp. 571-578.

⁶Bentham sprak bij de bespreking van mensenrechten en natuurlijke rechten van 'anarchical fallacies'. Vgl. 'The Principle of Utility as Against the Declaration of the Rights of Man', in: Halévy, Elie, *The Growth of Philosophic Radicalism*, Faber and Faber, London 1972 (1928), pp. 155-181.

redenen van voorkeur dan die van deugden en bekwaamheden; dat >een *iegeelyk* het regt heeft om van ieder Amptenaar van het publiek bestuur rekening en verantwoording van zyn bewind te helpen afvorderen; dat de >Soeveriniteit by het *geheele* Volk berust (cursivering toegevoegd; PC). Maar >alle, >ieder, >iegeelyk- en >geheel- betekent hier toch niet wat wij er nu onder geneigd zijn te verstaan. Dat is onmiddellijk duidelijk wanneer men bedenkt dat het algemeen kiesrecht nog maar van het begin van deze eeuw dateert.

Een naïeve benadering, die door kennisname van de historische feiten wordt gelogenstraft, zou zijn dat tot >de mens- zal worden gerekend wat de biologische kenmerken heeft van de soort *homo sapiens*. We weten nu dat er een *biologische* soort *homo sapiens* is en een *sociale* soort *homo sapiens*.⁷ Wie tot de eerste categorie behoort, behoort nog niet tot de laatste categorie. Slaven, vrouwen, kinderen, zwarten, gelen, bruinen, roodhuiden B eeuwenlang was op hen de kwalificatie >mens- niet van toepassing. Toen Odysseus thuiskwam hing hij voor relatief geringe vergrijpen eerst een dozijn slavinnen op die hij verdacht van ongehoorzaam gedrag tijdens zijn afwezigheid. Zo'n daad werd gezien als een >matter of expediency, not of right and wrong, zoals Aldo Leopold het formuleerde. De ethische structuur van die tijd was dat slaven eenvoudigweg nog niet onder het beslag van rechten vielen.⁸

Een mooi voorbeeld van dit mechanisme ontleen we verder aan de Romeinse wereld. De negentiende eeuwse historicus W.E.H. Lecky heeft in zijn *History of European Morals from Augustus to Charlemagne* een overzicht gegeven van de enorme wreedheden (tenminste zo ervaren wij dat tegenwoordig) die jegens zowel mensen als dieren werden begaan tijdens de Romeinse spelen.⁹ Een beer en stier werden aan elkaar vastgeketend en rolden vechtend door het zand. Veroordeelden werden in dierenvelen gekleed en voor de wilde beesten gegooid die eerst gek waren gemaakt met gloeiende poken. Onder Caligula werden eens op één dag vierhonderd beren gedood. Onder Nero vochten vierhonderd tijgers met stieren en olifanten. Nero verlichtte zijn tuinen door christenen als kaarsen aan te steken. De >craving for blood- was zo groot, schrijft de historicus Lecky, dat een vorst die de spelen zou afschaffen meer impopulair zou worden dan een vorst die geen graan zou uitdelen. Het volk wil brood en spelen, heet het. Vooral spelen dus.

⁷Wat tot de biologische soort behoort is overigens ook maar een afspraak. Vgl. Gould, Stephen Jay, *Ever Since Darwin*, Reflections in Natural History, Penguin Books, Harmondsworth 1980 (1978), p. 251: >In 1758, Linnaeus faced the difficult decision how to classify his own species in the definitive edition of his *Systema Naturae*. Would he simply rank *Homo sapiens* among the other animals or would he create for us a separate status? Linnaeus compromised. He placed us within his classification (close to monkeys and bats), but set us apart by his description. He defined our relatives by the mundane, distinguishing characters of size, shape, and number of fingers and toes. For *Homo sapiens*, he wrote only the Socratic injunction: *nosce te ipsum* - 'know thyself'.

⁸Leopold, Aldo, >The Land Ethic-, in: Pierce, Christine, en VanDeVeer, Donald, *People, Penguins, and Plastic Trees*, Basic Issues in Environmental Ethics, Second Edition, Wadsworth Publishing Company, Belmont etc. 1995, p. 142.

⁹Lecky, W.E.H., *History of European Morals from Augustus to Charlemagne*, I, Longmans, London 1869, pp. 280-282.

Hoe kan men deze ongevoeligheid voor *zoveel* lijden verklaren? Waren de Romeinen mensen zonder morele gevoelens? Hadden zij geen ethiek? Dat is niet erg geloofwaardig. Wat de spelen ons waarschijnlijk tonen is dat er een scherp onderscheid werd gemaakt tussen wezens die morele statuten hebben en zij die dat niet hebben. Wanneer men buiten de grenzen van de moraliteit viel was men moreel vogelvrij en was het lijden van zo'n wezen even irrelevant als het schoppen tegen een steen.

Het christendom introduceerde op dit punt een radicale gedachte. Het bracht de gedachte van de unieke waarde van het menselijk individu onder de aandacht. Menselijke individuen hadden een onvervreemdbare waarde die sterk samenhangt met de mogelijkheid van een leven na de dood. Hiermee was de gedachte van de heiligheid van het menselijk leven geïntroduceerd.

Het mag zo zijn dat christenen zich door de kettervervolgingen schuldig hebben gemaakt aan enorme schendingen van mensenrechten, maar de gedachte van de intrinsieke waarde van elk mens was op zichzelf een revolutionair idee.

De tweede geschiedenis van de mensenrechten is dus een verhaal over *erkenning*. Langzaam aan gaat men alle sub-categorieën van de biologische soort *Homo Sapiens* als mensen in de zin van ethisch gelijkwaardig en onderworpen aan hetzelfde mensen-rechtenregime erkennen. Blank of zwart, man of vrouw, kind of volwassene. Het zijn allen mensen.

Het heeft overigens wel bijna tweeduizend jaar geduurd voordat men dat idee in zijn uiterste consequenties ging doordenken. Toen Mary Wollstonecraft in 1792, drie jaar voor de Verklaring van de Rechten van de Mens en de Burger, haar *Vindication of the Rights of Woman* schreef riep dat nog veel hilariteit op.¹⁰ Er verscheen een anoniem geschrift van een filosoof uit Cambridge die wij nu kunnen identificeren als Thomas Taylor, die uit de doeken deed dat de argumentatie die Wollstonecraft ten beste gaf ook zou kunnen worden gehanteerd voor dieren. Daarmee was volgens Taylor afdoende aangetoond dat vrouwen *niet* het subject konden zijn van rechten. Zij behoorden weliswaar tot de biologische soort 'mens', maar niet tot de sociale. Maar hoe het ook zij, incidentele oprispingen daargelaten, het lijkt erop dat ook het tweede verhaal 'af' is. Let wel: hier wordt niet gesproken over de implementatie. Het gaat om het intellectueel dominant worden van een idee: mensenrechten gelden werkelijk voor *alle* mensen.

4. Derde geschiedenis: van de intrinsieke waarde van de mens naar de intrinsieke waarde van alle levende wezens?

Dat brengt ons bij de derde geschiedenis op het terrein van de mensenrechten. Deze onderscheidt zich van de voorgaande geschiedenissen doordat het verhaal nog niet af is. Men kan deze op verschillende plaatsen laten beginnen. Men zou kunnen wijzen op de hiervoor genoemde Thomas Taylor die in zijn kritiek op Wollstonecraft naar voren bracht dat haar argumenten net zo zouden gelden voor dieren als voor mensen. Spottend schreef hij een *Vindication of the Rights of Brutes*. De gedachte was

¹⁰Wollstonecraft, Mary, *Vindication of the Rights of Woman*, edited with an introduction by Miriam Brody Kramnick, Penguin Books, Harmondsworth 1982 (1792).

kennelijk dat wanneer aannemelijk kan worden gemaakt dat dezelfde argumenten die voor de rechten van vrouwen worden gehanteerd ook kunnen worden aangewend voor de rechten van dieren, de redenering manifest absurd is. Maar is die conclusie van Taylor juist? Bepaald niet. Men kan ook tot de slotsom komen dat dierenrechten dan kennelijk bespreekbaar zouden moeten worden. Wat is de rechtvaardiging om alleen mensen dragers van ›mensenrechten‹ te laten zijn? Het *woord* suggereert dat. Maar wat is de rechtvaardiging voor het maken van zo'n scherp contrast tussen mens en dier? Is het de menselijke redelijkheid (die hem onderscheidt van het dier)? Is het de menselijke waardigheid van Kant, die in de preambule van de ›Universele Verklaring‹ en het BuPo-verdrag¹¹ het dragend element is geworden? Maar waarom zouden we de kring rond de biologische soort mens trekken? Waarom niet wijder? Is het geen verwatenheid van de mens die zich het centrum van de kosmos acht? Waarom zouden we niet aan het dier of zelfs de rest van de natuur een waardigheid toekennen?¹²

Het is mogelijk dat deze gedachte tot een van de belangrijkste revoluties aanleiding zal geven die ons te wachten staan op het terrein van mensenrechten. Dit verhaal van de mensenrechten moet nog worden geschreven, maar de contouren, zelfs de hoofdstukindeling, staan al aardig vast.

