



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht

Schild, A.J.P.

Citation

Schild, A. J. P. (2012, November 6). *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht*. Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht. Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/20103>

Version: Corrected Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/20103>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/20103> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Schild, Alexander Johan Paul

Title: De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht

Date: 2012-11-06

Hoofdstuk 3. Over de interpretatie van grondrechten

3.1 Inleiding

Haeck en Vande Lanotte definiëren grondrechten – ook wel mensenrechten of fundamentele rechten genoemd – als “*universele rechten die tot doel hebben de voorwaarden te creëren en te blijven garanderen opdat personen, ongeacht hun geslacht, nationaliteit, etnische afkomst en economische achtergrond, op vrije en (mens-)waardige wijze kunnen functioneren*”.¹ De menselijke waardigheid staat bij grondrechten voorop.² Alle grondrechten strekken rechtstreeks dan wel meer indirect ertoe de menselijke waardigheid zowel te beschermen als te bevorderen.³ De andere doelstellingen die aan het EVRM ten grondslag liggen – het verzekeren van enige persoonlijke autonomie, het waarborgen van de democratie en de ruimte scheppen voor pluralisme – zijn daaraan dienstbaar.⁴ Men zou kunnen zeggen dat grondrechten ten doel hebben de rechtsstaat van een juridisch fundament te voorzien met als doel de bevordering van een (mens-)waardige samenleving. Grondrechten stellen daartoe zekere minimumeisen aan een rechtssysteem.

Vrijheid is een belangrijk ingrediënt voor menselijke waardigheid.⁵ Vrijheden van (rechts)personen kunnen zowel door andere private partijen als vanuit de politiek onder druk komen te staan. Grondrechten geven een waarborg tegen

1. Vande Lanotte & Haeck 2005, deel 1, p. 3.

2. In de meest letterlijke zin in het Handvest Grondrechten waarin art. 1 bepaalt: “*De menselijke waardigheid is onschendbaar. Zij moet worden geëerbiedigd en beschermd.*” Vgl. Fagan 2011, p. 6: “*Human exists (...) to protect and promote the conditions for a certain quality of life for all.*”

3. Van Gerven & Lierman (2010, p. 345-346) merken over het begrip menselijke waardigheid op dat het verwijst naar de mens als een autonoom wezen dat wilsautonomie heeft en vrijheid van keuze bezit, dat zijn identiteit naar eigen verlangens kan ontwikkelen en zijn levenspad vrij kan kiezen, waarbij alle mensen gelijk voor de wet zijn, en bescherming dienen te genieten tegen fysieke of mentale schade. Ten slotte mag geen mens als middel worden gebruikt om andermans behoefte te voldoen en dient elk mens een minimum aan levenskwaliteit te worden gegarandeerd.

4. Zie over deze doelstellingen Gerards 2011, p. 45-49.

5. Hetgeen nu vanzelfsprekend lijkt maar dat is in het verleden anders geweest. Vgl. Berlin (1969) 2002, p. 32-33: “*It is an interesting, but perhaps irrelevant, historical question at what date, and in what circumstances, the notion of individual liberty in this sense first became explicit in the West.*”

HOOFDSTUK 3

dergelijke krachten. Grondrechten hebben een positieve werking in de zin dat zij beogen te verzekeren dat mensen ook werkelijk een menswaardig bestaan kunnen leiden.

In de eerste plaats begrenzen de klassieke vrijheidsrechten de macht van de overheid tegenover het individu. Grondrechten vormen een onderdeel van de idee van de moderne rechtsstaat.⁶ Dat idee is in de eerste plaats gebaseerd op het legaliteitsbeginsel.⁷ De overheid dient al haar handelen te kunnen legitimeren aan de hand van wettelijke regels. In de tweede plaats beoogt het leerstuk van de ‘scheiding der machten’ het misbruik van overheidsgezag tegen te gaan. Maar zowel het legaliteitsbeginsel als de trias politica voorkomen niet dat de overheid haar bevoegdheden jegens een onderdaan kan misbruiken. Grondrechten zou men kunnen opvatten als een aanvullende begrenzing van de wijze waarop de overheid haar gezag kan uitoefenen.

In de tweede plaats drukken met name de sociale grondrechten kernwaarden uit die de overheid dient na te streven. Deze grondrechten zijn als het ware te beschouwen als de grondbeginselen van de verzorgingsstaat.

Grondrechten zijn concepten aan de hand waarvan het recht kan worden ingezet om een minimumgrens van beschaving te garanderen.⁸ Deze *raison d'être* is ook van belang bij de uitleg van grondrechten. Grondrechten hebben veelal het karakter van een open norm. De toepassing van grondrechten vergt steeds een rechtelijke activiteit in een individueel geval waarbij de open norm wordt geconcretiseerd.

Het EHRM lijkt in zijn uitspraken – zoals zal worden toegelicht – sterk betrokken op de vraag of in het voorliggende geval de grenzen van de (mens)-waardigheid in het geding zijn. Beschaving en grondrechten zijn met elkaar verbonden noties. De vraag hoe beide begrippen zich tot elkaar verhouden en de implicaties daarvan voor de wijze van rechtsvinding door het EHRM is het onderwerp van dit hoofdstuk.

3.2 Het object van de rechtswetenschap

3.2.1 *Recht en rechtvaardigheid*

Het recht dient ertoe de orde in de samenleving te bewaken, aldus Hobbes. Van moderne rechtsstelsels wordt meer geëist. De orde die het recht moet bewaken, dient ook een ‘rechtvaardige’ orde te zijn. Hoe steekt het verband tussen grondrechten en gevoelens over rechtvaardigheid en meer in het algemeen gesproken

6. Hins & Nieuwenhuis 2010, p. 12.

7. Zie uitgebreid over de fundamentele betekenis van de *rule of law*: Bingham 2010.

8. Churchill zag (in 1949) het EHRM als een “*judgment of the civilised world.*” Zie Bates 2010, p. 7.

het verband tussen recht en moraal in elkaar? Deze vraag heeft vele pennen in beweging gezet.

Een korte beschouwing over dit onderwerp is van belang. Grondrechten zijn veelal als een open norm geformuleerd en hebben vaak geen absoluut karakter. Onder omstandigheden kunnen inbreuken op grondrechten toelaatbaar zijn. Ook speelt de problematiek dat grondrechten in een concreet geval kunnen conflicteren. Aan welk grondrecht behoort de rechter dan voorrang te verlenen?

Hoe beïnvloeden opvattingen over rechtvaardigheid de wijze waarop grondrechten worden toegepast? Inzicht in die vraag zou houvast kunnen bieden bij de beoordeling van de vraag of in een specifiek geval sprake is van de schending van een grondrecht. De jurisprudentie van het EHRM is daarbij uiteraard ook van groot belang. In *hard cases* is het vaak lastig om aan de hand van gewezen zaken de uitkomst te voorspellen. In veel zaken die door het EHRM worden beslist, valt uit de casus niet gemakkelijk een algemene regel af te leiden die zich voor bredere toepassing leent.⁹ Deze op de casus toegesneden benadering van het EHRM biedt daardoor niet steeds de gewenste houvast. De vraag naar de wijze van rechtsvinding door het EHRM wint daarmee aan belang. Als vertrekpunt kan daarbij dienen dat grondrechten in verband staan met ideeën over individuele vrijheid en rechtvaardigheid.

Valt de inhoud van een begrip als rechtvaardigheid te objectiveren of wortelt het uiteindelijk in het particuliere gevoel van de rechter die wordt geroepen een geval te beslechten? In hoeverre valt het recht – althans in ieder geval dit gedeelte van het recht – in dat geval nog ‘wetenschappelijk’ te bestuderen?

Het zijn precies deze vragen die de Dilthey (1833-1911) adresseerde in zijn *Einleitung in die Geisteswissenschaften. Versuch einer Grundlegung für das Studium der Gesellschaft und Geschichte*. Dilthey trachtte in zijn werk een grondslag te vinden voor de geesteswetenschappen, waaronder begrepen de rechtsvinding.

Dilthey behoort niet tot de meest gelezen filosofen. Zijn geschriften zijn ook niet heel gemakkelijk toegankelijk en veel van zijn werk is onvoltooid gebleven. Enige observaties van Dilthey over het karakter van de rechtswetenschap zijn nog steeds actueel. Ze bieden een aardig vertrekpunt om het verband tussen het recht en het streven naar rechtvaardigheid te bestuderen.

3.2.2 *Op zoek naar een grondslag voor de geesteswetenschappen*

Dilthey schreef zijn werk vanuit de gedachte dat een heroriëntatie op de grondslagen van de geesteswetenschappen – waaronder de rechtswetenschap – noodzakelijk was. De opkomst van het empirische wetenschapsmodel in de verlichting had tot een snelle opmars van de natuurwetenschappen geleid. De natuurwetenschappen – met hun empirische wetenschapsmodel – confronteerden

9. Barkhuysen, Van Emmerik & Rieter 2008, p. 17.

HOOFDSTUK 3

de filosofie, evenals de andere geesteswetenschappen met de vraag naar het ‘wetenschappelijke’ gehalte van hun activiteiten en aanspraken. De geesteswetenschappen waren daardoor in zekere zin in een identiteitscrisis geraakt.¹⁰ Plato vond de filosofie nog de koning der wetenschappen, maar in de 19^{de} eeuw waren – na Hegel – vele grote filosofische werken niet het product van een wetenschappelijke carrière. Schopenhauer, Kierkegaard, Marx en Nietzsche schreven hun werken buiten het academische circuit.¹¹ De geesteswetenschappen leken hun wetenschappelijke karakter te verliezen.

Tegen deze achtergrond heeft Dilthey getracht het wetenschappelijke karakter van de geesteswetenschappen te rehabiliteren door op zoek te gaan naar nieuwe grondslagen voor de geesteswetenschappen. Dilthey zocht een nieuwe wetenschappelijke methode voor de geesteswetenschappen, naar het voorbeeld van Bacon in de natuurwetenschappen. Bacon is één van de grondleggers van de empirische onderzoeksmethode. Dilthey zocht aansluiting bij deze wijze van denken door ook voor de geesteswetenschappen voorop te stellen dat onze *ervaring* de bron van al onze kennis is.¹²

Zowel in de natuurwetenschappen als in de geesteswetenschappen dient het object van onderzoek steeds onze ervaring te zijn, aldus Dilthey. Maar voor natuurwetenschappers is het object van onderzoek de natuur zoals die aan ons verschijnt.¹³ In de natuurwetenschappen registeren onze zintuigen hetgeen wij ervaren. Bijvoorbeeld dat een appel van een boom valt. Het object van de geesteswetenschappen laat zich niet alleen registreren. Het krijgt vorm in het bewustzijn zelf.¹⁴ De bijzondere samenhang tussen ervaring en het bewustzijn is daarbij van belang.¹⁵

Ons perspectief op de wereld, onze persoonlijke geschiedenis en onze wensen en verlangens beïnvloeden onze ervaring en daarmee ook hetgeen

10. Keulartz 1994, p. 12.

11. Keulartz 1994, p. 12.

12. Een zienswijze die in dezelfde periode ook zou worden ontwikkeld door Holmes met betrekking tot het recht, zie Holmes 1897.

13. Dilthey (1883) 1994, p. 122: die over het object van onderzoek van de natuurwetenschappen opmerkt dat “*het enkele feit dat zulke fenomenen bestaan en tekens van iets reëls zijn, volstaat voor de constructie van hun stellingen*”.

14. Dilthey (1883) 1994, p. 68: “*Enkel in de innerlijke ervaring, in de feiten van het bewustzijn vond ik een stevige ankerbedding voor mijn denken, en ik heb goede moed dat geen lezer zich aan de bewijsvoering op dit punt zal onttrekken. Alle wetenschap is ervaringswetenschap, maar de oorspronkelijke samenhang en de erdoor bepaalde geldigheid van alle ervaring worden door ons bewustzijn waarbinnen ze optreedt, door het geheel van onze natuur, geconditioneerd. Dit standpunt, dat consequent van de onmogelijkheid getuigt om verder dan deze condities te gaan, om als het ware zonder oog te zien of de blik van het kennen achter het oog zelf te richten, noemen wij het kentheoretische; de moderne wetenschap kan geen ander standpunt erkennen.*”

15. Daarbij moeten we ons realiseren dat we niet ‘neutraal’ naar onszelf kunnen kijken om te kijken hoe dit proces verloopt. We moeten de verleiding weerstaan om in ons verlangen naar zekerheid achter ons eigen oog te willen kijken.

wij bijvoorbeeld als rechtvaardig beschouwen. Dit wordt miskend, aldus Dilthey, in bijvoorbeeld het positivisme, zoals onder meer als wetenschapstheorie ontwikkeld door Comte in Frankrijk. Het positivisme trachtte de methoden uit de natuurwetenschap te kopiëren naar de geesteswetenschappen.¹⁶ De oplossingen die in het positivisme, maar ook het daaraan gerelateerde empirisme van bijvoorbeeld Johan Stuart Mill werden aangedragen, schoten volgens Dilthey tekort. Waar in de natuurwetenschappen kan worden gewerkt met een mensbeeld dat de mens opvat als een (louter) rationeel wezen, dient in de geesteswetenschappen juist de mens als een willend, denkend en voelend wezen centraal te staan. Daarbij dient men zich rekenschap te geven dat het denken, willen en voelen van mensen wordt gekleurd door bijvoorbeeld de sociaal-historische context waarin zij zich bevinden.

Denkers die streven naar vooruitgang in de geesteswetenschappen door toepassing van natuurwetenschappelijke methoden, zoals Comte, hebben volgens Dilthey niet zelden de neiging het voorgaande onvoldoende te onderkennen. Voor de geesteswetenschappen is het kennende subject van de verlichtingsdenkers dan ook geen vruchtbaar uitgangspunt, aldus Dilthey (in de vertaling van Keulartz):

“Door de aderen van het kennende subject dat Locke, Hume en Kant construeerden, vloeit niet echt bloed maar enkel het verdunde sap van de rede als denkactiviteit. Doch mij bracht een historische én psychologische preoccupatie met heel de mens ertoe deze mens in de verscheidenheid van zijn krachten – dit willend voelend voorstellende wezen – ook aan de verklaring van kennis en haar begrippen (zoals buitenwereld, tijd substantie, oorzaak) ten grondslag te leggen, ook al lijkt de kennis deze begrippen alleen te weven uit de stof van waarnemen, voorstellen en denken.”¹⁷

Kortom, niet slechts de natuurwetenschappelijke ervaring, maar de ervaring van de mens ‘als mens’, dient volgens Dilthey te worden onderzocht in de geesteswetenschappen.¹⁸ Soms kunnen onze ervaringen ons als volkomen vanzelfsprekend toeschijnen juist doordat wij zijn opgegroeid in een bepaalde cultuur. Dat kan de wetenschapper in de verleiding brengen deze gewaarwordingen of ervaringen te beschouwen als onafhankelijk van ons (onze ervaring) bestaande feiten.¹⁹ Het is de kunst die verleiding te weerstaan.

16. Zie daarover ook Loth & Gaakeer 2002, p. 40.

17. Dilthey (1883) 1994, p. 68-69.

18. Daarbij wilde Dilthey de scientistische traditie van de 19de eeuw trouw blijven door in de ervaring een bron te zien die empirisch kan worden onderzocht. De empirie – die de ervaring centraal stelde – behoeft niet op de helling gezet te worden, maar moet wel rekening houden met de eigen aard van het object van onderzoek in de geesteswetenschappen. In zekere zin wilde Dilthey de geesteswetenschappen tot psychologie herleiden. Een poging die uiteindelijk overigens onvoltooid is gebleven. Zie Keulartz 1994, p. 16.

19. Dilthey (1883) 1998, p. 106.

HOOFDSTUK 3

3.2.3 *Formele structuren als bron van het recht*

Voor Dilthey is de rechtswetenschap het specifieke deel van de geesteswetenschappen dat onderzoek doet naar de wijze waarop de regels, die het menselijk handelen in de maatschappij normeren, tot stand komen en functioneren. Wanneer men op zoek gaat naar de grondslagen van de rechtswetenschap tracht men een antwoord te formuleren op de vraag welke principes schuilen achter de rechtsregels, zoals men die aantreft.

Het materiële recht kan volgens Dilthey worden beschouwd als het historische product van menselijke ervaringen. Het materiële recht verschilt per land. Verschillende mensen kunnen dezelfde dingen ook verschillend ervaren. Het recht lijkt daarmee voor de wetenschap op een bewegend doel. Hoe dient de rechtswetenschap daarmee om te gaan? Voor het beantwoorden van die vraag is inzicht vereist in de wijze waarop het recht wortelt in de ervaringen van mensen, aldus Dilthey.

Ervaringen komen tot stand in een wisselwerking met de sociale omgeving. Enerzijds dient ieder mens als een zelfstandig denkend individu te worden beschouwd dat zichzelf doelen en regels stelt om zijn handelen vorm te geven. Anderzijds fungeert het bewustzijn ook als een waarnemend vermogen dat in staat is om bijvoorbeeld de maatschappelijke conventies te absorberen. Ideeën, gedachten en oordelen zijn het resultaat van zowel een intern als extern krachtenveld.

Dilthey maakt in het externe krachtenveld, zoals dat het individu in zijn denken en handelen beïnvloedt, onderscheid tussen formele structuren (door Dilthey 'externe structuren' genoemd) en meer informele structuren. Zowel de formele als de informele structuren scheppen normen.

Bij formele structuren moet men in de eerste plaats denken aan organen van een staat die regels kunnen uitvaardigen.²⁰ De *raison d'être* van deze formele structuren (de provincies, gemeenten etc.) is om enerzijds voor het individu een zekere vrijheid te garanderen en anderzijds deze vrijheid te begrenzen wanneer het algemeen belang dat vergt. Het mechanisme waarmee dit wordt gerealiseerd is het recht.

3.2.4 *Informele structuren als bron van het recht*

Naast de formele structuren kent de samenleving ook 'informele structuren', aldus Dilthey. Met de informele structuren doelt Dilthey op de sociaal-culturele omgeving waarin een mens leeft. Ieder mens groeit op en leeft in bepaalde

20. De specifieke wijze waarop formele structuren bestaan kan slechts historisch worden verklaard. Een voorbeeld: alleen vanuit historisch perspectief kan worden verklaard dat Nederland een monarchie is en bijvoorbeeld Frankrijk niet.

‘informele structuren’. Het gezin, de sportvereniging, een school, de kerk, vormen voorbeelden van ‘informele structuren’.²¹

Net als formele structuren eisen ook informele structuren dat mensen zich aan bepaalde regels houden. Dilthey verklaart de macht van informele structuren als volgt. Het belang voor mensen van deze ‘informele structuren’ is doorgaans groot. De mens treft zichzelf aan in een tijdelijk bestaan en met beperkte middelen. Reeds om fysiek te overleven is men afhankelijk van andere mensen. Die afhankelijkheid van anderen is niet alleen fysiek, maar ook psychisch. Men hecht er doorgaans aan in een zekere harmonie met zijn omgeving te leven. Het gevolg is dat men eigen handelingen en overtuigingen afstemt op hetgeen binnen een bepaalde groep van personen als norm geldt. Ook in een breder perspectief – welke waarden zijn in een leven nastrevenswaardig – zal de mens steeds geboren worden en leven in een omgeving waarin die vraag op een bepaalde wijze wordt beantwoord. Bij het beantwoorden van morele vragen is niemand zonder vertrekpunt, zo zou men het voorgaande kunnen samenvatten.²² Dat acht Dilthey ook niet bezwaarlijk. Het stelt mensen in staat voort te bouwen op de ervaring van de generaties voor ons. Onze gemeenschappelijke menselijke behoeften en ons vermogen daarover na te denken bevordert een vruchtbare ontwikkeling van culturen.²³

Culturen ontwikkelen zich volgens Dilthey als volgt. Enerzijds vormen de culturen waarin wij ons bewegen, ons in de wijze waarop wij denken. Anderzijds dragen individuele mensen door eigen ervaringen met anderen te delen weer bij aan het levend houden van een cultuur.²⁴ Nieuwe omstandigheden of nieuwe ideeën kunnen de ervaringswijsheid die een cultuur doorgeeft wijzigen. Dit verklaart ook waarom een bepaalde cultuur – zij het vaak langzaam – kan veranderen. Volgens Dilthey kunnen culturen worden beschouwd als een steeds voort meanderende rivier waarin diverse overtuigingen

-
21. Een cultuur(systeem) heeft bij Dilthey overigens nog niet de indentiteitsbepalende connotatie die aan het moderne begrip cultuur kleeft. In de zin dat nu over iemand kan worden gezegd dat hij ‘een moslim’ is. Het aldus refereren aan een cultuur reduceert een persoon tot een stereotype. De gevaren daarvan zijn door o.a. Amartya Sen belicht in *Identity and Violence* (2006).
22. Een opvatting die met name ook door de Canadese filosoof Charles Taylor (zie Taylor 1989 (2007)) is verdedigd.
23. Vgl. Dilthey (1883) 1994, p. 105: “*De in de menselijke natuur aangelegde behoeften worden vanwege de beperktheid van het menselijke bestaan niet door de geïsoleerde werkzaamheid van het individu bevredigd, maar in een deling van de menselijke arbeid en in de overerving van generatie op generatie. Dit wordt mogelijk door de gelijkaardigheid van de menselijke natuur en de in dienst van deze doelen staande, alles overziende rede in haar. Deze eigenschappen leiden tot de aanpassing van het handelen aan de arbeidsvruchten van het verleden, aan het meewerken van de werkzaamheid van het heden. Zo doortrekken de wezenlijke levensdoelen van de mens de geschiedenis en maatschappij.*”
24. Dilthey (1883) 1988, p. 107.

HOOFDSTUK 3

om voorrang strijden. Sjoerd de Jong heeft dit idee meer recent als volgt verwoord:

“Een individu ligt dan ook niet verpletterd onder zijn eigen cultuur, maar staat daarmee in een reflexieve en transcendente verhouding: mensen hechten zich aan de cultuur, of de culturen, waarin ze zijn gevormd, maar kunnen die ook becommentariëren, veranderen, en dus ontstijgen. Cultureel engagement veronderstelt in dat opzicht een zekere distantie ten opzichte van de heersende culturele codes, om die te kunnen aanvaarden of bijstellen.”²⁵

Het individu verhoudt zich vrijwel steeds tot verschillende culturele cirkels, die ieder – veelal impliciet – hun eigen ‘normen en waarden’ communiceren. Zo wordt de innerlijke structuur van een samenleving gevormd door een veelheid aan elkaar deels overlappende en deels beconcurrerende normen en waarden. Samen creëren zij bepaalde regels en gebruiken – een moraal – die wij als referentiepunt nemen in ons denken en bij het kiezen van onze idealen.

Een bepaalde moraal is het resultaat van een historische ontwikkeling en zelf ook weer veranderlijk. De algemeen geaccepteerde regels reflecteren hetgeen als gewoon en afwijkend wordt gevonden. De opvattingen daarover beïnvloeden ook hetgeen ‘rechtvaardig’ wordt gevonden.

Volgens Dilthey is de functie van moraliteit: (i) die van een innerlijke stem die het individu bij zijn handelen in de goede richting stuurt, en (ii) die van een (indirecte) morele druk op het individu die hem op een pad houdt dat binnen een cultuur als wenselijk wordt gezien.²⁶ Een moraal geeft de mens in zijn persoonlijk leven sturing in de wijze waarop hij zijn vrijheid – die de wet hem laat – kan aanwenden.

In zekere zin kan het recht als een extern reguleringsmechanisme worden beschouwd, terwijl de moraal als een innerlijk reguleringsmechanisme voor sociaal wenselijk gedrag kan worden gezien. Beide zijn met elkaar verbonden. Een veranderende moraal zal zich kunnen vertalen in een veranderende opvatting over hoe het recht eruit zou moeten zien. Een dergelijke ontwikkeling zal een kracht vanuit de informele structuren van de samenleving op de formele structuren genereren om de wet te veranderen, alsmede op de rechtsprekende instanties om de wet anders te gaan interpreteren (zie figuur 1).

25. De Jong 2008, p. 242.

26. Dilthey (1883) 1988, p. 113.

OVER DE INTERPRETATIE VAN GRONDRECHTEN



HOOFDSTUK 3

3.2.5 *Recht als een uitdrukking van rechtvaardigheid*

Het recht is een levend systeem. Het recht is, volgens Dilthey, “een ordenend systeem dat wortelt in een rechtvaardigheidsbewustzijn dat permanent actief is in mensen”.²⁷ Deze definitie laat ruimte voor verschillen in opvatting over wat in een concreet geval rechtvaardig is. Ook laat het ruimte voor de mogelijkheid dat opvattingen in de samenleving over rechtvaardigheid in bepaalde gevallen kunnen wijzigen. Het levende rechtsbewustzijn in de samenleving en het positieve recht vallen dan ook niet steeds samen. Wanneer beide teveel uit elkaar gaan lopen ontstaat druk op de wetgever om de regels aan te passen.