Thomas Jefferson die verantwoordelijk was voor het introduceren van het principe van de gelijkheid in de Amerikaanse onafhankelijkheidsverklaring, schreef eens dat wanneer Sir Isaac Newton in intellectueel opzicht superieur is aan anderen, dit nog niet betekent dat hij ook meer rechten heeft of dat hij de rechten van anderen mag schenden.¹³ Jeremy Bentham trok uit dezelfde gedachte een radicale consequentie: als het verschil in intellectuele capaciteiten *tussen* mensen niet relevant is voor een verschil in rechten (hetgeen toch ons uitgangspunt lijkt te zijn in de behandeling van geestelijk gehandicapten en babies), waarom zou datzelfde verschil dan wél relevant zijn tussen mens en dier? In een bekende passage schreef hij dat er een tijd zou kunnen komen waarin de rest van de schepping de rechten zou krijgen erkend die alleen door tirannie aan hen onthouden is. De Fransen hebben ontdekt dat de zwartheid van de huid geen redenen zijn om een menselijk wezen aan de willekeur van zijn onderdrukker uit te leveren.¹⁴ Er zou best eens een dag kunnen komen waar-

11 ›Overwegende, dat, overeenkomstig de in het Handvest der Verenigde Naties verkondigde beginselen, erkenning van de inherente waardigheid en van de gelijke en onvervreembare rechten van alle leden van de mensengemeenschap grondslag is voor de vrijheid, gerechtigheid en vrede in de wereld. Preambule Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten. Het ›Handvest van de Verenigde Naties‹ spreekt van een vertrouwen ›in de fundamentele rechten van de mens, in de waardigheid en de waarde van de menselijke persoon (...).‹

12 Vgl. Regan, Tom, ›Does environmental ethics rest on a mistake?‹, in: *The Monist*, 1992, pp. 161-182.

13 Aangehaald bij: Singer, Peter, *Animal Liberation*, Second Edition, Jonathan Cape, London 1990, p. 6.

14 Zeer vooruitstrevend over dit onderwerp was de Franse verlichter Condorcet. Hij correspondeerde met Benjamin Franklin in 1773 over de mogelijkheden die de negers zouden hebben tot ontplooiing van hun capaciteiten. Franklin antwoorde op 20 maart 1774: ›Ik denk dat hun natuurlijk begripsvermogen niet te kort schiet, maar zij missen het voordeel van de scholing.‹ In 1781 viel Condorcet in een in Zwitserland uitgegeven betoog, *Réflexions sur l'esclavage des nègres*, de Amerikaanse kolonisten en andere verdedigers van slavernij aan. Het maakte in 1781 echter nog niet veel indruk. Pas zeven jaar later, toen het

op we tot het inzicht komen dat het aantal benen dat we hebben, de aard van de huid of de aard van het beendergestel geen reden zijn om verschil te maken ten aanzien van het respecteren van rechten. Ook die zogenaamde verheven kenmerken B redelijkheid, waardigheid, het vermogen tot spreken B zijn niet toereikend om de mens uit het rijk der natuur te verheffen. Men wijst wel op de betekenis van de *rede*, zegt Bentham. Maar een volgroeide hond of een volwassen paard is ongetwijfeld redelijker dan een kind van een dag, een week of een maand oud: 'T he question is not, Can they reason?' nor Can they walk? but, Can they suffer?'.¹⁵

Een interessante gedachte. Wat zou dat betekenen voor mensenrechten wanneer deze aanzet in alle consequenties wordt doordacht? Niet meer de menselijke waardigheid of redelijkheid vormt het uitgangspunt voor de distributie van rechten, maar het vermogen tot lijden. Betekent het dat we over vijftig jaar een 'Universele Verklaring van de Levende Wezens' zullen hebben? Voorvechters van de *Animal Liberation* menen dat dit onvermijdelijk is. Natuurlijk, we zijn nú nog verblind. In de tijd van Homerus erkende men slaven nog niet als mensen en daarmee als waardig voor het regiem van mensenrechten. Precies zo zien wij misschien dieren nu nog niet als dragers van rechten. We vinden het nog heel gewoon¹⁶ dat voor de slager een houten bord staat met daarop een biggetje met een schort aan dat ons schalks toelacht en er geen bezwaar tegen lijkt te hebben om elk moment tot kotelet te worden verwerkt.¹⁷ We ervaren dat als even natuurlijk als de Grieken slavernij hebben ervaren en Nero zijn tuin liet verlichten met aangestoken christenen. Maar eens zal dat misschien veranderen. De vegetariër George Bernard Shaw merkte op dat hij naar zijn graf zou worden gevolgd door een denkbeeldige stoet van schapen, varkens, kippen en een hele school van vissen die hem een laatste eer zouden komen bewijzen voor het feit dat zij behouden zijn gebleven door zijn vegetarisme.

opnieuw werd uitgegeven, vond het een zekere weerklank. Bentham's *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* dateert van 1780. Vgl. Badinter, Elisabeth, en Badinter, Robert, *Markies de Condorcet, 1743-1794*, Een intellectueel in de politiek, Uitgeverij G.A van Oorschot, Amsterdam 1993 (oorspronkelijk in het Frans, Parijs 1988), p. 128.

15Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, edited by J.H. Burns and H.L.A. Hart, Methuen, London/New York 1982, p. 283 (ch. 17). Dit werk van Bentham werd gedrukt in 1780, maar pas negen jaar later gepubliceerd omdat de schrijver onvolkomenheden had ontdekt. Honderd jaar later, in 1880, merkte Minister Modderman in de Kamer op dat het wel eens zou kunnen zijn dat de stelling dat dieren geen rechten hebben geen andere grond heeft dan het feit dat de vraag 'Wie heeft rechten?' door *mensen* beantwoord werd. Vgl. Verburg, M.E., *Geschiedenis van het Ministerie van Justitie*, Deel I, Sdu, Den Haag 1994, p. 418. In datzelfde jaar 1880 merkte de evolutionist Asa Gray op dat we niet willen erkennen dat mensen van dieren afstammen, omdat zulks zou betekenen dat we dieren ook rechten zouden moeten geven. En dat willen we niet. Vgl. Gray, Asa, *Natural Science and Religion*, Charles Scribner's Sons, New York 1880, p. 103.

16Vgl. John Stuart Mill die wijst op de betekenis van de gewoontevorming voor ons oordeel. Hij stelt dat 'onnatuurlijk over het algemeen alleen maar ongebruikelijk betekent en alles wat gewoon is natuurlijk lijkt'. Mill, John Stuart, *De onderwerping van de vrouw*, Boom, Meppel/Amsterdam 1981 (1869), p. 63.

17Hadden varkens spuitbussen met verf ter beschikking dan zouden zij ongetwijfeld deze borden bekladden als in strijd met de biggelijke waardigheid, zoals groepen menselijke wezens dat doen die zich gediscrimineerd weten in reclame, kunst en andere communicatieve uitingen.

5. Speciesisme als een vorm van discriminatie

Voor het maken van ongerechtvaardigd onderscheid tussen mensen en dieren is in het Engels een speciale term in zwang geraakt: *speciesisme*. Speciesisme, het klinkt nu nog wat vreemd. Maar wat heeft men in de achttiende eeuw niet gelachen om Wollstonecraft met haar rechten voor vrouwen. Heeft men niet altijd gelachen om ideeën die in de wereldgeschiedenis eens nieuw waren? Denk aan de afbeeldingen van vliegende mensen in de cartoons uit de tijd van Newton. Denk aan Darwin die in de kranten uit zijn tijd met apenpoten werd afgebeeld. De afstammingsleer werd pas aanvaard toen er een overvloed aan empirisch materiaal kwam (fossielen). Toen vielen de dames in de zaal flauw wanneer Darwins trouwe missionaris T.H. Huxley uiteenzette hoe het met de afstamming van de mens gesteld was. Zou het een kwestie van tijd zijn? De meeste Engelstalige inleidingen in de ethiek inleidingen behandelen al stevast het onderwerp dierenrechten.¹⁸ Zal dat ook gebeuren met de handboeken over mensenrechten?

Er zijn overigens nog vele problemen die zich bij de dierenrechten aandienen. Het is natuurlijk altijd mogelijk om moeilijke gevallen aan te voeren voor het hier gepresenteerde perspectief. Rechten voor paarden kunnen we ons nog voorstellen. Maar ook rechten voor oesters en garnalen? De Australische filosoof Peter Singer, een van de voormannen van de beweging voor de bevrijding van dieren, zegt dat we bij het beoordelen van deze gevallen telkens het uitgangspunt van Bentham voor de geest moeten houden, dat wil zeggen de vraag of het andere wezen *belangen* heeft. En om belangen te hebben moet het andere wezen in een strikte, niet-metaforische betekenis kunnen *lijden* of *genot* kunnen ervaren.¹⁹ Daarmee zijn natuurlijk niet alle problemen opgelost, maar hebben we die vragen wel tot een bevredigend antwoord kunnen brengen wanneer het gaat om foetussen, comateuze patiënten en andere gevallen waarin een mens leeft, maar toch geen leven heeft?²⁰

18Vgl. Nuttall, Jon, *Moral Questions*, An Introduction to Ethics, Polity Press, Oxford 1993, pp. 178-194; McInerney, Peter K., en Rainbolt, George W., *Ethics*, Harper Perennial, Harper Collins, New York 1994, pp. 203-217; Singer, Peter, *Practical Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1990 (1979), pp. 48-72; Art, Brad, *Ethics and the Good Life*, A Text with Readings, Wadsworth, Belmont, California 1994, pp. 487-513.

19Singer, *Animal Liberation*, p. 171. Vgl. tevens: Ferry, Luc, en Germé, Claudine, *Des Animaux et des hommes*, Anthologie des textes remarquables, écrits sur le sujet, du xve siècle à nos jours, Librairie Générale Française, Parijs 1994 en Ferry, Luc, *Le nouvel ordre écologique*, L'arbre, l'animal en l'homme, Grasset, Parijs 1992.

20Vgl. Waldron, Jeremy, 'The Edges of Life', in: *London Review of Books*, 12 May 1994, pp. 11-13; Williams, Glanville, 'The Fetus and the "Right to Life"', in: *Cambridge Law Journal*, 53(1), March 1994, pp. 71-80; Rachels, James, *The End of Life*, Euthanasia and Morality, Oxford University Press, Oxford etc. 1986, p. 60 e.v.

Zoals gezegd, de geschiedenis over de uitbreiding van het mensenrechtenregime is nog in de maak. Althans juridisch.²¹ Filosofisch is het al aardig doordacht. Hoe lang zal het duren voordat een idee dat intellectueel wordt ontwikkeld ook praktisch enige weerklank vindt? Het verhaal van de mensenrechten in klassieke zin (het eerste verhaal) was af in 1803 met de uitspraak *Marbury vs Madison* van het Amerikaanse Hooggerechtshof, toen voor het eerst een duidelijke intellectuele onderbouwing was gegeven aan de trias: (a) erkenning van hoger recht, (b) codificatie van hoger recht, (c) toetsing aan hoger recht. Toen heeft het nog anderhalve eeuw geduurd voordat in de Europese verhoudingen met de erkenning van het primaat van het verdragsrecht deze zaken zijn geïmplementeerd. Het zal nog zeker een halve eeuw of een eeuw duren, maar het is niet uitgesloten, dat we dan geen Universele Verklaring van de Rechten van de Mens meer zullen hebben, maar verklaringen als een Universele Verklaring van de Rechten van de Levende Wezens of verklaringen over de intrinsieke waarde van de natuur. In die zin is de mensenrechtenidee nog volop in beweging.

Het zal ook een tijd worden van keuzes. Immers we kunnen ook niet alles onder mensenrechten brengen op straffe van inflatie. We zijn de afgelopen jaren bezig geweest met het bedenken van steeds meer rechten voor één en dezelfde categorie wezens: mensen. Een eerste, een tweede en een derde generatie rechten.²² Misschien moeten we gaan denken aan *minder* rechten, maar voor *meer* betrokkenen.

²¹Vgl. voor Nederland: Boon, Dirk, *Nederlands Dierenrecht*, Gouda Quint, Arnhem 1983.

²²Vgl. Huls, N.J.H., (red.), *Grenzen aan mensenrechten*, NJCM-Boekerij, Leiden 1995.

Literatuurlijst

- Abeling, Joris, *Teloorgang en wederopstanding van de Nederlandse monarchie (1848-1898)*, Prometheus, Amsterdam 1996.
- Ackerman, Bruce A., 'Discovering the Constitution', in: *The Yale Law Journal*, Vol. 93 (1984).
- Ackerman, Bruce, *We the People*, 1, Foundations, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England 1991.
- Adler, M.J. 'Human Nature, Nurture, and Culture', in: *Haves without Have-Nots*, MacMillan Publishing Company, New York etc. 1991, pp. 229-249.
- Adler, Mortimer J., *We hold these Truths*, Understanding the Ideas and Ideals of the Constitution, MacMillan/Collier, New York/London 1987.
- Adviescommissie mensenrechten buitenlands beleid, *Collectieve rechten*, Advies nr. 19, Ministerie van Buitenlandse Zaken, Den Haag, zonder jaartal.
- Akkerboom, Broer, 'De boodschap van een ambtenaar. Het gelijk van Van Wijnbergen', in: *Openbaar Bestuur Magazine*, jg. 1, winter 1998, pp. 6-7.
- Alen, A., en Meersschaut, F., 'Het Arbitragehof, (nog steeds) een grondwettelijk Hof in wording. Een commentaar op de bijzondere wet van 6 januari 1989', in: *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, Vol. 44 (1989), Afl. 4 (apr.), pp. 211-232.
- Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1986.
- Alkema, E.A., 'Juridische aspecten van de mensenrechten', in: E.A. Alkema e.a., *Mensenrechten*, Een publicatie van het Nederlands Gesprekcentrum, 1990, pp. 36-48.
- Allen, C.K., *Law in the making*, Clarendon Press, Oxford 1951.
- Allison, Lincoln, 'Rights', in: Lincoln Allison, *Right Principles*, Basil Blackwell, Oxford, 1984, pp. 87-99.
- Alston, Philip, 'A Third Generation of Solidarity Rights: Progressive Development or Obfuscation of International Human Rights Law?', in: *Netherlands International Law Review*, 29 (1982), pp. 307-322.
- Alston, Philip, 'Conjuring up New Human Rights: A Proposal for Quality Control', in: *The American Journal of International Law*, 78 (1984), pp. 607-621.
- Alston, Philip, 'The Universal Declaration at 35: Western and Passé or Alive and Universal', in: *The Review of the International Commission of Jurists*, 31 (1983), pp. 60-71.
- Alvarez, A., *De wrede god*, Een studie over zelfmoord, De Arbeiderspers, Amsterdam 1974 (oorspronkelijke titel: *The savage god*, Weidenfeld and Nicolson, London 1971).
- Anderson, Norman, *Freedom under Law*, Kingsway Publications, Eastbourne 1988.
- Angeren, J.A.M. van, 'Mag de ministeriële verantwoordelijkheid voor het bestuur worden beperkt?', in: *RMThemis*, 1996/10, pp. 367-375.
- Art, Brad, *Ethics and the Good Life*, A Text with Readings, Wadsworth, Belmont, California 1994.

- Badinter, Elisabeth, en Badinter, Robert, *Markies de Condorcet, 1743-1794, Een intellectueel in de politiek*, Uitgeverij G.A van Oorschot, Amsterdam 1993 (oorspronkelijk in het Frans, Parijs 1988).
- Baehr, P.R., 'Hoe universeel zijn mensenrechten', in: *Civis Mundi*, Universaliteit van mensenrechten, 32 (1993), pp. 47-52.
- Baehr, P.R., *De Rechten van de Mens: Een Universeel Aandachtsgebied*, Boom Meppel, Amsterdam 1991.
- Baehr, P.R., *Mensenrechten en Buitenlands Beleid: Verenigbare Grootheden?*, E.J. Brill, Leiden 1986.
- Bailyn, Bernard, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Enlarged Edition, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England 1992 (eerste druk uit 1976).
- Barker, Ernest, 'Blackstone on the British Constitution', in: *Essays on Government*, Clarendon Press, Oxford 1965 (1945), pp. 120-154.
- Barker, Ernest, *The Political Thought of Plato and Aristotle*, Dover Publications, New York 1959 (1918).
- Beard, Charles A., *An Economic Interpretation of the Constitution of The United States*, With a New Introduction, The Macmillan Company, New York 1952 (1913).
- Beld, A. van den, *Filosofie van het menselijk handelen*. Een inleiding, Van Gorcum, Assen 1982.
- Benedict, Ruth, 'Anthropology and the Abnormal', in: *The Journal of General Psychology*, 10 (1934), pp. 59-82.
- Bentham, Jeremy, *A Fragment on Government and an Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Edited with an introduction by Wilfrid Harrison, Basil Blackwell, Oxford 1967.
- Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, edited by J.H. Burns and H.L.A. Hart, Methuen, London/New York 1982.
- Bergbohm, Karl, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig 1892.
- Berger, Raoul, *Government by Judiciary*, The Transformation of the Fourteenth Amendment, Harvard University Press, Cambridge, Mass., London, England 1977.
- Bergh, G. van den, 'Beschouwingen over het toetsingsrecht', in *Nederlands Juristenblad*, 26 mei 1951, pp. 417-425.
- Berlin, Isaiah, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, Oxford etc. 1975 (1969).
- Berman, Harold J., 'Philosophical aspects of American Law', in: *Talks on American Law*, revised edition, Voice of America, Forum Lectures 1972.
- Blackstone, William, *The Sovereignty of the Law*, Selections from Blackstone's *Commentaries on the Laws of England*, Edited with an Introduction by Gareth Jones, MacMillan, London and Basingstoke 1973, p. 29.
- Bloom, Allan, *The Closing of the American Mind*. How Higher Education has Failed Democracy and Impoverished the Sould of Today's Students, Simon and Schuster, New York 1987.
- Bobbio, Norberto, *The Age of Rights*, Polity Press, Blackwell, Cambridge 1996.

- Bobbitt, Philip, *Constitutional Interpretation*, Blackwell, Oxford UK and Cambridge USA 1991.
- Bolkestein, Frits, 'Ambtenaar is boodschapper van de minister', in: *De Volkskrant*, 6 maart 1999.
- Boon, Dirk, *Nederlands Dierenrecht*, Gouda Quint, Arnhem 1983.
- Bordewijk, Paul, 'Multiculturele folklore', in: *Intermediair*, 15 juli 1999.
- Borghouts, H.C.J.L., 'De politie heeft twee ministers nodig', in: *NRC Handelsblad*, 8 juni 1998.
- Bork, Robert H., *Slouching towards Gomorrah*. Modern Liberalism and American Decline, Harper Collins, New York 1996.
- Bork, Robert H., *The Tempting of America*. The Political Seduction of the Law, Sinclair-Stevenson, London 1990.
- Boss, Judith A., *Ethics for Life*. An Interdisciplinary and Multicultural Introduction, Mayfield Publishing Company, Mountain View, California, London, Toronto 1998.
- Brewer-Carías, Allan R., *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1989.
- Briggs, Asa, *Victorian People*, Penguin Books Harmondsworth 1990 (1955).
- Bronner, Ethan, *Battle for Justice*, How the Bork Nomination Shook America, Anchor Books, New York etc. 1989.
- Brown-Wilkinson, Lord, 'The Infiltration of a Bill of Rights', in: *Public Law*, 1992, pp. 397-410.
- Brugman, J., *Het raadsel van de multicultuur*. Essays over islam en integratie, Meulenhoff, Amsterdam 1998.
- Bryce, James, 'Flexible and rigid constitutions', in: *Studies in history and jurisprudence*, Volume I, Scientia Verlag Aalen, Aalen 1980 (Oxford 1901), pp. 145-252.
- Bryce, James, *Modern Democracies*, in two volumes, MacMillan, London 1921.
- Bryce, James, *The American Commonwealth*, Vol. 1, The MacMillan Company 1926 (1893).
- Buijs, J.T., 'Art. 8', in: *De grondwet*. Toelichting en kritiek, Eerste Deel, P. Gouda Quint, Arnhem 1883, pp. 56-62.
- Burgers, Jan Herman, 'De ontstaansgeschiedenis van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens', in: Stephan Parmentier, red., *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, Mys & Breesch, Liga voor mensenrechten 1994, pp. 13-35.
- Burke, Edmund, *Reflections on the revolution in France*, ed. Conor Cruise O'Brien, Penguin Books, Harmondsworth 1982.
- Burke, Edmund, *Traditie en vooruitgang*. Een bloemlezing uit de Reflections on the Revolution in France, samengesteld door J.M.M. de Valk, Kok/Agora, Kampen 1989.
- Cairns, John W., 'Blackstone, An English Institutist: Legal Literature and the Rise of the Nation State', in: *Oxford Journal of Legal Studies*, 4 (1984), pp. 318-360.