Volgens Dilthey schuilt in het positieve recht steeds een uiting van een opvatting over rechtvaardigheid. In zoverre verschilt Dilthey dan ook van een filosoof als Hobbes, bij wie het recht slechts de functie heeft om een strijd van allen tegen allen te voorkomen. Volgens Hobbes dient het (positieve) recht om die functie effectief te kunnen vervullen juist voorrang te hebben boven vragen van rechtvaardigheid.²⁸

In het denken van Dilthey is het rechtvaardigheidsidee, dat in het recht tot uitdrukking wordt gebracht, geen ‘idee’ in de Platoonse betekenis van dat woord. Dilthey ontkent dat recht en rechtvaardigheid enige ‘metafysische’ realiteit hebben. Zou de mensheid uitsterven, dan verdwijnt met de laatste mens ook het idee ‘rechtvaardigheid’. De natuur is rechtvaardig noch onrechtvaardig. De mens kan de wereld wel als rechtvaardig of onrechtvaardig ervaren. Rechtvaardigheid kun je als concept niet in abstracto vatten. Je kunt wel in concrete gevallen rechtvaardige van onrechtvaardige situaties onderscheiden en naar rechtvaardigheid ‘willen’ streven.²⁹ Rechtvaardigheid als ideaal laat zich dan ook niet bestuderen op de wijze zoals de natuurwetenschap de valsnelheid van een appel kan meten. Het kan alleen worden bestudeerd als een ideaal waarnaar mensen bij hun handelen kunnen streven.

Het ideaal van rechtvaardigheid wortelt in het bewustzijn van de individuele mens als denkend, voelend en willend wezen. De opvattingen over rechtvaardigheid, zoals die door het positieve recht worden weerspiegeld, dienen volgens Dilthey te worden opgevat als een objectivering van de ‘algemene wil’ (een begrip dat veelvuldig door Rousseau – de filosoof volgens wie de moderne maatschappij de mens tot slaaf van zijn ambitie en ijdelheid maakte – is gebruikt in zijn rechtvaardiging van staatsmacht in *Du contract social*). Het positieve recht wordt verondersteld de algemene wil te reflecteren.

27. Dilthey (1883) 1988, p. 108.

28. Radbruch (Radbruch (1946) 2006) legt in zijn beroemde formule – wettelijke voorschriften die onaanvaardbaar zijn, zijn geen geldig recht – een verband tussen rechtvaardigheid en rechtspositivisme.

29. Dilthey (1883) 1988, p. 109.

De idee van een ‘algemene wil’ oogt wellicht wat gezocht voor de moderne lezer. Dilthey probeert met deze term te verklaren dat noties over rechtvaardigheid, zoals individuele mensen die hebben, ondanks hun veranderlijkheid en onderlinge verschillen een zeker algemeen rechtsgevoel kunnen voortbrengen die het positieve recht kunnen beïnvloeden. Het recht wordt beïnvloed door ontwikkelingen in de samenleving over hetgeen in het algemeen als rechtvaardig wordt gezien en zoals die zich – door de ‘formele structuren’ in de samenleving – uiteindelijk vertalen naar wetten en regels.³⁰

Op de hiervoor geschetste wijze wordt het recht enerzijds beïnvloed door het rechtsgevoel van mensen, welke in het recht tot uitdrukking komt als de ‘algemene wil’ en anderzijds door de ‘wil’ van de wetgever. Daardoor wordt het recht volgens Dilthey uiteindelijk noch beheerst door één of meer culturen (de informele structuren van de samenleving), noch door de (wetgevende) organen (de formele structuur van de samenleving). Het positieve recht is hetgeen komt boven drijven op een zekere plaats en op een zeker tijdstip als het historische product van beide krachtenvelden. Het positieve recht is de resultante van een historisch proces dat tot stand komt in een wisselwerking tussen deze innerlijke en uiterlijke structuren in de samenleving.

3.2.6 *Het denken van Dilthey, een conclusie*

Dilthey ziet het recht als een natuurlijk en noodzakelijk gevolg van sociale processen in een samenleving. De formele structuren creëren de regels. De informele structuren de moraal.³¹

Bij de vraag naar de aard van mensenrechten – hetgeen het volgende onderwerp zal zijn – kan gebruikt worden gemaakt van Dilthey’s inzichten. Zijn observaties zijn de volgende.

Waar mensen gaan samenleven ontstaan vanzelf formele structuren en daaruit volgt het recht. De verschillen in de wijze waarop deze formele structuren van de samenleving zich hebben ontwikkeld in de loop der tijd, verklaren de verschillen in vormgeving tussen rechtssystemen. Dat het recht ook inhoudelijk verschilt, kan worden verklaard uit de omstandigheid dat het voortkomt uit verschillende culturen.

In het recht manifesteren deze gedachten en idealen zich op het terrein van de vraag hoe mensen dienen samen te leven. Iedere generatie schaaft op basis van de eigen ervaring aan de bestaande rechtsregels. Deze gestolde ‘ervaring’

30. Het recht wordt geformuleerd (en daarmee gerealiseerd) door middel van de formele structuren in een samenleving. Het recht is zelf ook in zijn bestaan afhankelijk van het bestaan van goed functionerende formele structuren in de samenleving. Deze organisaties zijn ook zelf weer afhankelijk in hun bestaan en functioneren van het recht, aldus Dilthey (1883) 1988, p. 110.

31. Dilthey (1883) 1988, p. 112.

HOOFDSTUK 3

vormt het onderwerp van onderzoek van de geesteswetenschappen volgens Dilthey.³²

Het recht beweegt zich op het grensvlak van het krachtenveld dat uitgaat van de formele structuren en het krachtenveld dat de innerlijke structuren (de culturen) in een samenleving genereren, aldus Dilthey.³³ In het recht komen de formele structuren van een samenleving en de daarin levende culturen samen. Het recht dient daarbij een duidelijk doel. Het begrenst de macht die mensen over anderen en goederen van anderen kunnen uitoefenen en beschermt in omgekeerde zin het eigen lijf en goed.

Het levende karakter van het rechtsbewustzijn maakt het recht voor wetenschappers een bewegend doel. Dilthey wijst erop dat rechtsgeleerden de neiging hebben daaraan voorbij te gaan. Het verlangen om het recht te kunnen vatten in heldere en eenvoudige abstracte concepten is zo groot dat niet zelden de werkelijkheid eraan wordt opgeofferd.³⁴ De rechtswetenschapper die het recht opvat als het positieve recht, zonder dat hij oog heeft voor het gegeven dat het recht wortelt in een rechtsbewustzijn van mensen, loopt het gevaar de fluïde aard van het recht te miskennen. Het recht dient men te benaderen als een levend functioneel systeem. Het moet enerzijds de vrijheid van personen garanderen en anderzijds beperken. Het moet dat volgens Dilthey doen op een wijze die correspondeert met gevoelens over rechtvaardigheid zoals die in de samenleving breed worden gedeeld. Deze ‘algemene wil’ wordt tot uitdrukking gebracht door de wettelijke voorschriften.³⁵ Daarmee heeft de rechtswetenschap – net als alle geesteswetenschappen – uiteindelijk rekening te houden met de mens als een denkend, handelend en voelend wezen met een levend en veranderlijk rechtvaardigheidsbewustzijn.

3.2.7 *Dilthey en grondrechten*

De inzichten van Dilthey zijn in het bijzonder relevant zijn voor het denken over grondrechten, gezien de verwevenheid tussen grondrechten en noties over rechtvaardigheid. Niet al het recht spruit voort uit ideeën over rechtvaardigheid. De regel dat men voorrang dient te verlenen aan gemotoriseerd verkeer van rechts zou ook zeer wel anders kunnen luiden. Zo zijn er meer rechtsregels die slechts historisch kunnen worden verklaard. Grondrechten hebben als eigenschap dat niet goed voorstelbaar is dat deze – wat betreft hun kern – ook anders kunnen luiden. Onze ‘ervaring’ heeft ons geleerd dat deze rechten van fundamenteel belang zijn voor een maatschappelijke orde die aan de minimumeisen die gelden voor een rechtvaardige samenleving wil voldoen. De kern

32. Dilthey (1883) 1994, p. 134.

33. Dilthey (1883) 1994, p. 108.

34. Dilthey (1883) 1988, p. 109.

35. Dilthey (1883) 1988, p. 110.

van deze grondrechten zou eigenlijk overal als uitgangspunt moeten worden aanvaard, zo kan een universalistische benadering van mensenrechten worden verdedigd.³⁶ Alle mensen leven binnen een staat en moeten kunnen terugvallen op grondrechten om de macht van de staat over hen te begrenzen.

Grondrechten articuleren de minimumeisen waaraan een samenleving heeft te voldoen, wil zij aanspraak kunnen maken op de predikaten ‘beschaafd’ en ‘rechtvaardig’. Grondrechten en rechtvaardigheid zijn daardoor onlosmakelijk met elkaar verbonden noties.

In het voorgaande is aan de hand van het denken van Dilthey geschetst hoe grondrechten voortkomen uit het rechtvaardigheidsbewustzijn van mensen. Dat roept wel de vraag op waarom mensenrechten – die nu als zo fundamenteel worden beschouwd – niet door de eeuwen heen steeds als onwrikbaar uitgangspunt hebben gegolden. Waar komen de mensenrechten vandaan? Of om met Dilthey te spreken: hoe heeft het historisch-sociaal proces eruit gezien waardoor mensenrechten zich hebben ontwikkeld als een fundamentele ‘wilsexpressie’?

3.3 Ontwikkelingen in het denken over grondrechten

3.3.1 *De uitvinding van de rechten van de mens*

In het voorgaande is gebleken dat het positieve recht het resultaat is van een historisch proces. Wettelijke regels komen tot stand in een wisselwerking tussen instituties en het rechtsbewustzijn van mensen. Het rechtsbewustzijn van mensen ontwikkelt zich in een voortdurende dialoog met de culturele omgevingen waarin mensen zich bevinden.

36. Met name door zogenoemde ‘communitaristische’ denkers is wel benadrukt dat we bij de vraag ‘zijn mensenrechten universeel geldend?’ moeten oppassen andere gemeenschappen niet onze waarden op te dringen. Zie voor een korte samenvatting over het grondrechten-discours tussen ‘individualistische’ versus ‘communitaristische’ denkers, bijv. Van Gerven & Lierman 2010, p. 353-360. In de westerse cultuur wordt de vrijheid van het individu absolute prioriteit toegekend in de hiërarchie van te beschermen waarden, maar andere culturen kunnen daar heel anders over denken, aldus de communitaristen. De geïnteresseerde lezer verwijs ik naar het boek *Are Human Rights Truly Universal* (Cassese 1994), met bijdragen van tal van schrijvers over dit onderwerp. In discussies over dit onderwerp gaat het overigens niet zozeer over de vraag of mensenrechten universeel zijn, maar over de vraag in hoeverre zij dat zijn. Verder kan het belang van deze discussie soms worden gerelativeerd door het aan de orde stellen van de vraag in hoeverre het gegeven dat in sommige landen wezenlijk anders tegen grondrechten wordt aangekeken, wordt veroorzaakt door een verschil in de ‘wil van mensen’, of doordat mensen in die landen gewoon niet zoveel te willen hebben.

HOOFDSTUK 3

Geldt het voorgaande ook voor de ontwikkeling in het denken over grondrechten? In de Amerikaanse onafhankelijkheidsverklaring werden mensenrechten als *self-evident* aangemerkt.³⁷ In de klassieke oudheid – de bakermat van de Westerse beschaving – kende men geen ‘mensenrechten’. Als mensenrechten *self-evident* zijn, dan roept dat de vraag op waarom zowel in het verleden als heden mensen zo verschillend denken over de aard en omvang van mensenrechten.³⁸ Hoe valt dat te verklaren?

Lynn Hunt beschrijft in haar boek *Inventing Human Rights* hoe het denken over mensenrechten tot leven kwam in de aanloop naar de Franse Revolutie in de loop van de 18^e eeuw. Hunt legt een verband tussen sociaal-culturele ontwikkelingen die in die periode plaatsvonden en de ontwikkeling in het denken over mensenrechten. Hunt wijst *imagined empathy* aan als de bron van de idee dat alle mensen bepaalde minimumrechten toekomen.³⁹ Het empathische vermogen in de samenleving groeide in deze periode. Katalyserend in dit proces is onder meer de zich ontwikkelende leescultuur geweest, zo betoogt Hunt. De middenklasse in Frankrijk – een relatief kleine, maar politiek niet onbelangrijke groep – was begonnen op grote schaal romans te lezen. Deze groep kreeg aldus toegang tot nieuwe ideeën. Boeken en geschriften maakten een nieuw perspectief op de wereld mogelijk.