- Cappelletti, Mauro & Adams, John Clarke, 'Judicial review of legislation: european antecedents and adaptations', in: *Harvard Law Review*, Vol. 79 (1966), pp. 1207-1224.
- Cappelletti, Mauro, *Judicial review in the contemporary world*, The Bobbs-Merrill Company, inc., Indianapolis 1971.
- Chesterton, G.K., *Autobiography*, Fischer Press, Sevenoakes, Kent 1992 (1937).
- Chesterton, G.K., *Orthodoxy*, Third edition, John Lane, London New York z.j.
- Civis Mundi*, Universaliteit van mensenrechten, 32, nr. 2 (1993).
- Clinton, 'Precedent as Mythology: A Reinterpretation of Marbury v. Madison', in: *The American Journal of Jurisprudence*, 1990, pp. 55-86.
- Cliteur, P.B., 'Amerikaans realisme', in: P.B. Cliteur, B.C. Labuschagne, C.E. Smith, red., *Rechtsfilosofische stromingen van de twintigste eeuw*, Gouda Quint, Arnhem 1997, pp. 41-109.
- Cliteur, P.B., 'Drie modellen van constitutioneel denken', in: *Tijdschrift voor bestuurswetenschappen en publiekrecht*, 49e jrg., nr. 9, 1994, pp. 571-578.
- Cliteur, P.B., 'The American conservatives, Edmund Burke and natural law', in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Vol. 1988 LXXIV/H eft 4, 4. Quartal, pp. 452-460.
- Cliteur, P.B., 'Traditionalism, Democracy, and Judicial Review', in: B. van Roermund, ed., *Constitutional Review, Verfassungsgerichtbarkeit, Constitutionele toetsing* Kluwer/W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer/Zwolle 1993, pp. 55-77.
- Cliteur, P.B., 'Dieu, la morale et les droits de l'homme', in: *Espace*, Magazine du Centre d'Action Laïque, Novembre 1998, pp. 6-7.
- Cliteur, P.B., 'What Developments Can We Expect in the Field of Human Rights for the Coming Decades?', in: *Rechtstheorie*, 27. Band 1996, heft 2, pp. 177-187.
- Cliteur, P.B., 'What is the Task of the State in Upholding Values in a Pluralistic Society?', in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Vol. 83, 1997, 327-337.
- Cliteur, P.B., *Conservatisme en cultuurrecht*, Over de fundering van recht in rechtsbeginselen, (diss.), Drukkerij Cliteur, Amsterdam 1989.
- Cliteur, P.B., G.J.J. Heerma van Voss, H.M.T. Holtmaat, A.H.J. Schmidt, red., *Sociale cohesie en het recht*, Koninklijke Vermande / E.M. Meijers Instituut, Leiden 1998.
- Coleman, Francis X.J., *Neither Angel nor Beast*, The Life and Work of Blaise Pascal, Routledge & Kegan Paul, New York and London 1986.
- Coleman, Samuel, 'Is there reason in tradition?', in: *Politics and Experience*, Essays presented to Professor Michael Oakeshott on the occasion of his retirement, Edited by Preston King and B.C. Parekh, Cambridge University Press, Cambridge 1968.
- Commager, Henry Steel, 'Judicial Review and Democracy', in: *Virginia Quarterly Review*, 19 (Summer 1943), pp. 417-428.
- Constant, Benjamin, *De la Liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*. Discours prononcé à l'Académie royale de Paris en 1819, in: Benjamin Constant, *Écrits politiques*. Textes choisis présentés et annotés par Marcel Gauchet, Gallimard, Paris 1997, pp. 591-619.

- Constant, Benjamin, *Mélanges de littérature et de politique* (1829), in: Benjamin Constant, *Écrits politiques*. Textes choisis présentées et annotés par Marcel Gauchet, Gallimard, Paris 1997, pp. 623-852.
- Constant, Benjamin, *Principes de politique*, in: *Oeuvres*. Texte présenté et annoté par Alfred Roulin, Editions Gallimard, Paris 1957, pp. 1065-1215.
- Cooper, David L., *Ethics*. The Classic Readings, Blackwell, Oxford 1998.
- Corstens, C.J.M., 'Democratie, minister van Justitie en Openbaar Ministerie', in: *Trema*, juni 1997, pp. 223-224.
- Corwin, Edward S., *The 'Higher Law' background of American constitutional law*, Great Seal Books, Cornell University Press, Ithaca, New York 1955.
- Couwenberg, S.W., 'Van oude en nieuwe beschavingsconflicten', in: *Liberaal Reveil*, 1996.
- Couwenberg, S.W., 'Multi-etnisch samenleven moet geen dogma zijn', in: *De Volkskrant*, 23 augustus 1999.
- Couwenberg, S.W., 'Wij zijn anders! Identiteitsstrijd als constante in het beschavingsproces', in: *Civis Mundi*, oktober 1998, nr. 4., pp. 163-171.
- Couwenberg, S.W., *Gezag en vrijheid*, Inleiding in de constitutionele rechts- en ontwikkelingstheorie, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1991.
- Cranston, Maurice, 'Human Rights, Real and Supposed', in: D.D. Raphael, ed., *Political Theory and The Rights of Man*, MacMillan, London etc., 1967, pp. 43-54.
- Crozier, J.B., 'Legal Realism and a Science of Law', in: *The American Journal of Jurisprudence*, 29 (1984), pp. 151-167.
- D'Amato, Anthony, en Chopra, Sudhir, 'Whales: Their Emerging Right to Life', in: *American Journal of International Law*, 85 (1991), pp. 21-62.
- Denenberg, R.V., *Understanding American Politics*, Third Edition, Fontana Press, Harper Collins, London 1992.
- Dicey, A.V., *An Introduction to the law of the constitution*, tenth edition, with introduction by E.C.S. Wade, Macmillan Education, London 1987 (1885).
- Dickens, Charles, 'The Noble Savage', in: *Household Words*, 11 June 1853, ook in: John Carey, ed., *The Faber Book of Utopias*, Faber & Faber, London 1999, pp. 239-245.
- Donnelly, Jack, 'Cultural Relativism and Universal Human Rights', in: *Human Rights Quarterly*, 6 (1984), pp. 400-419.
- Donnelly, Jack, 'Human Rights and Human Dignity: An Analytic Critique of Non-Western Conceptions of Humans Rights', in: *American Political Science Review*, 76 (1982), pp. 303-316.
- Donner, A.M., 'Verantwoordelijkheid', in: *RMT hemis*, 1987, pp. 365-368.
- Duyvendak, Willem, 'De toekomst van multicultureel Nederland. Wat staat er naast de Toren van Babel en de Bibelebontse berg?', in: *Rekening*, maart 1999, pp. 38-50.
- Dworkin, Ronald A., 'Natural Law Revisited', in: *University of Florida Law Review*, Winter 1982, Volume XXXIV, Number 2, pp. 165-188.

- Dworkin, Ronald, 'Rights as Trumps', in: Jeremy Waldron, ed., *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1992 (1984), pp. 153-168.
- Dworkin, Ronald, 'The Moral Reading of the Constitution', in: *The New York Review of Books*, 21 maart 1996, pp. 46-51.
- Dworkin, Ronald, *A Bill of Rights for Britain*, Chatto & Windus, London 1990.
- Dworkin, Ronald, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge Mass 1996.
- Eagleton, Terry, *The Illusions of Postmodernism*, Blackwell, Oxford 1996.
- Ellin, Joseph, *Morality and the Meaning of Life. An Introduction to Ethical Theory*, Harcourt College Publishers, Fort Worth, Philadelphia etc. 1995.
- Elster, J., en Slagstad, R., eds., *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, New York 1988.
- Elzinga, D.J., 'Leven en werk van Hugo Krabbe (1857-1936)', in: D.J. Elzinga, *De staat van het recht. Opstellen over staatsrecht en politiek*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1990, pp. 55-74.
- Etzioni, Amitai, *The Spirit of Community. The Reinvention of American Society*, A Touchstone Book, Simon & Schuster 1993.
- Federalist papers*, James Madison, Alexander Hamilton en John Jay, edited by Isaac Kramnick, Penguin Books, Harmondsworth 1987, No. 78.
- Feinberg, Joel, *Freedom and Fulfillment*, Philosophical Essays, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1992.
- Ferry, Luc, en Germé, Claudine, *Des Animaux et des hommes*, Anthologie des textes remarquables, écrits sur le sujet, du xve siècle à nos jours, Librairie Générale Française, Parijs 1994.
- Ferry, Luc, *Le nouvel ordre écologique*, L'arbre, l'animal en l'homme, Grasset, Parijs 1992.
- Finer, S.E., *The History of Government*, I/II/III, Oxford University Press, Oxford New York 1997/1999.
- Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980.
- Flew, Anthony, 'Freedom is Slavery', in: A. Phillips Griffiths, ed., *Of Liberty*, Royal Institute of Philosophy Lecture Series, Cambridge, 1983.
- Flückiger, Felix, *Geschichte des Naturrechtes*, Erster Band, Alterthum und Frühmittelalter, Evangelischer Verlag A.G., Zollikon-Zürich 1954.
- Fokker, E., 'Welke is de aard der rechtsverhouding van den Staat tot zijn ambtenaren; moet zij wettelijk worden geregeld; en zoo ja, hoe in hoofdzaak?', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, 1897, 28ste jg., I, F.J. Belinfante, 's-Gravenhage 1897, pp. 136-255.
- Forbes, Duncan, *Hume's Philosophical Politics*, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1975.
- Frank, Jerome, *Courts on Trial*, Myth and Reality in American Justice, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1973 (1949).
- Freeden, Michael, *Rights*, University of Minnesota Press, Minneapolis 1991.
- Fried, Charles, 'The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know', 60 *Texas Law Review*, 31 (1981).
- Fried, Charles, *Order and Law*, Arguing the Reagan Revolution - A Firsthand Account, Simon & Schuster, New York etc. 1991.

- Friedmann, Lawrence M., *American Law*, W.W. Norton & Company, New York and London 1984.
- Fukuyama, Francis, 'The End of History?', in: *The National Interest*, Summer 1989.
- Fukuyama, Francis, *The End of History and the Last Man*, The Free Press/Macmillan, New York 1992.
- Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven and London, 1978 (1964).
- Galenkamp, Marlies, 'Van Anon-discriminatie naar Eigen identiteit. Trends in het multiculturalisme-debat', in: *Beleid & Maatschappij*, 1998/ 1, pp. 40-50.
- Gellner, Ernest, *Postmodernism, Reason, and Religion*, Routledge, London and New York 1992.
- Giese, Bernhard, *Das Würde-Konzept*, Duncker & Humblot, Berlin 1975.
- Gould, James A., ed., *Classic Philosophical Questions*, Seventh Edition, MacMillan Publishing Company, New York 1992, pp. 95-101.
- Gould, Stephen Jay, *Ever Since Darwin*, Reflections in Natural History, Penguin Books, Harmondsworth 1980 (1978).
- Gowricharn, Ruben, 'Nogmaals: het miskende pluralisme', in: *Rekenschap*, maart 1999, pp. 47-50, p. 50.
- Gray, Asa, *Natural Science and Religion*, Charles Scribner's Sons, New York 1880.
- Griffith, J.A.G., 'The Political Constitution', in: *The Modern Law Review*, Vol. 42, No. 1, 1979, pp. 1-21.
- Groenveld, K., red., *Proliferatie van rechten*, Geschrift van de Prof. mr. B.M. Teldersstichting, Den Haag 1996.
- Gruppelaar, Jaap, en Wils, Jean-Pierre, red., *Multiculturalisme*, Cekun/Damon, Best 1998.
- Guthrie, W.K.C., *The Sophists*, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1971, pp. 55-135.
- Haag, Ernest van den, *Punishing Criminals. Concerning a Very Old and Painful Question*, Basic Books, Inc., Publishers, New York 1975.
- Haersolte, R.A.V. van, 'Toetsing naar de wijze van de Hoofdige Boer', in: P.B. Cliteur, *Constitutionele toetsing*, Met commentaar van R.A.V. van Haersolte, J.M. Polak en T. Zwart, Prof. mr. B.M. Teldersstichting, Den Haag 1991.
- Hailsham, Lord, *The Dilemma of Democracy*, Diagnosis and Prescription, Collins, London 1978.
- Haines, Charles Grove, *The Revival of Natural Law Concepts*, Russell & Russell Inc., New York 1965 (1958).
- Halévy, Elie, *The Growth of Philosophic Radicalism*, Faber and Faber, London 1972 (1928).
- Hamel, J.A. van, 'Behoort een verschil tussen wet en grondwet in stand te worden gehouden?', praeadvies NJV, Den Haag 1914.
- Hand, Learned, *The Bill of Rights*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1958.
- Handler, Joel F., 'Postmodernism, Protest, and the New Social Movements', in: *Law & Society Review*, 26 (1992), pp. 697-696.

- Harman, Gilbert, & Thomson, Judith, Jarvis, *Moral Relativism and Moral Objectivity*, Blackwell, Cambridge (Mass), Oxford 1996.
- Hart, A.C. 't, *Strafrecht en beleid, Essays*, Uitgeverij Acco, Leuven 1983.
- Hart, H.L.A., 'Between Utility and Rights' in: *Columbia Law Review*, 79 (1979), hier aangehaald in: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983.
- Hart, H.L.A., 'Positivism and the Separation of Law and Morals', in: *Harvard Law Review*, 71 (1958), hier aangehaald in: H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, pp. 49-87.
- Hart, H.L.A., *Essays on Bentham*, Jurisprudence and political theory, Clarendon Press, Oxford 1982.
- Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford 1961.
- Hart, P. 't, & Rosenthal, U., 'Politiek-ambtelijke spelregels zijn nodig', in: *NRC Handelsblad*, 5 november 1998.
- Hartfiel, Günther, & Hillmann, Karl-Heinz, *Wörterbuch der Soziologie*, Dritte Auflage, Alfred Kröner Verlag, Stuttgart 1972.
- Hayek, F.A., 'Justice and Individual Rights', in: F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Routledge and Kegan Paul, London etc., 1982.
- Hayek, F.A., *Law, Legislation and Liberty*, Routledge and Kegan Paul, London etc. 1982.
- Hayek, F.A., *The Constitution of Liberty*, Routledge and Kegan Paul, London and Henley 1976 (1960).
- Heffner, Richard D., *A Documentary History of the United States*, Fifth edition, Mentor Books, New York 1991 (1952).
- Herwijnen, H.F. van, 'John Marshall en de eenwording van de Verenigde Staten', in: *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, okt./nov 1992, pp. 760-771.
- Himmelfarb, Gertrud, *Marriage and Morals among the Victorians*, Vintage Books, New York 1987.
- Hirschman, Albert O., *The Rhetoric of Reaction*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge etc. 1991.
- Hobbes, Thomas, *Leviathan*, Edited by Richard Tuck, Cambridge University Press, Cambridge 1996 (1651), p. 127 (ch. xviii).
- Hobbes, Thomas, *Leviathan*, vertaling en aantekeningen W.E. Krul; inleiding en bibliografie van B.A.G.M. Tromp, Boom, Meppel/Amsterdam 1985.
- Hofman, J.A., Sap, J.W., Sewandono, I., *Grondrechten in evenwicht*, Kluwer, Deventer 1995.
- Hofstadter, Richard, *The American Political Tradition*, And the men who made it, with a foreword by Christopher Lasch, Vintage Books, New York 1976 (1948).
- Hol, A.M., 'Jeremy Bentham (1748-1832)', in: P.B. Cliteur, A.A.M. Kinneging, G.A. van der List, red., *Filosofen van het klassieke liberalisme*, Kok Agora, Kampen 1993, pp. 149-167.
- Holmes, Stephen, 'Precommitment and the Paradox of Democracy', in: J. Elster & R. Slagstad, eds., *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, New York 1988, pp. 103-131.

- Holmes, Stephen, *Benjamin Constant and the Making of Modern Liberalism*, Yale University Press, New Haven and London 1984.
- Holmes, Stephen, *Passions & Constraint*. On the Theory of Liberal Democracy, The University of Chicago Press, Chicago and London, pp. 134-177.
- Honoré, Tony, *About Law*, Clarendon Press, Oxford 1995.
- Horst, Th.A.M. van der, *Ambtenaar en grondrechten*, N. Samsom N.V., Alphen aan den Rijn 1967.
- Hospers, John, *An Introduction to Philosophical Analysis*, Second Edition, Routledge, London 1967 (1956), pp. 1-67.
- Huls, N.J.H., red., *Grenzen aan mensenrechten*, NJCM-Boekerij, Leiden 1995.
- Huntington, Samuel P., *The Clash of Civilization and the Remaking of World Order*, Simon & Schuster, New York 1996.
- Huntington, Samuel, 'The Clash of Civilizations?', in: *Foreign Affairs*, Summer 1993, pp. 22-49.
- Hutchinson, Allan C., 'Doing the Right Thing? Toward a Postmodern Politics', in: *Law & Society Review*, Vol. 26, No. 4, 1992, pp. 773-787.
- Ignatieff, Michael, *Isaiah Berlin. A Life*, Chatto & Windus, London 1998.
- Jackson, Robert H., *The Supreme Court in the American System of Government*, Harvard University Press, Cambridge 1967.
- Jacobs, Frans, 'Das Paradigma der praktischen Unvernunft', in: Robert Alexy en Ralf Dreier, Hrsg., *Rechtssystem und praktische Vernunft*, ARSP-Beiheft, Franz Steiner Verlag, Stuttgart 1993, pp. 151-153.
- Kairys, David, ed., *The Politics of Law*, A progressive critique, Pantheon Books, New York 1990 (1982).
- Kammen, Michael, *A Machine that would go of itself*, The Constitution in American Culture, Vintage Books, New York 1987.
- Kamphuisen, P.W., *De beteekenis van het vorstelijk huwelijk voor ons staatsbestel*, in: P.W. Kamphuisen, *Verzameld Werk*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1963, pp. 20-25.
- Kamphuisen, P.W., *Koningen en minister*. Een staatsrechtelijke studie, Dekker & Van de Vecht, z.p. 1935.
- Kant, Immanuel, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?*, in: *Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik*, 1, Hrsg. W. Weischedel, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1981.
- Kaufman, Arnold S., 'Responsibility, moral and legal', in: Edwards, Paul, ed., *The Encyclopedia of Philosophy*, Vol. VII, MacMillan & The Free Press, New York, London 1967, pp. 183-188.
- Kaufmann, Walter, Nietzsche, Fourth edition, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1974 (1950).
- Kekes, John, *The Morality of Pluralism*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1993.
- Kelley, Alfred H., Harbinson, Winfred A., and Belz, Herman, *The American Constitution, Its Origins and Development*, Volume 1, Seventh Edition, W.W. Norton & Company, New York/London 1991 (1965).
- Kelly, J.M., *A Short History of Western Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992.