Deze sociaal-culturele veranderingen leidden tot een toenemend besef dat bijvoorbeeld de lichamelijke integriteit van anderen gerespecteerd diende te worden. Hunt wijst daarbij op de ophef die het *Traité sur la Tolérance à l’occasion de la mort de Jean Calas* veroorzaakte. In dit pamflet beschreef Voltaire de executie van Jean Calas. Jean Calas was ten onrechte beschuldigd van de moord op zijn zoon. Calas werd publiekelijk ter dood gebracht op het rad. De nauwkeurige beschrijving van zijn terechtstelling was huiveringwekkend om te lezen en veroorzaakte een storm van protest.

Mensenrechten ontwikkelden zich als reactie op toestanden in de maatschappij waarvan men begon in te zien dat die fundamenteel onjuist waren. Dat inzicht dringt zich aan ons op, zo betoogt Hunt, wanneer wij even onze dagelijkse beslommeringen vergeten en het leed dat een ander wordt aangedaan

37. Declaration of Independence (1776): “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.”

38. De verklaring dat mensenrechten als ‘self evident’ kunnen worden beschouwd geldt niet voor alle rechten die het EHRM thans begrepen acht in het EVRM. Zo onderscheidt Vande Lanotte (Haec & Vande Lanotte 2005, deel 1, p. 9) vier verschillende soorten mensenrechten: burgerlijke rechten, politieke rechten, economische sociale en culturele rechten en collectieve rechten. Het zijn met name die burgerlijke rechten met hun wortels in de Franse revolutie – die het individu beschermen tegen staatsinmenging – waarvan kan worden betoogd dat ze als evident kunnen worden beschouwd.

39. “The notions of bodily integrity and empathetic selfhood have histories not unlike those of human rights, to which they are intimately related”, Hunt 2007, p. 30.

tot ons laten doordringen. Het lezen van het verslag over de wijze waarop iemand op het rad ter dood wordt gebracht is een ervaring die de lezer zowel geestelijk als fysiek schokt.⁴⁰ De lezer voelt dat hier een grens van beschaving wordt overschreden.

Geschriften die verslag doen van misstanden verrijken de ‘ervaring’ van mensen en kunnen zo bijdragen aan een bewustwordingsproces binnen een samenleving. Verhalen hebben het vermogen empathie voor anderen te creëren. Verhalen stellen ons in staat mee te leven met anderen, onder het voorbij gaan van verschillen in ras, geslacht of sociale achtergrond. Hunt wijst erop dat bijvoorbeeld Rousseau’s tranentrekker *Julie, ou la Nouvelle Héloïse* in die tijd bijzonder populair was.⁴¹ In het verhaal werd een dienstmeisje verliefd op de huisleraar, terwijl zij moest trouwen met een Russische soldaat die het leven van haar vader had gered. Nadat ze plichtsgetrouw, maar tegen haar gevoel in, met de Russische soldaat in het huwelijk was getreden sterft zij bij het redden van haar zoontje van de verdrinkingsdood. Door dit soort verhalen leerden mensen zich te identificeren met mensen buiten de eigen culturele klasse.

Hunt betoogt dat verhalen als deze de idealen van de Franse revolutie mede hebben gevoed. De ontdekking van een ‘gelijkaardigheid’ van alle mensen was een opmaat voor de leus *égalité, fraternité et liberté*.

3.3.2 *Uncle Tom’s cabin*

Empathie stelt ons niet alleen in staat de ‘humaniteit’ van de ander te herkennen, maar dwingt ons ook die te erkennen. In de achttiende eeuw werd aan slaven een aanspraak op gelijke humaniteit ontzegd. Het verschijnen van *Uncle Tom’s Cabin* – naar verluidt het meest verkochte boek van de 20^{ste} eeuw, na de bijbel – aan de vooravond van de Amerikaanse burgeroorlog, stelde de lezer in staat het fenomeen slavernij vanuit het perspectief van de slaaf ter ervaren. Het boek is van grote invloed geweest op de discussie over de afschaffing van slavernij.⁴²

Empathie brengt een proces op gang waardoor de ander niet meer een vreemde is maar een naaste. Als naaste wordt de ander een relevante ander in ons morele denken. De (gulden)regel ‘wat gij niet wilt dat u geschiedt, doe dat ook een ander niet’ dringt zich dan vanzelf op. De conclusie dat wij allemaal mensen zijn met dezelfde ‘mensenwensen’ bevordert het inzicht dat de wet ook iedereen in zijn humaniteit heeft te respecteren.

40. Hunt 2007, p. 26, die voorts schrijft: “*Human rights are difficult to pin down because their definition, indeed their very existence, depends on emotions as much as on reason. The claim of self evidence relies on an emotional appeal; it is convincing if it strikes a chord within each person. Moreover, we are most certain that a human right is at issue when we feel horrified by its violation.*”

41. Jean-Jacques Rousseau (1761).

42. Zie verder over het verband tussen literatuur, empathie en moraliteit: Rorty 1999.

HOOFDSTUK 3

Stuurman heeft in zijn boek *De uitvinding van de mensheid* de canonieke teksten van het christendom, de islam, het confucianisme en het boeddhisme onderzocht op de wijze waarop zij oproepen tot moreel gedrag. Stuurman komt tot de conclusie dat in de teksten van deze stromingen een beroep wordt gedaan op empathie. De lezer wordt opgeroepen zich te verplaatsen in de gevoelens en de pijn van anderen.⁴³ De mens wordt volgens Stuurman in al deze religies geroepen in een vorm van wederkerigheid te denken. Met het doorgeven van universalistische denkbeelden in verhalen kunnen ethocentrisme en parochialisme worden bestreden.⁴⁴ De ‘uitvinding van de mensheid’ bestaat daarin dat de mens, indien hij daartoe bereid is, zich de vraag kan stellen hoe hij er zelf uitziet door de ogen van de ander.⁴⁵

Empathie heeft in dit proces een dubbele functie, aldus Stuurman. In de eerste plaats een psychologische, omdat het beroep op medeleven de emoties van de lezer beweegt.⁴⁶ De lezer lijdt omdat de lezer een ander ziet lijden. In de tweede plaats heeft empathie ook een normatieve functie. Het behoort tot de essentie van het ‘mens zijn’ zich in zekere mate in de ander te kunnen verplaatsen.⁴⁷ Een ‘goed mens’ is een mens die zich het vermogen heeft eigen gemaakt de wereld ook te kunnen bezien door de ogen van een ander, zo leren deze teksten ons, aldus Stuurman.

3.3.3 *Het ‘bestaan’ van mensenrechten*

In de vorige paragrafen is uiteengezet hoe mensenrechten voortspuiten uit een erkenning van een gelijkaardigheid van alle mensen. Daaruit volgt ook dat mensenrechten conceptuele ideeën zijn die voor ieder mens een bepaalde ‘menselijke’ behandeling door de staat beogen te garanderen. Mensenrechten geven uitdrukking aan de gedachte dat ieder mens bepaalde minimumrechten behoort te hebben louter vanwege zijn ‘mens zijn’. ‘Mensenrechten’ refereren daarmee niet aan een *sein* maar aan een *sollen*.

De vraag of er rechten van de mens ‘bestaan’ heeft dan ook alleen betekenis voor zover zij kan worden opgevat in normatieve zin. Om met Amartya Sen te spreken: mensenrechten ‘bestaan’ niet in de zin zoals de Big Ben in Londen (be)staat.⁴⁸ Het belang van de vraag in hoeverre ‘mensenrechten’ bestaan, onafhankelijk van wat wij daarover denken – de vraag in hoeverre ieder mens ‘van nature’ mensenrechten heeft betreft de ontologische vraag naar mensenrechten – kan aldus worden gerelativeerd.

43. Stuurman 2009, p. 143.

44. Stuurman 2009, p. 143.

45. Stuurman 2009, p. 144.

46. Stuurman 2009, p. 143.

47. Stuurman 2009, p. 144.

48. Sen 2009, p. 356.

Dat laat onverlet dat de vermeende ontologische *roots* van mensenrechten nog steeds onderwerp zijn van debat. Volgens Rorty vallen mensenrechten niet te funderen buiten ons vermogen tot ‘redelijkheid’.⁴⁹ Voor de ‘liberale ironicus’ – zoals Rorty zich beschouwt – bestaat geen antwoord op de vraag “waarom niet wreed zijn?”. Het geloof dat wreedheid verschrikkelijk is, is niet theoretisch te funderen op een manier die niet terugverwijst naar zichzelf.⁵⁰ Dat inzicht moet ons niet verontrusten maar juist opluchten, aldus Rorty: “*This sets aside Kant’s question ‘What is Man?’ and substitutes the question ‘What sort of world can we prepare for our great-grandchildren?’*”.⁵¹

Morsink bestrijdt deze visie en merkt op dat het een gevaarlijke misvatting is om mensenrechten op te vatten als ideeën die voortkomen uit onze cultuur zonder dat zij een realiteit daarbuiten bezitten. Als mensenrechten als creaties van juristen en diplomaten worden voorgesteld kunnen politici wanneer het even niet uitkomt deze rechten na te leven daar handig gebruik van maken, aldus Morsink. We moeten juist vasthouden aan het oorspronkelijke verlichtingsdenken waarin krachtig tot uitdrukking werd gebracht dat mensenrechten mensen qualitate qua toekomen. Mensenrechten gaan aan onze cultuur vooraf, aldus Morsink.⁵²

Wellicht dat het mogelijk is een uitweg te zoeken uit deze discussie door de beide zienswijzen op te vatten als een beschrijving van dezelfde berg, maar vanuit een ander perspectief. Rorty stelt de functionaliteit van mensenrechten voorop. Niet zo belangrijk is waar ze vandaan komen, belangrijk is vooral waar ze ons in deze wereld naar toe kunnen leiden. Morsink acht het essentieel dat we deze rechten als fundamenteel juist (of waar) beschouwen. Waar Morsink en Rorty het over eens zijn, is dat juist is de claim van het verlichtingsdenken dat er gelijkheid in de menselijke natuur bestaat die onze verschillen in ras, sexe, cultuur etc. overstijgt. Zolang daar overeenstemming over bestaat, lijkt er in praktische zin een voldoende functionele fundering te zijn gelegd om (de kern van) grondrechten als universeel geldend te zien. Uit een besef van gedeelde humaniteit volgt dat alle mensen ook aanspraak zouden moeten kunnen maken op bescherming van hun eigen ‘humaniteit’. Grondrechten zijn rechten die overall zouden behoren te gelden, om een gedeelde gemeenschappelijke notie van humaniteit te beschermen tegen andere krachten.

Wanneer het concept ‘mensenrechten’ wordt opgevat als een ‘behoren’ komt een andere centrale vraag uit de filosofische canon naar voren: ‘hoe kan worden bepaald wat juist en onjuist is?’ Als aan mensenrechten een opvatting ten grondslag ligt over hetgeen juist en onjuist is – over hetgeen behoort – kunnen

49. En ons vermogen om in de ander onszelf – de eigen ‘menselijkheid’ – te herkennen, zou ik in navolging van Stuurman willen betogen.

50. Rorty 1989, p. 36.

51. Rorty 1999, p. 73.

52. Morsink betoogt dat onze menselijkheid wellicht niet valt te reduceren tot een ‘essentie’, maar dat “*does not mean that human rights are manmade and that the culture of human rights has no foundations or attachments to the world outside itself*”. Morsink 2009, p. 38.

HOOFDSTUK 3

we dan nog wel overeenstemming bereiken over de inhoud van mensenrechten? Over morele vragen wordt tussen mensen niet zelden verschillend gedacht.

Het bestaan van verschillende opvattingen over de inhoud van mensenrechten heeft ook tot kritiek geleid op – de in de ogen van sommigen – te activistische houding van het EHRM.⁵³ Juist omdat een ieder het zijne onder het begrip mensenrechten kan verstaan, kan met een beroep op mensenrechten het recht soms als instrument worden gebruikt om een eigen particuliere politieke agenda door te drukken, zo luidt het argument.⁵⁴ Deze kritiek is bijvoorbeeld geuit door Lord Hoffmann in zijn *Judicial Studies Board Annual Lecture*, uitgesproken op 19 maart 2009. Mensenrechten hebben geen universele inhoud, aldus Hoffmann: “*The French Declaration’s claim to universality rested upon purely philosophical foundations*”.⁵⁵ Over hetgeen behoort te gebeuren lopen de meningen niet zelden uiteen. De rechter dient ervoor te waken door middel van een extensieve uitleg van grondrechten zijn eigen opvattingen tot recht te verheffen, aldus naar de kern genomen de kritiek van Hoffmann op de neiging tot extensieve interpretatie van het EVMR door het EHRM.

Heeft Hoffmann gelijk dat aan de wijze waarop grondrechten door de rechter worden ingezet een – niet zelden arbitrair – moreel oordeel ten grondslag ligt? Voor de vraag naar de reikwijdte van grondrechten is dat relevant. Wordt het beschermingsbereik van een grondrecht in een concreet geval bepaald door de particuliere opvatting van de rechter die dit moet beoordelen?