- Kelman, Mark, *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. etc. 1987.
- Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2e druk, Verlag Franz Deuticke, Wien 1960.
- Kelsen, Hans, *Was ist Gerechtigkeit?*, Zweite Auflage, Franz Deuticke, Wien 1975.
- Kinney, Andreas A.M., *Aristocracy, Antiquity & History*. Classicism in Political Thought, Transaction Publishers, New Brunswick and London 1997.
- Kinney, Andreas, 'Ex qua viri boni nominantur', in: *Ars Aequi*, jg. 47, September 1998, pp. 750-756.
- Kirk, Russell, *The Conservative Constitution*, Regnery Gateway, Washington, D.C. 1990.
- Kleintjes, P., 'Behoort een verschil tussen wet en grondwet in stand te worden gehouden?', praeadvies NJV 1914, Den Haag 1914.
- Klerk, Y.S., en Poelgeest, L. van, 'Ratificatie à contre coeur: de reserves van de Nederlandse regering jegens het Europees verdrag voor de Rechten van de Mens en het individueel klachtrecht', in: *RM Themis*, 5(1991) mei, pp. 220-246.
- Kockelmans, 'What is phenomenology?', in: *Phenomenology*. The Philosophy of Edmund Husserl and Its Interpretation, Anchor Books, New York 1967, pp. 24-37.
- Koelewijn, Jannetje, 'Sweder van Wijnbergen een excellente lastpak. Secretaris-generaal op EZ hecht aan recht op kritiek', in: *NRC Handelsblad*, 9 november 1998.
- Kooijmans, P.H., 'Human Rights - Universal Panacea?', in: *Netherlands International Law Review*, 37 (1990), pp. 315-329.
- Kortmann, C.A.J.M., 'De ambtenaar en de politiek I', in: *RM Themis*, nr. 5, 1999, pp. 163-165.
- Kortmann, C.A.J.M., 'Ministeriële verantwoordelijkheid', in: *RM Themis*, 1996/7, pp. 243-244.
- Krabbe, H., 'De heerschappij der grondwet', in: *De Gids*, 1906, 4e deel, pp. 371-407.
- Krabbe, H., 'Welke is de aard der rechtsverhouding van den Staat tot zijn ambtenaren; moet zij wettelijk worden geregeld; en zoo ja, hoe in hoofdzaak?', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, 1897, 28ste jg., I, F.J. Belinfante, 's-Gravenhage 1897, pp. 63-102.
- Krabbe, H., *Ongezonde lectuur*, J.B. Wolters, Groningen 1913.
- Krey, Volker, *Keine Strafe ohne Gesetz*, Einführung in die Dogmengeschichte des Satzes 'nullum crimen, nulla poena sine lege', Walter de Gruyter, Berlin New York 1983.
- Kristol, Irving, 'The adversary culture of intellectuals', in: *Encounter*, October 1979, ook in: *Reflections of a neoconservative*, Looking back, looking ahead, Basic Books, New York 1983.
- Kronman, Anthony T., 'Precedent and Tradition', in: *The Yale Law Journal*, Vol. 99, 1990, pp. 1029-1068.
- Kronman, Anthony, 'Alexander Bickel's Philosophy of Prudence', 94 *Yale Law Journal*, 1567 (1985).
- Kymlicka, W., ed., *The Rights of Minority Cultures*, Oxford University Press, Oxford 1995.

- Labuschagne, B.C., 'Het natuurrecht. Op zoek naar bovenpositief recht', in: P.B. Cliteur, B.C. Labuschagne, C.E. Smith, red., *Rechtsfilosofische stromingen van de twintigste eeuw*, Gouda Quint, Arnhem 1997, pp. 149-197.
- Lasch, Christopher, *The Culture of Narcissism. American Life in An Age of Diminishing Expectations*, Warner Books, New York 1979.
- Lecky, W.E.H., *History of European Morals from Augustus to Charlemagne*, I, Longmans, London 1869.
- Lemaire, Ton, *Over de waarde van kulturen*, Een inleiding in de kultuurfilosofie, Ambo, Baarn 1976.
- Leopold, Aldo, 'The Land Ethic', in: Pierce, Christine, en VanDeVeer, Donald, *People, Penguins, and Plastic Trees*, Basic Issues in Environmental Ethics, Second Edition, Wadsworth Publishing Company, Belmont etc. 1995.
- Lester, Anthony, 'Fundamental Rights: The United Kingdom Isolated?', in: *Public Law*, 1984, pp. 46-72.
- Lijphart, Arendt, *Democracies*, Yale University Press, New Haven and London 1984, pp. 187-197.
- Lippincott, Benjamin Evans, *Victorian Critics of Democracy*, The University of Minnesota Press, Minneapolis 1938.
- List, G.A. van der, *Mensenrechten en buitenlands beleid*, Prof. mr. B.M. Teldersstichting, Den Haag 1988.
- Loof, J.P. en Cliteur, P.B., red., *Mensenrechten, dierenrechten en ecosystemen*, Stichting NJCM-Boekerij 32, Leiden 1997.
- Louter, J. de, 'Interventie NJV 1897', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, 1897, 28ste jg., II, F.J. Belinfante, 's-Gravenhage 1897, pp. 72-80.
- Mackie, J.L., *Ethics. Inventing Right and Wrong*, Penguin Books, Harmondsworth 1977.
- Madison, James, Hamilton, Alexander, and, Jay, John, *The Federalist Papers*, edited by Isaac Kramnick, Penguin Books, Harmondsworth 1987.
- Maine, Henry Sumner, *Popular Government*, Liberty Classics, Indianapolis 1976 (1885).
- Maistre, Joseph de, *Du Pape*, Seconde Édition, J. Casterman, Tournai 1820.
- Maistre, Joseph de, *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques*, M.P. Rusand, imprimeur-libraire, Lyon 1833.
- Marcuse, Herbert, *Eros and Civilization. A Philosophical Inquiry into Freud*, Beacon Press, Boston 1966 (1955).
- Maris, C.W., 'Een natuurlijke historie van de mensenrechten', in: P.B. Cliteur, A. Deelder en M.R. Rutgers, red., *Mensenrechten*, Gouda Quint, Arnhem, pp. 27-77.
- Marks, Stephen P., 'Emerging Human Rights: A New Generation for the 1980s?', in: *Rutgers Law Review*, 33 (1981), pp. 435-452.
- Martin, Michael, *The Legal Philosophy of H.L.A. Hart*, A Critical Appraisal, Temple University Press, Philadelphia 1987.

- Maunz, Theodor, & Zippelius, R., *Deutsches Staatsrecht*, 27e druk, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1988.
- Mauro Cappelletti, *Judicial review in the contemporary world*, The Bobbs-Merrill Company, inc., Indianapolis 1971.
- Mayer, Jane & Abrahamsen, Jill, *Strange Justice*, The Selling of Clarence Thomas, Plume, Penguin Books USA, New York 1994.
- McInerney, Peter K., en Rainbolt, George W., *Ethics*, Harper Perennial, Harper Collins, New York 1994, pp. 203-217.
- Meijer, Martha, red., *Grondrecht en wisselgeld*. Aziatische en westerse visies op de waarde van de rechten van de mens, Greber Uitgever & Distributeur / Humanistisch Overleg Mensenrechten, Utrecht 1998.
- Melling, David J., *Understanding Plato*, Oxford University Press, Oxford/New York 1987.
- Melone, Albert P., and Mace, George, *Judicial Review and American Democracy*, Iowa State University Press/Ames 1988.
- Meuwissen, D.H.M., 'Verantwoording en inleiding', in: E.A. Alkema e.a., *Mensenrechten*, Een publicatie van het Nederlands Gesprekcentrum, 1990, pp. 7-36.
- Midgley, Mary, *Beast and Man*. The Roots of Human Nature, Routledge, London and New York 1995.
- Mill, J.S., *On Liberty*, Penguin Books, Harmondsworth 1977 (1859).
- Mill, John Stuart, *De onderwerping van de vrouw*, Boom, Meppel/Amsterdam 1981 (1869).
- Moore, G.E., *Principia Ethica*, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1982 (1903).
- Morales, Patricia, ed., *Towards global human rights*, International Centre for Human Rights and Public Affairs 1996.
- More, Paul Elmer, *Hellenistic Philosophies*, Volume II van The Greek Tradition, Princeton University Press, Princeton 1923.
- Morsink, Johannes, 'The Philosophy of the Universal Declaration', in: *Human Rights Quarterly*, 6 (1984), pp. 309-334.
- Mount, Ferdinand, *The British Constitution Now*, Recovery or Decline?, Heinemann, London 1992.
- Mulisch, Harry, *Het seksuele bolwerk*, De Bezige Bij, Amsterdam 1973.
- Murray, Gilbert, *Stoic, Christian and Humanist*, C.A. Watts & Co. LTD, George Allen & Unwin, London 1946 (1940).
- Nickel, James, W., *Making Sense of Human Rights*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1987.
- Nielsen, Kai, 'Scepticism and Human Rights', in: *Monist*, 52 (1968), pp. 573-594.
- Nietzsche, Friedrich, *Werke IV*, Aus dem Nachlass der Achtzigerjahre, Briefe (1861-1889), Herausgegeben von Karl Schlechta, Ullstein, Frankfurt am Main, Berlin, Wien 1969.
- Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, New York, 1974.
- Nussbaum, Martha C., *Cultivating Humanity*. A Classical Defense of Reform in Liberal Education, Harvard University Press, Cambridge (Mass), London 1997.
- Nuttall, Jon, *Moral Questions*, An Introduction to Ethics, Polity Press, Oxford 1993, pp. 178-194.