Op zoek naar een antwoord op deze vraag kan men eenvoudig verdwalen in de overvloedige literatuur over rechtsvinding. Op deze plaats volsta ik met een korte behandeling, die erop is gericht het inzicht in de hiervoor opgeworpen vraag – namelijk, hoe bepaalt men de reikwijdte van een grondrecht in een specifieke situatie – te bevorderen. Deze vraag is van belang voor het onderzoek – in deel II – waarin specifieke problemen uit het ondernemingsrecht

53. Voor een samenvatting van deze kritiek in de Nederlandse pers en juridische literatuur, alsmede een kritische beschouwing daarvan, zie Gerards 2011a. De kritiek op het EHRM lijkt overigens niet zelden een politiek-populistische achtergrond te hebben door een gebrek aan substantie. Overigens is het EHRM soms ook bereid gebleken om met de nationale rechter in dialoog te treden en de reacties van de nationale rechter op een eerdere uitspraak bij een later oordeel mee te wegen. Een voorbeeld daarvan betreft de (*Grand Chamber*) uitspraken in de zaken *Al-Khawaja t. Verenigd Koninkrijk* en *Tahery t. Verenigd Koninkrijk* (EHRM 15 december 2011, nrs. 26766/05 & 22228/06), waarover Spronken 2012. Ook het Gerecht in Eerste Aanleg heeft zich laten inspireren door van de lijn van het Hof van Justitie afwijkende rechtspraak van de nationale rechter; zie GEA 30 september 2010, T-85/09, EHRC 2010, 134 m.nt. Cuyvers (*Kadi II*) § 122.

54. Meer vanuit juridisch systematisch oogpunt pleit Gerards voor een meer duidelijke definiëring en afbakening van de verschillende grondrechten door het EHRM, waarbij zaken alleen ontvankelijk zouden moeten zijn waarin werkelijk grondrechtelijke belangen op het spel staan. Zie Gerards 2011c, p. 14/15.

55. Lord Hoffman 2009.

de vraag oproepen hoe men kan bepalen of sprake is van een niet te rechtvaardigen inbreuk op een grondrecht in een concreet geval.

3.4 De rechter en het recht

3.4.1 *Wat maakt de regel tot recht?*

De vraag hoe de rechter het recht vindt, stelt in de eerste plaats aan de orde de kwestie waar het recht is te vinden. Alleen in het wetboek? In – wat Scholten heeft genoemd – het ‘geweten’ van de rechter? Wat maakt een regel tot recht? Ontleent het recht zijn normatieve kracht aan de wet of aan ons vermogen de goede van de slechte handeling te kunnen onderscheiden? “Is een bepaalde regel moreel omdat de goden de regel gebieden of gebieden de goden de regel omdat deze moreel is?”, zo vraagt Euthyphro zich af in het gelijknamige werk van Plato. In de daarop volgende dialoog stemt Euthyphro in met de opvatting dat een regel door de Goden wordt geboden omdat deze goed is. Daarmee bekent Euthyphro zich als aanhanger van het ‘natuurrecht’. Mensen leggen slechts in wetten vast wat reeds in de natuur ligt besloten.

In de natuurrechtelijke traditie is het recht nadrukkelijk gekoppeld aan de mens als een ‘redelijk’ handelend en voelend wezen. Deze eigenschappen brengen mee dat de mens een moreel bewust wezen is. In zijn omgevingsbewustzijn zit tevens besloten de mogelijkheid de goede handeling van de slechte te kunnen onderscheiden. Een mens kan inzien dat hij bijvoorbeeld niet een ander dient aan te doen wat hij niet wil dat hemzelf zal geschieden. Kant herformuleerde de ‘gouden regel’ in zijn categorische imperatief in het voorschrift dat mensen in hun handelen andere mensen niet als een middel voor het bereiken van persoonlijke doeleinden mogen gebruiken (als een object), maar steeds ook de vrijheid van de ander dienen te respecteren (men dient de ander te beschouwen als ‘een doel op zich’).

Denkers in de natuurrechtelijke traditie benadrukken dat reeds uit de natuur van de mens (als denkend en voelend wezen) een ontvankelijkheid volgt voor een zeker normbesef. Hij is in staat rechtvaardig van onrechtvaardig gedrag te onderscheiden en daardoor regels die daarmee stroken te erkennen als recht en regels die daarmee flagrant in strijd zijn te verwerpen als norm.

3.4.2 *Rechtspositivisme*

Dilthey signaleerde reeds dat niet al het recht voortkomt uit ons rechtsbewustzijn. Sommige voorschriften luiden nu eenmaal zoals ze luiden. De termijn om bezwaar te maken tegen een besluit is in de Awb gesteld op zes weken, maar dat hadden er ook bijvoorbeeld vier of acht kunnen zijn.

HOOFDSTUK 3

Voor sommige regels kan de normatieve kracht niet worden gevonden in een idee over het ‘goede’ maar alleen bij de ‘Goden’ zelf. Sommige voorschriften ontleen hun normatieve kracht niet aan een ‘intrinsiek goed zijn’, maar omdat de wet ze nu eenmaal gebiedt en gehoorzaamheid aan de wet het algemeen belang dient. Het is deze lijn van het legitimeren van een rechtsnorm die in het rechtspositivisme op de voorgrond staat.

Rechtspositivisten plegen de vraag waaraan het recht zijn normatieve kracht ontleent te beantwoorden met een verwijzing naar het belang van het recht als systeem: de rechtszekerheid. De directe kracht achter het recht is machtuitoefening. Of een regel ook goed of rechtvaardig is, betreft een kwestie die moet worden onderscheiden van de vraag of een regel ‘recht’ is, volgens de rechtspositivisten.

Bentham geldt als de eerste moderne rechtspositivist.⁵⁶ Bentham trok ten strijde tegen natuurrechtdenkers als Blackstone die het recht beschouwden als een uitwerking van het natuurrecht. Het natuurrecht was ook het recht waar de Franse revolutionairen zich op hadden beroepen, met in de ogen van Bentham veel onrust en bloedvergieten tot gevolg. Tegen deze achtergrond formuleerde Bentham zijn beroemde kritiek op het natuurrecht denken: “*natural rights is simple nonsense: natural and impreciptible rights rhetorical nonsense, nonsense upon stilts*”.⁵⁷ Volgens Bentham behoort tot het recht slechts hetgeen de wetgever heeft verordonneerd. Alleen aan het positieve recht kunnen rechtsnormen worden ontleend. Men diende de vraag naar hetgeen recht is – *expository jurisprudence* – te onderscheiden van de vraag hoe het recht zou kunnen worden verbeterd – *ensorial jurisprudence*.⁵⁸ Bij de vraag hoe de wetten zouden kunnen worden verbeterd zou niet het natuurrecht als uitgangspunt dienen te gelden, maar dient als maatstaf te worden gekozen zijn *principle of utility*. De beste wet is die wet die het meeste nut genereert.

Bentham’s opvatting dient te worden begrepen tegen de achtergrond van zijn zienswijze dat mensen worden geregeerd door twee prikkels: *pleasure and pain*. Deze prikkels motiveren al ons handelen. Hetgeen juist is om te doen, is datgene wat het meeste geluk voor de meeste mensen oplevert. Ook de wetgever dient het utilitarisme als maatstaf te nemen bij het uitvaardigen van wetten. De wetgever heeft dan ook de taak die wetten uit tevaardigen die het meeste *happiness* weten te realiseren. Voor zover grondrechten het algemene geluk weten te maximaliseren dient de wetgever ze te verankeren in wetten, aldus Bentham.

Zoals gezegd koppelen rechtspositivisten de vraag of een regel rechtvaardig is los van de vraag of de regel ‘recht’ is. Zolang de regels rechtvaardig zijn, is

56. Simmonds 2008, p. 145.

57. Bentham 1792, p. 501.

58. Simmonds, p. 145.

dat geen probleem. Het klassieke probleem voor de rechtspositivisten is de vraag ‘maar wat als de regel onrechtvaardig is?’

Een voorbeeld. Ter berechting van Duitse oorlogsmisdadigers sloten de Verenigde Staten, Frankrijk, Engeland en de Sovjet-Unie aan het einde van de Tweede Wereldoorlog het ‘Verdrag van Londen’ (1945). Daarin werd bepaald op welke wijze de misdaden van de asmogendheden zouden worden berecht. Het Verdrag van Londen onderscheidde oorlogsmisdaden, misdaden tegen de vrede en misdaden tegen de menselijkheid. In het verdrag werd expliciet vastgelegd dat ‘het volgen van orders’ slechts als verweer zou kunnen worden aanvaard voor het verminderen van de strafmaat.

Waren de oorlogsmisdaden begaan door de nazi’s ‘legaal’ voor zover zij in overeenstemming waren met het ‘recht’ zoals dat gold in nazi-Duitsland?⁵⁹ Dat zou betekenen dat in het Verdrag van Londen ten onrechte werd uitgegaan van de strafbaarheid van dergelijke oorlogsmisdaden. Rechtspositivisten kunnen erop wijzen dat soms *civil disobedience* gerechtvaardigd is en ‘geldige’ wetten – uitgevaardigd door een daartoe bevoegd orgaan – niet gehoorzaamd hoeven te worden.⁶⁰ Het vervolgen van personen die zich strikt aan de wet hebben gehouden is echter vanuit een puur rechtspositivistisch standpunt moeilijk verdedigbaar. De rechtspositivist zal dan een beroep moeten doen op ‘regels van een hogere orde’. Zonder een beroep op een hogere norm is het voor rechtspositivisten moeilijk om de legitimiteit van bijvoorbeeld de Neurenberg-processen te onderbouwen.

Rechtspositivistische theorieën en de *natural law* theorieën zijn er in vele variaties.⁶¹ De *dividing line* lijkt te zijn de wijze waarop zij uiteindelijk de door Euthyphro opgeworpen vraag, wat maakt het recht tot recht, beantwoorden. Beide stromingen wijzen op een andere bron van recht: enerzijds de wetgever (de formele structuren bij Dilthey) en anderzijds het vermogen van mensen te oordelen in een concrete situatie over goed en slecht (welk oordeel mede wordt beïnvloed door de culturele cirkels waarin mensen leven, aldus Dilthey).

Radbruch heeft in zijn beroemde ‘formule’ getracht het rechtspositivisme met het natuurrecht te verenigen. Radbruch schreef zijn artikel *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* vlak na de Tweede Wereldoorlog naar aanleiding van vraag of een persoon die iemand anders had aangegeven vanwege het aanbrengen van een anti-nazileus in een toilet – en vervolgens ter dood werd veroordeeld en geëxecuteerd – na de oorlog kon worden vervolgd wegens moord.⁶² Radbruch constateerde dat het rechtspositivisme juristen weerloos maakt tegen wetten die volstrekt onrechtvaardig zijn. Rechtspositivisten plegen

59. Zie Radbruch 1946, zie over Radbruch’s werk: Paulson 2006.

60. Simmonds 2008, p. 151.

61. Zie Simmonds 2009, p. 141 e.v.

62. Radbruch 1946, onder II.

HOOFDSTUK 3

het belang van rechtszekerheid voorop te stellen. Het belang van rechtszekerheid is echter maar één van de drie functies die wetten in een samenleving hebben, aldus Radbruch. Naast de rechtszekerheid dienen wetten ook de rechtvaardigheid te bevorderen. Ten slotte merkte Radbruch op dat regels ook doelmatig diende te zijn, teneinde het algemene belang te kunnen dienen.

Volgens Radbruch worden met het recht drie waarden nagestreefd: rechtszekerheid, rechtvaardigheid en doelmatigheid.⁶³ De ‘doelmatigheid’ had in de rangorde van deze waarden volgens Radbruch de laagste positie en het belang van rechtszekerheid in beginsel de hoogste. Het belang van rechtszekerheid dient evenwel niet tot in het oneindige te prevaleren. Recht dat onrechtvaardig is, of het algemeen belang niet weet te bevorderen, blijft geldend recht, tot er een grens wordt overschreden.⁶⁴ De elementaire beginselen van rechtvaardigheid maken dat onaanvaardbare wetten geen rechtskracht hebben, aldus Radbruch.⁶⁵

Opvallend is dat in het voorgaande weer dezelfde wisselwerking naar voren komt tussen de twee polen die ook Dilthey onderscheidde als bronnen van het recht: de mens en de wetgever. De wetgever die – in de rechtsstaat – democratisch is gelegitimeerd regels uit te vaardigen (waar het rechtspositivisme de nadruk op legt) en de mens met zijn vermogen goede van slechte handelingen te kunnen onderscheiden (hetgeen in de natuurrechtelijke traditie wordt benadrukt).⁶⁶ Hoe verhouden deze beide elementen zich tot elkaar wanneer in het concrete geval het recht ‘gevonden’ moet worden?

3.4.3 *Drie typen van rechtsvinding*

Wanneer de vraag moet worden beantwoord wat in een geval rechtens is, zal een jurist in de eerste plaats de relevante wettelijke regels trachten te distilleren uit het wetboek en de jurisprudentie. Is de relevante regel gevonden dan is daarmee vaak ook het antwoord gevonden. In de meeste gevallen zijn wettelijke voorschriften zo duidelijk dat zij bij hun toepassing geen moeilijkheden opleveren.⁶⁷ De rechter heeft in dergelijke gevallen een, wat Wiarda in zijn *Drie typen van rechtsvinding* noemt, ‘heteronome’ functie. De rechter kan zich beperken tot het kwalificeren van de feiten. De toepasselijke regel verbindt

63. Zie hierover uitvoerig Loth & Gaakeer 2002, p. 60-69.

64. Radbruch 1946, onder III.

65. Voor het Nederlandse recht geldt dat een dergelijke gedachte ook realiteit is geworden. Fundamenteel onrechtvaardige wetten zullen doorgaans strijdig zijn met één of meer bepalingen van internationale verdragen waarbij in het bijzonder kan worden gedacht aan het EVRM. Doordat het internationale recht prevaleert boven nationaal recht, zullen wettelijke bepalingen die strijdig zijn met de elementaire beginselen van rechtvaardigheid onverbindend zijn dan wel door de rechter buiten toepassing moeten worden gelaten.

66. Vgl. Alexy 2010, die spreekt over “*the dual nature of the law*”.

67. Wiarda 1988, p. 19.

aan de vastgestelde feiten een rechtsgevolg. De rol van de rechter is dan die van *bouche de la loi*.

Anders dan men hoopte ten tijde van de Franse revolutie blijkt de rol van de rechter niet steeds te kunnen worden gereduceerd tot subsumptie van de relevante feiten onder de relevante wettelijke regel. De wetgever kan niet alle mogelijke gevallen voorzien en is gedwongen met open normen te werken. Voorts kan de wetgever slechts regels stellen met een algemene strekking. Ook kunnen regels onderling conflicteren. Een belangrijk probleem is voorts dat in een specifiek geval een regel een onaanvaardbaar resultaat kan geven.

Wanneer het recht – al dan niet in samenhang met de feiten – meerduidig is, is het aan de rechter om te beslissen. In dergelijke gevallen heeft de rechtsvinding een – om in de terminologie van Wiarda te blijven – autonoom karakter.⁶⁸

3.4.4 De ‘realisten’

Het autonome karakter in de rechtsvinding wordt benadrukt door de ‘realisten’.⁶⁹ Deze stroming verwerpt de opvatting dat de rechter in beginsel slechts de spreekbuis van de wetgever behoort te zijn.⁷⁰

Het realisme is in Nederland verdedigd door onder meer Schoordijk. Schoordijk heeft betoogd dat het beeld van de rechter als een deductief denker onjuist is. De rechter denkt veelal juist met de wenselijke uitkomst als vertrekpunt. Vandaar wordt teruggedeneerd naar het systeem om de uitspraak te kunnen rechtvaardigen. In de realistische theorie van rechtsvinding wordt ervan uitgegaan dat men doorgaans het geheel van wettelijke voorschriften en precedentes tegemoet treedt met de gedachte dat “dit of dat uit de bus moet komen”.⁷¹ Wanneer wordt gewerkt met open normen, bepaalt het te bereiken resultaat de inhoud van de norm.⁷² De rechter beziet bewust of onbewust de consequenties van vele alternatieven en betreft deze in zijn oordeel. Heeft de rechter de keuze uit verschillende interpretatiemethoden dan kiest hij – al naar gelang het wenselijke resultaat – de methode die leidt tot het wenselijke resultaat.

Schoordijk acht een dergelijke realistische benadering ook wenselijk. *Einzelfallgerechtigkeit* dient voor *Normgerechtigkeit* te gaan volgens Schoordijk. Voor de goede uitkomst dient de systematisch juiste oplossing in hoge mate te wijken. Onder aanhaling van de Duitse rechtsfilosoof Esser verzet Schoordijk

68. Wiarda 1988, p. 19.

69. Zie voor een inleiding bijvoorbeeld Loth & Gaakeer 2002, p. 62-69.

70. De realistische stroming is nauw verwant aan het Amerikaanse pragmatisme. Een pragmatische rechtsvindingstheorie is ontwikkeld door Holmes. Vgl. Holmes 1897.

71. Schoordijk 1972, p. 11.

72. Schoordijk 1972, p. 9.

HOOFDSTUK 3

zich tegen het beeld van de rechter als een mechanisch, deductief denker die in zijn activiteit er slechts op is gericht zijn beslissing *systemfähig* te doen zijn.⁷³

Het aanvaarden van de opvatting dat een rechter ook steeds een persoonlijke mening heeft over de vraag ‘welke kant het op moet’ dwingt niet tot de conclusie dat zaken ook steeds op deze wijze worden beslist. Van de normatieve functie van regels en precedents zou in dat geval weinig overblijven.

Zoals opgemerkt, hecht Schoordijk aan het belang dat in een concreet geval de ‘goede’ uitkomst wordt bereikt. De vraag is of de rechter altijd de beslissingsruimte heeft om daar uit te komen waar hij uit wil komen. Weliswaar kan niet worden ontkend dat ook wanneer de regel volstrekt helder is, nog steeds sprake zal zijn van een zeker autonoom element in de beoordeling van het geschil. Het is immers aan de rechter te beoordelen of de regel van toepassing is. Maar indien een regel van toepassing is, stuurt de regel in de richting van een bepaalde uitkomst. De rechter zal zich vervolgens nog slechts kunnen afvragen of het resultaat aanvaardbaar is. Soms zal een letterlijke toepassing van het recht tot een onaanvaardbare uitkomst leiden.⁷⁴ Daardoor zal de vraag opkomen hoe een andere uitkomst kan worden bereikt.⁷⁵ Het aannemen van een uitzondering zal dan wel moeten kunnen worden gerechtvaardigd binnen het systeem. Is dat niet mogelijk, dan zal de rechter soms alleen kunnen verzuchten: “*lex dura sed lex*”. Zo beweegt de jurist zich in het rechtsvindingsproces heen en weer met als uiteindelijke doel een uitkomst te vinden die, wat Van Gerven en Lierman noemen, ‘gevoelsmatig evenwichtig’ is.⁷⁶

3.4.5 De invulling van de open norm

In het voorgaande is toegelicht dat de rechter zich bij het beslechten van een geschil aan de hand van de rechtsnorm, de jurisprudentie en de relevante omstandigheden naar een uitkomst wikt en weegt die zowel recht doet aan het systeem als aan het rechtsgevoel: die gevoelsmatig evenwichtig is. Hoe meer de

73. Schoordijk 1972, p. 11: “*Te velen denken nog, dat de wet per se dwingen kan tot een beslissing, die ook rechters als hard ervaren, maar welke hij en de burger maar te aanvaarden hebben. Hun ontgaat, dat zij de harde oplossing zelf willen, dat zij zich door wettelijke bepalingen of precedents, welke inhoud nog bepaald moeten worden, de wet laten voorschrijven in plaats van zich bewust te zijn van de noodzaak ‘durch Interessensbewertung die relevanten Bewusstseinsänderungen in der Bewältigung aktueller Sozialkonflikte nicht nur nach zuvollziehen, sondern neu zu vollziehen’*”.

74. Een voorbeeld betreft HR 13 juli 2007, NJ 2007, 504 m.nt. Mok (Barneveld/Gasunie), waarin het toepassen van de formele rechtskracht in het desbetreffende geval tot een onaanvaardbaar resultaat zou leiden.

75. Wiarda 1988, p. 20.

76. Van Gerven & Lierman 2010, p. 7, die onder ‘gevoelsmatig evenwichtig’ verstaan: “*dat het antwoord niet alleen juridisch correct moet zijn maar door de rechter ook moet worden aangevoeld als een voor partijen redelijke en billijke oplossing die bovendien consistent is met het rechtssysteem als geheel.*”

oplossing die het best past in het systeem en de oplossing die gevoelsmatig als juist wordt ervaren van elkaar verschillen, hoe lastiger dit proces zal zijn.

Naar mate een rechtsnorm een meer open karakter heeft, neemt ook de beoordelingsvrijheid van de rechter toe.

Het is de opkomst van de open norm – halverwege de vorige eeuw in het recht – die Wiarda motiveerde tot het schrijven van *Drie typen van rechtsvindings*, zo staat in zijn voorwoord bij de eerste druk.⁷⁷ Een open norm vergt een normatieve activiteit van de rechter. De rechter zal aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval moeten achterhalen of sprake is van een normschending.

De vrijheid van de rechter is niet onbegrensd. Ook indien de norm de rechter veel beoordelingsvrijheid laat, zullen de feiten niet elke beslissing kunnen rechtvaardigen. De omstandigheden van het geval moeten een oordeel kunnen dragen. Ook zal de rechter zich dienen te oriënteren op hoe eerder in de jurisprudentie is geoordeeld in vergelijkbare gevallen.

Stelt de open norm de rechter in staat achteraf het recht te maken? Deze vraag is bijvoorbeeld opgeworpen in de effectenlease-geschillen. De aanbieders van effectenlease-overeenkomsten hebben in hun procedures met gedupeerde lease-beleggers betoogd dat ingeval hen zou worden verweten onvoldoende krachtig te hebben gewaarschuwd voor de risico's die kleven aan beleggen met geleend geld, het recht met terugwerkende kracht zou worden gewijzigd omdat een dergelijke norm eerder niet bestond. Betoogd werd dat de informatie die was verstrekt aan de leasebeleggers voldoende inzicht bood in alle risico's. Naar de stand van het recht op het moment dat deze producten werden aangeboden kon niet worden gevegd dat men daarnaast ook nog eens krachtig zou waarschuwen voor deze risico's, te meer omdat bijvoorbeeld het *know your customer*-beginsel nog niet was verankerd in de (publiekrechtelijke) regelgeving.⁷⁸

Bij toepassing van een open norm – zoals de bijzondere zorgplicht voor banken – stelt de rechter achteraf vast hoe in het licht van het algemene karakter van deze norm, in het specifieke geval de grens van hetgeen had behoren te gebeuren is overschreden. Het verwijt dat de aanbieders van effectenleaseproducten wordt gemaakt door de Hoge Raad is dat zij bij het aanbieden van hun producten hadden moeten begrijpen dat door niet uitdrukkelijk te waarschuwen voor de risico's die kleefden aan beleggen met geleend geld, zij een (bijzondere zorgvuldigheids)norm overschreden. In dit oordeel ligt besloten de opvatting

77. Wiarda 1988, p. 6.

78. HR 5 juni 2009, RvdW 2009, 683-685. De Hoge Raad oordeelde dat de vraag in hoeverre de publiekrechtelijke regelgeving reeds het *know your customer*-beginsel omvatte geen beantwoording behoefde nu privaatrechtelijk op de banken steeds een bijzondere zorgplicht rustte (welke ook sinds jaar en dag in de algemene bankvoorwaarden is neergelegd).

HOOFDSTUK 3

dat de open norm veronderstelt dat degene tot wie de norm zich richt, het vermogen heeft om in het concrete geval in te zien hetgeen rechtens behoort.

Deze conclusie is van belang bij de beantwoording van de vraag naar de wijze waarop de rechter het recht bij open normen vindt. Open normen veronderstellen een operationeel normatief vermogen, om Dilthey aan te halen, dat aanwezig is in alle mensen. Hoe werkt dat vermogen?

3.5 De open norm: hoe bepalen we wat behoort te gebeuren?

3.5.1 *De mens als maat van alle dingen?*

Hoe werkt het vermogen van mensen om de goede van de slechte handeling te kunnen onderscheiden? Is – om met de sofist Protagoras te spreken – de mens, voor wat betreft de vraag wat goed is, zelf de maat van alle dingen? Protagoras verdedigde de opvatting dat alles is, zoals het een ieder toeschijnt. De een noemt het water koud. Voor hem is het water koud. Een ander noemt het warm. Voor hem is het water warm. Niet alleen betreffen alle opvattingen een mening, maar zij kunnen ook alle in gelijke mate claimen waar te zijn. Een intersubjectieve waarheid bestaat niet.

Plato verzette zich tegen de opvatting dat alle waarheid relatief was in die zin dat elke morele opvatting slechts als een ‘mening’ kan worden beschouwd.⁷⁹ De mens werd volgens Plato geboren in een goddelijke orde en diende te handelen naar zijn positie in deze orde. In de aan de mens gegeven orde had alles een eigen functie.