- O'Fallon, James, M., 'Marbury', in: *Stanford Law Review*, Vol. 44, 1992, pp. 219-260.
- Outka, Gene, and Reeder, John P., jr., eds., *Prospects for a Common Morality*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1993.
- Paine, Thomas, *Rechten van de mens*, Bloemlezing, samengesteld en ingeleid door G.A. van der List, Kok/Agora en Pelckmans, Kampen en Kapellen 1992.
- Pennders, Anina, 'Het ministerie van Justitie heeft dringend topjuristen nodig. Mr. Geelhoed (SG Algemene Zaken): Overheid moet niet bang zijn voor elitevorming', in: *Mr.*, september 1998, pp. 49-53.
- Perry, Lewis, *Intellectual Life in America, A History*, Asain Books, New Delhi 1984.
- Piechowiak, Marek, 'Human Rights: How to understand them?', in: Patricia Morales, ed., *Towards global human rights*, International Centre for Human and Public Affairs, Tilburg 1996.
- Podhoretz, Norman, *The bloody crossroads. Where literature and politics meet*, Simon and Schuster, New York 1986.
- Pojman, Louis P., *Ethics. Discovering Right and Wrong*, Second Edition, Wadsworth, Belmont, California 1995.
- Polak, M.V., *Schets van het Amerikaanse Uniestaatsrecht*, tweede gewijzigde druk, Universitaire Pers Leiden, Leiden 1951.
- Pollis, Adamantia, en Schwab, Peter, *Human Rights, Cultural and Ideological Perspectives*, Praeger Publishers, Praeger Special Studies, New York etc. 1980.
- Posner, Richard A., *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England 1990.
- Postema, Gerald J., *Bentham and the common law tradition*, Clarendon Press, Oxford 1989 (1986).
- Pound, Roscoe, 'Natural natural law and positive natural law', in: *Natural Law Forum*, Volume 5 (1960), pp. 70-82.
- Pound, Roscoe, *Social control through law*, Archon Books 1986.
- Prakke, Lucas, *Toetsing in het publiekrecht*, Van Gorcum & Comp. N.V., Assen 1972.
- Price, Richard, *Political Writings*, edited by D.O. Thomas, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1991, pp. 176-197.
- Pritchett, C. Herman, 'Constitutional Law', in: *International Encyclopedia of the Social Sciences*, David L. Sills, editor, The Macmillan Company & The Free Press, London 1968, pp. 295-300.
- Rachels, James, *Can Ethics Provide Answers? And Other Essays in Moral Philosophy*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc. Lanham, Boulder, New York, London 1997.
- Rachels, James, *The Elements of Moral Philosophy*, second edition, McGraw-Hill Inc., New York etc. 1993.
- Rachels, James, *The End of Life*, Oxford University Press, Oxford etc. 1986.
- Rachels, James, *The Right Thing To Do. Basic Readings in Moral Philosophy*, McGraw-Hill, New York etc. 1989, pp. 49-51.

- Radbruch, *Rechtsphilosophie*, herausgegeben von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider, K.F. Koehler Verlag, Stuttgart, 1973.
- Rawls, John, 'Justice as Fairness: Political not Metaphysical', in: *Philosophy and Public Affairs*, 14 (1985).
- Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, Oxford etc., 1972.
- Reck, Andrew, 'The Enlightenment in American Law I: The Declaration of Independence', in: *The Review of Metaphysics*, 1991, 44, pp. 549-573.
- Reck, Andrew, 'The Enlightenment in American Law II: The Constitution', in: *The Review of Metaphysics*, 1991 (44), pp. 729-754.
- Reck, Andrew, 'The Enlightenment in American Law III: The Bill of Rights', in: *The Review of Metaphysics*, (45), 1991, pp. 57-89.
- Regan, Tom, 'Does environmental ethics rest on a mistake?', in: *The Monist*, 1992, pp. 161-182.
- Renteln, Alison, Dundes, *International Human Rights*, Universalism versus Relativism, Sage Publications, London New Delhi.
- Ritzen, Jo, *De Minister. Een handboek*, Bert Bakker, Amsterdam 1998.
- Rodell, Fred, *Nine Men*, A Political History of the Supreme Court from 1790 to 1955, Random House, New York 1955.
- Romein, 'Het Algemeen Menselijk Patroon', Ontstaan, belang en draagkracht van historische theorieën (1955), in: *Historische lijnen en patronen*, pp. 491-511.
- Romein, Jan, 'De Europese geschiedenis als afwijking van het Algemeen Menselijk Patroon' (1952), in: *Historische lijnen en patronen*, een keuze uit de essays, E.M. Querido's Uitgeverij BV, Amsterdam 1976, pp. 417-446 (voor het eerst gepubliceerd in: *In de ban van Prambanan*, 1954).
- Rood, M.G., 'Over grondrechten in dienstbetrekking en hun grenzen', in: P.B. Cliteur en A.P.M.J. Vonken, red., *Doorwerking van mensenrechten*, Wolters-Noordhoff, Groningen 1993, pp. 125-141.
- Rorty, Richard, 'The priority of democracy to philosophy', in: Richard Rorty, *Objectivism, Relativism, and Truth*, Philosophical Papers, Vol. 1, Cambridge University Press, Cambridge, New York etc 1991, pp. 175-197.
- Rorty, Richard, *Contingency, irony, and solidarity*, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1989.
- Rorty, Richard, *Philosophy and Social Hope*, Penguin Books, Harmondsworth 1999.
- Rosenstand, Nina, *The Moral of the Story*. An Introduction to Ethics, Second Edition, Mayfield Publishing Company, Mountain View, London, Toronto 1997.
- Rosenthal, U., 'Een politicus met gezag hoeft dat niet steeds te bevestigen', in: *De Volkskrant*, 26 november 1998.
- Rostow, Eugene V., 'The democratic character of judicial review', in: *Harvard Law Review*, Vol. 66, 1952/2, pp. 193-224.
- Rousseau, Jean-Jacques, *Du contrat social*, in: *Oeuvres complètes*, Pléiade, Gallimard, Paris 1964.
- Ryan, Alan, 'The British, the Americans, and rights', in: Michael J. Lacey en Knud Haaksonsen, eds., *Woodrow Wilson International Center for Scholars and Cambridge University Press*, Cambridge etc., 1991, pp. 366-440.

- Sap, John W., *Decency versus Justice*. The Call for Morality in The Netherlands, Van Gorcum, Assen 1997.
- Savage, David, *Turning Right*, The Making of the Rehnquist Supreme Court, John Wiley & Sons, Inc., New York etc. 1992.
- Savigny, Friedrich Carl von, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Dritte Auflage, Verlag von J.C.B. Mohr, Heidelberg 1840.
- Savornin Lohman, A.F. de, 'Interventie NJV 1897', in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, 1897, 28ste jg., II, F.J. Belinfante, 's-Gravenhage 1897, pp. 42-52.
- Scarmán, Leslie, *English Law - The New Dimension*, Stevens & Sons, London 1974.
- Scheltema, M., 'Wie stelt de wet: de wetgever of de rechter?', in: Dijk, P. van, red., *De relatie tussen wetgever en rechter in een tijd van rechterlijk activisme*, Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, Noord-Hollandsche, Amsterdam 1989, pp. 85-94.
- Schiller, F.C.S., 'The Humanism of Protagoras', in: *Mind*, 20 (1911), pp. 181-196.
- Schlesinger, Arthur, Jr., *The Disuniting of America*. Reflections on a Multicultural Society, Revised and Enlarged Edition, W.W. Norton & Company, New York London 1998.
- Schmid, A.P., 'Daders van grove schendingen van mensenrechten', in: P.B. Cliteur, A. Deelder, M.R. Rutgers, red., *Mensenrechten*, Gouda Quint, Arnhem 1992, pp. 87-109.
- Schuyt, K., *Sociale cohesie en sociaal beleid*. Drie publiekscolleges in De Balie door Kees Schuyt met discussieverslagen door Jannetje Koelewijn, De Balie, Amsterdam 1997.
- Schwartz, Louis B., 'With Gun and Camera Through Darkest CLS-Land', in: *Stanford Law Review*, Vol. 36, January 1984, pp. 423-464.
- Schweiker, William, *Responsibility & Christian Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge, New York 1999 (1995), pp. 55-78.
- Scruton, Roger, *An Intelligent Person's Guide to Modern Culture*, Duckworth, London 1998.
- Searle, John R., 'Rationality and Realism, What is at stake?', in: *Daedalus*, Journal of the American Academy of Arts and Sciences, Fall 1993, Vol. 122, nr. 4, pp. 55-83.
- Shils, Edward, *Tradition*, Faber and Faber, London and Boston 1981.
- Simmel, Georg, *Een keuze uit het werk van Georg Simmel*, Van Loghum Slaterus, Deventer 1976, pp. 242-328.
- Simmonds, N.E., 'Law as a Rational Science', in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 66 (1980), pp. 535-556.
- Simmonds, N.E., *The Decline of Juridical Reason*, Doctrine and Theory in the Legal Order, Manchester University Press, Manchester, 1984.
- Singer, Joseph William, 'The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory', in: *The Yale Law Journal*, 94 (1984), pp. 1-70.
- Singer, Peter, *Animal Liberation*, Second Edition, Jonathan Cape, London 1990.
- Singer, Peter, *Practical Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1990 (1979).