Om de goede van de slechte handeling te kunnen onderscheiden diende men na te gaan wat men diende na te streven. De vraag naar de goede handeling impliceerde een opvatting over hetgeen nastrevenswaardig was omdat men anders geen maatstaf had om de goede handeling te kunnen onderscheiden van de minder goede.⁸⁰ Uit kennis van de orde van de wereld (kennis van de ideeën) kon men ook afleiden hoe in overeenstemming met deze goddelijke orde gehandeld moest worden. Het goede als (hoogste) idee was dat element dat alle goede dingen en handelingen gemeenschappelijk hadden.⁸¹ Met behulp van de rede kon men kennis krijgen van de idee van het goede. In kennis van de natuur (en onze natuur) ligt ook de sleutel tot morele kennis besloten. Aan ons daarbij de taak ons verstand te laten prevaleren boven onze gevoelens, aldus Plato, die ons juist van het goede afleiden. Met onze rede kunnen we inzien wat goed is om te doen, niet met ons gevoel. Een opmerkelijke conclusie, die ook niet zonder kritiek is gebleven.

79. Störig 2002, p. 167.

80. MacIntyre 1967, p. 32.

81. Störig 2002, p. 168.

3.5.2 *De ervaring als bron van kennis*

Waar Plato de rede voorop stelde als bron van morele kennis heeft Hume min of meer het omgekeerde standpunt verdedigd. Nadat Descartes het dogmatische denken ten grave had gedragen en de twijfel tot het fundament van de filosofie had verheven – *cogito ergo sum* – kreeg de speurtocht naar de wijze waarop men tot ‘ware’ kennis kon komen een nieuwe impuls. Alleen de rede biedt daarvoor onvoldoende basis, aldus Hume. De bron van alle kennis is ergens anders gelegen: in onze ervaring.⁸²

Hume keerde zich tegen de menselijke neiging speculatief te denken. Mensen zijn geneigd verbanden in de natuur te projecteren die er wellicht helemaal niet zijn. Als men tot zekere kennis wilde komen, moest men het gespeculeer van onze rede wantrouwen. Om tot werkelijke kennis te komen was het volgens Hume nodig om elke vorm van ‘systeemdenken’, hoe ingenieus bedacht ook, te verwerpen, voor zover deze niet kon worden herleid tot ervaringsfeiten.

Ook voor morele vraagstukken geldt dat we niet op de rede maar op onze zintuigen moeten vertrouwen. Onze wil kan ook niet worden bewogen door ons verstand. Het verstand kan wel informatie verschaffen maar alleen met ons gevoel kunnen we deze informatie wegen en onze wil bepalen. Hume betoogt dan ook – anders dan Plato – dat het juist ons gevoel is, waarin ons vermogen tot moreel gedrag ligt besloten.⁸³

Hoe kunnen onze zintuigen ‘inzien’ wat moreel (on)juist is? Hume maakt daarvoor een onderscheid tussen degene die handelt (*the agent*), de ontvanger (*the receiver*) en de toeschouwer (*the spectator*). Het is de toeschouwer – de neutrale derde – die kan beoordelen of een handeling goed of slecht is. Net zoals hij kan zien dat een appel rood of groen is. Ziet hij de kleuren met zijn ogen, zijn *moral faculty* kan een handeling in moreel opzicht kwalificeren. Wanneer de *spectator* ziet dat de handeling pijn veroorzaakt bij de *receiver*, zal de toeschouwer deze handeling uit sympathie met de ontvanger als slecht kwalificeren. Wordt de ontvanger juist gelukkig van de handeling, dan brengt sympathie met de ontvanger mee dat de handeling als goed moet worden beoordeeld. Doordat het antwoord op de vraag of een handeling al of niet goed is volgt uit het gevoel dat een derde daarbij heeft, berusten morele oordelen uiteindelijk niet op de rede maar juist op ons gevoel, zo luidde het inzicht van Hume.⁸⁴

82. MacIntyre 1967, p. 169.

83. MacIntyre 1967, p. 170.

84. MacIntyre 1967, p. 163.

HOOFDSTUK 3

3.5.3 *Zijn en moeten*

In *A Treatise of Human Nature* verdedigt Hume de opvatting dat moraal niet op een louter rationele basis kan worden gestoeld.⁸⁵ Aan de constatering dat ik een goed mens *kan* zijn, kan nimmer logisch de conclusie worden verbonden dat ik ook goed *moet* zijn, aldus Hume. Onze ratio kan alleen mogelijkheden onderscheiden. Wij kunnen bijvoorbeeld bedenken dat we vrijgevig *kunnen* zijn. Maar daaruit volgt niet (noodzakelijkerwijs) dat we ook vrijgevig zouden *moeten* zijn. Wanneer men de vraag stelt waarom dat zou moeten, kan men bij elk argument wederom de vraag stellen “waarom dat een goed argument is”. Uiteindelijk zijn er geen rationele argumenten die ons dwingen de conclusie te aanvaarden dat vrijgevigheid goed is. Dit wordt ook wel het *is/ought*-probleem genoemd. Alleen met een beroep op ons gevoel kunnen we inzien dat vrijgevigheid een goede karaktereigenschap is, zo betoogt Hume.

Nu de rede volgens Hume geen basis voor moraal biedt, moet zij worden gevonden in ons gevoel. Het is ons gevoel – in het bijzonder ons vermogen tot sympathie met anderen – dat ons handelen stuurt. De rede is slechts instrumenteel aan ons gevoel, zij is slechts een *slave of the passions*.⁸⁶

Ten onrechte wordt Hume soms zo verstaan dat men uit de omstandigheden van het geval geen morele verplichting kan afleiden. Hume heeft alleen op de beperkingen van onze ratio willen wijzen. Onze ratio biedt een onvoldoende basis om een moreel oordeel als logisch noodzakelijk te kunnen funderen. Daarmee verzette Hume zich tegen denkers als Plato die wel geloofden dat ‘a priori’-kennis (voorafgaande aan onze ervaring) over het goede en slechte mogelijk is (de rationalisten). Maar dat laat onverlet dat bepaalde omstandigheden morele verplichtingen voor mensen kunnen scheppen. Als iemand een kind in het water ziet vallen heeft hij de morele plicht om datgene te doen wat in zijn macht ligt, omdat hij kan ‘voelen’ dat hij het kind dient te helpen, aldus Hume. Als iemand in een dergelijk geval alleen aan het redeneren slaat kan hij ook tot de conclusie komen dat het beter is om niets te doen omdat zijn pak net van de stomerij komt. Maar de gedachte die achter de open norm schuil gaat – dat mensen kunnen inzien hoe zij zich in bepaalde omstandigheden behoren te gedragen – wordt door Hume niet ontkend.

Problematisch in het denken van Hume is dat hij hoge eisen stelt aan onze ratio – door logische noodzakelijkheid te eisen als grondslag voor onze morele oordelen – terwijl eenzelfde kritische reflectie op de aard van onze gevoelens ontbreekt.⁸⁷ Hume veronderstelt eenvoudig dat onze gevoelens uniform zijn, nu wij allen delen in dezelfde menselijke natuur.

85. Hume (1740) 2003, III.1.1.27.

86. Hume (1740) 2003, II.3.3. Hume lijkt wel de mogelijkheid open te houden dat redenen onze *passions* – en daarmee ons beoordelingsvermogen – kunnen beïnvloeden.

87. MacIntyre 1967, p. 175.

3.5.4 De praktische rede als kompas

Aristoteles neemt in zekere zin een positie in tussen Plato en Hume. Volgens Plato kunnen we met onze rede ontdekken wat goed is en verkeerd, volgens Hume kan ons verstand ons niet *all the way* tot deze inzichten brengen en zijn het onze *passions* die uiteindelijk onze morele maatstaf vormen. Aristoteles betoogt in de *Ethica Nicomachea* dat een beoordeling van hetgeen goed is om te doen geen theoretische kennis van de natuur vergt – zoals Plato beweert – maar praktische kennis. De vraag naar hetgeen goed is om te doen, doet een beroep op ons vermogen om praktisch te kunnen denken.

Ter illustratie van het verschil in denken tussen Plato en Aristoteles kan het volgende dienen. Net als Plato signaleerde Aristoteles dat het begrip ‘goed’ geen eenduidige universele inhoud heeft maar naar een zeker doel verwijst.⁸⁸ In de zin “een goede plaats om te schuilen” refereert ‘goed’ aan een bepaalde locatie, in de zin “de goede hoeveelheid meel voor het bakken van een brood” aan een hoeveelheid. De betekenis van ‘goed’ is derhalve contextafhankelijk. ‘Goed’ houdt in geschikt zijn voor een bepaald doel.⁸⁹ De goede tactiek bezorgt je de overwinning. Een goed medicijn is een middel dat je beter maakt. Volgens Aristoteles maken we in ethische zin gebruik van het woord ‘goed’ om aan te geven wat de wenselijke handeling is.

Anders dan Plato meent, valt het goede volgens Aristoteles in abstracto niet te vatten. Het goede is zonder context een leeg begrip. De goede handeling betreft altijd een handeling die specifiek is voor de omstandigheden. Het goede verwijst daarmee niet naar een abstract idee maar juist naar een onherleidbare enkelvoudigheid die verbonden is aan een specifieke situatie. Net als Hume meent Aristoteles dat morele kennis niet louter met behulp van de rede valt te bepalen. Aristoteles en Hume bereiken deze conclusie langs verschillende wegen. Hume omdat hij de zintuigen als enige bron van ware kennis beschouwt en Aristoteles omdat het goede als begrip niet zinvol valt te isoleren van de context waarin het begrip gebruikt wordt.

Maar als het goede een eigenschap is van het specifieke geval, hoe kunnen we dan in het algemeen iets zeggen over wat een goede handeling is? Volgens Aristoteles vergt het vellen van een moreel oordeel *phronesis*. Dit begrip laat zich vertalen als praktische wijsheid. Het onderscheiden van het goede komt volgens Aristoteles neer op het bepalen van ‘het juiste midden’ in de omstandigheden van het geval. In een goede handeling heeft alles de juiste maat. Deze vaardigheid moet een mens zich zien te verwerven. De ‘deugdzame’

88. *Ethica Nicomachea*, Boek I (1096a23).

89. Bij Aristoteles is het hoogste doel ‘geluk’; het enige wat wordt nagestreefd omwille van zichzelf en niet omwille van iets anders. Het geluk valt men uiteindelijk ten deel door het leven van een goed leven.

HOOFDSTUK 3

heeft het vermogen om steeds de juiste keuzes te maken. De Aristotelische stroming binnen de ethiek wordt daarom ook wel de ‘deugdethiek’ genoemd.

Bepaalt de mens zelf hetgeen ‘het juiste midden’ is? De mens is volgens Aristoteles niet zijn eigen maat. De mens heeft tot taak zijn eigen ‘vorm’, dat in deze valt te verstaan als zijn eigen menselijkheid, te verwezenlijken. In de vorm van de mens ligt bijvoorbeeld besloten dat hij een sociaal dier (*zoön politikon*) is. Bij het zoeken naar het juiste midden, dient hij rekening te houden met de sociale orde waarin hij leeft.

Om te kunnen beoordelen wat voor een mens goed is om te doen, moet men de desbetreffende persoon kennen en alle omstandigheden waarin die persoon zich bevindt. Een ‘goede handeling’ verwijst daardoor naar een specifiek geval waarin die handeling goed is. Daarmee verwijst ‘het goede’ naar een particulariteit die uiteindelijk niet valt te abstraheren van de situatie. Ter verduidelijking: wanneer je wordt gevraagd een oordeel te vellen in een concreet geval met de mededeling dat je 99% van de feiten zal worden verteld, zal de ontbrekende 1% je hinderen in je oordeelsvorming. Alles kan daardoor anders komen te liggen. Bekendheid met alle (relevante) omstandigheden van het geval is nodig voor een afgewogen oordeel. Dat inzicht vormt de basis van de moraalfilosofie van Aristoteles.

Waar Plato aan de sofisten tracht te ontsnappen door het goede als (hoogste) idee te postuleren, probeerde Aristoteles (net als Hume na hem, zij het op een wat andere wijze) het goede te funderen in de menselijke natuur.⁹⁰ Net als Plato ontkomt Aristoteles aan het relativisme van de sofisten, voor wie alle opvattingen niet meer dan een mening waren. Waar Hume vertrouwde op een eenduidig gevoel in mensen, vertrouwt Aristoteles op een universeel vermogen van mensen tot praktische wijsheid. Alle ‘deugdzamen’ zullen in gelijke omstandigheden dezelfde keuze maken. Of die aanname juist is, betreft een vraag die nog steeds vele pennen in beweging houdt.