- Sorgdrager, W., 'Voordracht van de minister van Justitie ter opening van het RAI O-congres AD e eerbied aardig? Een bezinning op de positie van de rechter en de officier van Justitie', Noordwijkerhout, 3 april 1996, onder de titel 'Minister van Justitie volledig bevoegd over openbaar ministerie' gepubliceerd in: *Staats-courant*, 4 april 1996, nr. 68, p. 6 en ten dele ook in: *NJB*, 19 april 1996, pp. 620-621.
- Stace, W.T., *A Critical History of Greek Philosophy*, MacMillan & Co LTD, London New York 1960 (eerste druk 1920).
- Stace, W.T., *The Concept of Morals*, MacMillan, London 1937.
- Stam, J.J., 'Ambtenaar mag zeggen wat hij wil', *NRC Handelsblad*, 21 oktober 1998.
- Statement on Human Rights, in: *American Anthropologist*, 49 (1947), pp. 539-43.
- Steiner, Henry J., Alston, Philip, *International Human Rights in Context*, Law, Politics, Morals, Text and Materials, Clarendon Press, Oxford 1996.
- Struycken, A.A.H., '37. Het karakter der grondrechten', in: *Het staatsrecht van het Koninkrijk der Nederlanden*, Eerste Deel, S. Gouda Quint, Arnhem 1915, pp. 150-155.
- Struycken, A.A.H., *De Grondwet. Haar karakter, haar waarde*, Gouda Quint, Arnhem 1914.
- Struycken, A.A.H., *Recht en gezag*, S. Gouda Quint, Arnhem 1916.
- Talmon, J.L., *The origins of totalitarian democracy*, Penguin Books, Harmondsworth 1986 (1952).
- Taylor, Charles, 'The Politics of Recognition', in: Gutman, Amy, ed., *Multiculturalism. Examining the Politics of Recognition*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1994, pp. 25-75.
- Taylor, Richard, 'Law and Morality', in: *New York University Law Review*, Volume 43, Number 4, October 1968, pp. 611-650.
- Taylor, Richard, 'Religion and the Debasement of Goodness', in: John Donnelly, ed., *Reflective Wisdom. Richard Taylor on Issues That Matter*, Prometheus Books, Buffalo, New York 1989, pp. 182-192.
- Taylor, Richard, *Good and Evil*, Prometheus Books, Buffalo, New York 1984.
- Tempelman, Sasja, 'Constructions of Cultural Identity: Multiculturalism and Exclusion', in: *Political Studies*, 1999, pp. 17-31.
- The Rule of Law*, Edited with an introduction by Arthur L. Harding, Southern Methodist University Press, Dallas 1961.
- Thijn, E. van, 'De ambtenaar en de politiek II', in: *RMThemis*, nr. 5, 1999, pp. 165-167.
- Thijn, Ed van, 'Woord vooraf', in: Thijn, Ed van, A link, Fleur, Dijk, Pieter van, e.a., *De Sorry-democratie. Recente politieke affaires en de ministeriële verantwoordelijkheid*, Van Gennep, Amsterdam 1998, pp. 7-8.
- Thijn, Ed van, 'Contempt of Parliament', in: *Openbaar Bestuur Magazine*, jg. 1, winter 1998, pp. 8-9.
- Thijn, Ed van, 'De multiculturele samenleving. Convergentie of divergentie?', in: Bovens, Mark, Pellikaan, H uib, Trappenburg, Margot, red., *Nieuwe tegenstellingen in de Nederlandse politiek*, Beleid en Maatschappij, Jaarboek 1997/98, Boom, Amsterdam 1998.
- Tocqueville, Alexis de, *De la démocratie en Amérique*, I, Gallimard, Paris 1986.

- Vasak, K., 'A 30-Year Struggle: The Sustained Effort to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights', in: *UNESCO Courier*, november 1977.
- Vasak, K., 'Pour une troisième génération des droits de l'homme', in: C. Swinarski, ed., *Etudes et Essais sur le droit internationale humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Martinus Nijhoff, Dordrecht 1984.
- Vattimo, Gianni, *The End of Modernity. Nihilism and Hermeneutics in Post-modern Culture*, Polity Press, Cambridge 1991 (1988).
- Ven, J.J.M. van der, 'Les droits de l'homme: leur universalité en face de la diversité des civilisation', in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 71 (1985), pp. 437-451.
- Verburg, M.E., *Geschiedenis van het Ministerie van Justitie*, Deel I, Sdu, Den Haag 1994.
- Verhulp, E., *Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren*, NV SdU, Den Haag 1996.
- Vincent, R.J., 'Human rights and cultural relativism', in: *Human Rights and International Relations*, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1986, pp. 37-61.
- Voltaire, *Lettres*, Présentées par Gérard Delaisement, Didier, Bruxelles, Paris Montréal 1968.
- Wal, Bauco van der, 'De bizarre woede van een wetenschapper', in: *Management & Bestuur*, april 1999.
- Waldron, Jeremy, 'A Right-Based Critique of Constitutional Rights', in: *Oxford Journal of Legal Studies*, 13 (1993), pp. 18-51.
- Waldron, Jeremy, 'The Edges of Life', in: *London Review of Books*, 12 May 1994, pp. 11-13.
- Waldron, Jeremy, (ed.), *Nonsense upon stilts*, Bentham, Burke and Marx on the rights of man, Methuen, London and New York 1987.
- Waldron, Jeremy, *Liberal Rights*, Collected Papers 1981-1991, Cambridge University Press, Cambridge/New York 1993.
- Walzer, Michael, *Tolerantie*, Ten Have, Schoten 1998.
- Weber, Max, *Politik als Beruf*, Siebente Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1982 (1919).
- Weber, Max, *Staatssoziologie*. Soziologie der rationalen Staatsanstaalt und der modernen politischen Parteien und Parlamente, Mit einer Einführung und Erläuterungen herausgegeben von Johannes Winckelmann, Zweite, durchgesehene und ergänzte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin 1966.
- Weinreb, Lloyd L., 'Natural Law and Rights', in: George, Robert P., ed., *Natural Law Theory*, Clarendon Press, Oxford 1992, pp. 278-309.
- Weinreb, Lloyd L., *Natural Law and Justice*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., London 1987.
- Weitzel, A.W.P., *Maar Majesteit! Koning Willem III en zijn tijd*. De geheime dagboeken van minister A.W.P. Weitzel, bewerkt en ingeleid door Paul van 't Veer, De Arbeiderspers, Amsterdam 1968.
- Westerman, Pauline C., *The Disintegration of Natural Law Theory*. Aquinas to Finnis, Brill, Leiden New York Köln 1997.

- White, A.R., *Rights*, Oxford University Press, Oxford 1984.
- White, G. Edward, *The American Judicial Tradition*, Profiles of Leading American Judges, Expanded Edition, Oxford University Press, New York/Oxford 1988 (1976).
- Wijziging van de Ambtenarenwet 1929 ter zake van de uitoefening van grondrechten. Memorie van toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1985-1986, 19 495, nr. 3, pp. 1-8.
- Wijziging van de Ambtenarenwet 1929 ter zake van de uitoefening van grondrechten, Voorlopig verslag, vastgesteld op 5 december 1986, Tweede Kamer, vergaderjaar 1986-1987, 19 495, nr. 4, pp. 1-9.
- Willet, Cynthia, ed., *Theorising Multiculturalism. A Guide to the Current Debate*, Blackwell, Oxford 1998.
- Williams, Glanville, 'The Fetus and the Right to Life', in: *Cambridge Law Journal*, 53(1), March 1994, pp. 71-80.
- Wilson, James, Q., *The Moral Sense*, The Free Press, MacMillan, New York 1993.
- Wolf, Erik, *Griechisches Rechtsdenken*, II, Rechtsphilosophie und Rechtsdichtung im Zeitalter der Sophistik, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main 1952.
- Wolfe, Christopher, *The Rise of Modern Judicial Review*, From Constitutionalism to Judge-Made Law, Basic Books, Inc., Publishers, New York 1986.
- Wollstonecraft, Mary, *Vindication of the Rights of Woman*, edited with an introduction by Miriam Brody Kramnick, Penguin Books, Harmondsworth 1982 (1792).
- Wood, Gordon S., *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, W.W. Norton & Company, New York/London 1969.
- Zander, Michael, *A Bill of Rights?*, London 1985 (1975).
- Zoethout, C.M., 'Hugo Krabbe over recht, staat en staatsrecht', in: *Recht en kritiek*, 1991, pp. 468-481.
- Zoethout, C.M., 'Reflections on Constitutionalism in the Netherlands', in: Zoethout, Carla M., & Tang, Ger van der, & Akkermans, Piet, eds., *Control in Constitutional Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London 1993, pp. 153-163.
- Zoethout, C.M., *Constitutionalisme*, Een vergelijkend onderzoek naar het beperken van overheidsmacht door het recht, Gouda Quint, Arnhem 1995, pp. 218-223.