3.5.5 *De particulariteit van het goede*

Moderne ethische theorieën hebben het inzicht van Aristoteles uitgewerkt dat de vraag naar de ‘goede handeling’ geen vraag betreft naar een abstract idee omtrent het goede (zoals bij Plato), maar het goede afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Een notie waarmee de jurist vertrouwd is.

Als de omstandigheden van het geval beslissend zijn voor de vraag of een handeling al dan niet goed is, heeft dat een belangrijke consequentie. Morele regels kunnen dan alleen in algemene zin iets uitdrukken over hetgeen goed is om te doen. Het vermogen de goede van de minder goede handeling te onderscheiden kan – doordat de ‘goede handeling’ niet naar een abstract idee verwijst maar steeds een specifieke situatie veronderstelt – slechts op een

90. Hume in het gevoel, Aristoteles in de *phronesis* van mensen.

onvolledige wijze (want geabstraheerd van zijn context) naar een regel worden vertaald.⁹¹

Regels kunnen dan ook alleen nog worden beschouwd als ‘richtlijnen’ om naar te handelen.⁹² Maar een bepaalde handeling kan niet worden gerechtvaardigd, louter met een beroep op een regel. De vraag of die handeling moreel juist is, hangt immers uiteindelijk af van de omstandigheden van het geval.

Tegen deze achtergrond moeten morele regels worden verstaan als algemeenheden die worden afgeleid van hetgeen doorgaans door mensen in concrete gevallen als ‘goed om te doen’ is geoordeeld. Regels zijn abstracties van hetgeen in een verzameling van gelijke gevallen in het verleden als ‘goed’ is beschouwd.⁹³

Wanneer regels moeten worden beschouwd als een samenloop van een-sluidende oordelen over hetgeen in bepaalde situaties goed is om te doen, volgt daaruit dat de toepassing van een morele regel geen garantie biedt op een ‘goed’ resultaat. Die kant rolt de bal niet op. Regels kunnen hooguit een systematisch ‘juist’ resultaat genereren. Regels bieden geen garantie dat het resultaat ook ‘goed’ is, in de zin van rechtvaardig of moreel juist. Een systeem van regels – bijvoorbeeld een rechtssysteem – kan doordat in de regels ligt besloten hetgeen over het algemeen als de wenselijke uitkomst wordt gezien, alleen uitkomsten genereren die *in het algemeen* zullen samenvallen met de wenselijke uitkomst.

Sandel heeft als voorbeeld gewezen op de regel ‘liegen is verkeerd’.⁹⁴ Deze regel is zo geformuleerd en geaccepteerd omdat men over het algemeen ‘de waarheid spreken’ als goed beoordeelt en liegen als ‘fout’. Wanneer een man met een pistool in zijn hand in zeer emotionele toestand aan je vraagt waar persoon Y woont, dien je dan de waarheid te vertellen? Als jij weet dat Y op dat moment bij de burens in de tuin zit, lijkt het bezwaarlijk de geëmotioneerde man met het pistool daarover te informeren.⁹⁵ Soms is het juist goed om niet de (hele) waarheid te spreken. Niemand zal beweren dat in het licht van het vorige voorbeeld er iets mis is met de regel ‘liegen is verkeerd’. In de wijze waarop wij morele regels verstaan ligt besloten de opvatting dat een morele regel aangeeft hetgeen *over het algemeen* juist is om te doen.

91. Kekes, p. 129.

92. Onder meer door Nieuwenhuis (1976, p. 495) is erop gewezen dat de Anglo-Amerikaanse rechter, gechargeerd gesproken, inductief redeneert – hij distilleert vanuit de te beslissen situatie een ‘regel’ – terwijl de continentale rechter vanuit de regel die aan hem gegeven is, het concrete geval tracht te beslissen. In beide benaderingen heeft de regel een richtlijn functie om te bewerkstelligen dat gelijke gevallen ook gelijk worden beoordeeld.

93. Claes heeft in zijn proefschrift betoogd dat de trias ‘feit, regel & beslissing’ versluiert dat in het rechtsvindingsproces eigenlijk het ‘gedragspatroon’, waarvan de regel een articulatie is, centraal staat. Dit achterliggende gedragspatroon is het verbindende element tussen de regel, de feiten en de beslissing. Claes 2003, p. 127-136.

94. Vgl. Sandel 2009, p. 132.

95. Alleen de zuivere Kantiaan zal dit ontkennen. In die visie gaat de eigen plicht altijd voor, ook als dit onevenredige risico’s voor derden in het leven roept.

HOOFDSTUK 3

Dat ons oordeel aan de regel vooraf gaat, blijkt ook wanneer wij ons afvragen of we de regel moeten volgen dan wel er een uitzondering dient te worden gemaakt. Hebben we eenmaal geoordeeld dat in een geval ‘een bepaalde regel moet worden gevolgd’, dan is daarmee de uitkomst gegeven. Deze uitkomst ligt besloten in het oordeel of in het concrete geval bijvoorbeeld de regel ‘liegen is verkeerd’ dient te worden gevolgd of een uitzondering moet worden gemaakt. Een vraag die de regel zelf niet kan beantwoorden.

De gedachte dat morele regels richtlijnen zijn, die uitdrukking geven aan hetgeen in het levende morele bewustzijn van mensen over het algemeen als wenselijk wordt beschouwd, heeft belangrijke implicaties voor het denken over grondrechten. Daaruit volgt dat grondrechten niet kunnen worden geacht regels te bevatten die kunnen worden gevolgd om te beoordelen welk belang voorrang moet krijgen wanneer verschillende belangen om voorrang strijden.

Ik geef een voorbeeld. Iedereen wil graag in vrijheid zijn gedachten kunnen articuleren. Aan deze wens dankt het recht op de vrijheid van meningsuiting zijn bestaan. Voorts wil iedereen ook graag zelf kunnen bepalen wat hij gelooft. Om die wens te vervullen is het recht op de vrijheid van godsdienst bedacht.

Over de waarden die deze beide grondrechten articuleren bestaat weinig onenigheid. Wat deze grondrechten niet tot uitdrukking brengen is hetgeen dient te gebeuren wanneer beide rechten met elkaar in conflict komen (bijvoorbeeld bij de ‘Mohammed spotprenten’). Grondrechten bevatten een algemene uitdrukking van hetgeen in het algemeen van waarde is, maar geen conflictregel over welke waarde in het specifieke geval voorrang dient te verkrijgen, juist vanwege hun algemene strekking. Een antwoord op die vraag kan dan ook niet worden ‘afgeleid’ uit de grondrechten zelf.

Het voorgaande kan als volgt worden samengevat. Regels zijn onontbeerlijk omdat hetgeen goed is om te doen zich in concrete gevallen moeilijk laat communiceren zonder gebruik te maken van regels. Zo leren we onze kinderen dat het verkeerd is om te liegen. Daarbij hopen we direct dat zij ook zullen leren dat deze regel niet steeds strikt moet worden toegepast, maar uitzondering behoeft ingeval andere belangen zwaarder dienen te wegen. Morele regels zijn geen natuurkundige wetten. Maar als morele regels ons niet, althans niet zonder meer, naar het juiste morele oordeel kunnen leiden, maar juist van onze morele oordelen in particuliere situaties zijn afgeleid, dringt de vraag zich op: hoe komt een moreel oordeel tot stand? Als de regel zelf niets zegt over wat te doen bij conflicten tussen regels, zijn daarbuiten dan conflictregels te ontdekken?

3.6 De kunst van het oordelen

3.6.1 Drie meta-ethische theorieën

Hoe kunnen mensen in een concreet geval de goede van de minder goede handeling (of beslissing) onderscheiden? In de filosofie worden ethische theorieën die op deze vraag een antwoord formuleren traditioneel ingedeeld in drie typen theorieën (ook wel ‘meta-ethische’ theorieën genoemd). Deze drie theorieën merken respectievelijk als juist aan de handeling (i) die met de juiste intentie wordt verricht (de deontologen), (ii) die de meest wenselijke gevolgen genereert (de utilitaristen), en (iii) die het meest deugdzaam is (de deugdethici).⁹⁶

Volgens de ‘deontologen’ – waarvan Kant de beroemdste wegbereider is – dient men steeds na te gaan wat zijn plicht is. Indien men zijn plicht vervult bestaat in ieder geval de intentie om het goede te doen, zo is de redenering. Het nadeel van deze theorie is – kort gezegd – dat je iemand strikt genomen niet een cadeau voor zijn verjaardag moet geven uit genegenheid, maar omdat het ‘je plicht’ is. Kant legt de nadruk op het verstandelijk karakter van de mens. Zijn *Mensch* lijkt daardoor soms niet werkelijk van vlees en bloed.

In het utilitarisme – waarvan John Stuart Mill als aartsvader kan worden beschouwd – kijkt men juist naar de gevolgen van een handeling om te beoordelen of een handeling goed is. Er zijn verschillende utilitaristische stromingen. Ze hebben doorgaans als maatstaf gemeen dat die handeling goed is, die het beste het geluk van alle mensen bevordert. Het klassieke nadeel van deze theorie is dat het geluk van velen kan derogeren aan het geluk van het individu. Een utilitarist moet een oplossing zien te bedenken voor het probleem dat je volgens de *greatest happiness for the greatest number*-regel na een ernstig misdrijf een onschuldig persoon moet opsluiten wanneer de overige inwoners van het land daardoor een veiliger gevoel krijgen.

Bij Aristoteles zijn – zoals hiervoor toegelicht – het noch de juiste intenties noch de meest wenselijke gevolgen maar is het ‘het juiste – deugdzaam – karakter’ van iemand dat de goede handeling voortbrengt. Alleen een verstandig (deugdzaam) persoon zal kunnen inzien hetgeen een bepaalde situatie van hem vergt. Het komt daarbij aan op het bepalen van de juiste maat. Wanneer we te weinig moed tonen, zijn we laf, wanneer we teveel moed tonen overmoedig, aldus Aristoteles. De deugdzaam – die over het juiste karakter beschikt – zal steeds het juiste midden weten te vinden.⁹⁷

96. Als een vierde hiervan te onderscheiden moderne stroming zou nog kunnen worden gewezen op Scanlon’s ‘contractualisme’, dat voortborduurt op de theorie van rechtvaardigheid die is ontwikkeld door Rawls, waarbij het ideaal van rechtvaardigheid van ons vergt dat we handelen vanuit beginselen die door redelijke mensen in vrijheid zouden zijn gekozen vanuit de positie van de ‘veil of ignorance’.

97. *Ethica Nicomachea*, Boek II,2.6.

HOOFDSTUK 3

Aristoteles twijfelt er niet aan dat de deugdzame weet wat van hem verlangd wordt. Zo wordt in de ethiek van Aristoteles verondersteld dat ieder zich heeft te gedragen met inachtneming van zijn positie in de samenleving.⁹⁸ Hetgeen nastrevenswaardig is in het leven, is daarmee in belangrijke mate aan ieder mens gegeven. De gedachte dat een mens zelf kan kiezen hetgeen hij nastrevenswaardig acht in het leven, vindt men niet gearticuleerd in de *Ethica Nicomachea*. Het komt er voor de individuele mens op aan zijn karakter zo te ontwikkelen dat hij zijn handelingen als vanzelf laat samenvallen met hetgeen van hem wordt verlangd. Daarmee veronderstelt Aristoteles het bestaan van een universele (materiële) ethiek. In iedere situatie weet de ‘deugdzame’ precies wat hij moet doen.

Inmiddels is de concurrentie op de markt van ideeën over hetgeen men zou moeten nastreven in het leven flink toegenomen. De opvattingen over welk gewicht aan welke waarden moet worden toegekend verschillen. Dit wisselende krachtenveld is ook goed zichtbaar in discussies over grondrechten. De vraag wanneer een inbreuk op een grondrecht is geoorloofd of welk grondrecht voorrang behoort te krijgen wanneer twee grondrechten conflicteren wordt onder meer beïnvloed door de waarde die verschillende personen toekennen aan het belang dat met een bepaald grondrecht wordt beschermd in de concrete situatie.

Zijn deze conflicten oplosbaar? Kunnen onze verschillende waarden uiteindelijk worden herleid tot eenduidig systeem dat conflicten kan oplossen? Isaiah Berlin heeft deze vraag in zijn boek *Four Essays on Liberty* ontkennend beantwoord.⁹⁹ Volgens Berlin kunnen – wanneer in een bepaald geval twee waarden botsen – verschillende antwoorden verdedigd worden op de vraag welke waarde prioriteit dient te krijgen, terwijl deze antwoorden – hoewel tegenstrijdig – beide redelijk en rationeel zijn. De persoon die de keuze dient te maken zal dan zelf moeten oordelen wat hij het meest nastrevenswaardig acht. Een noodzakelijk onderdeel van het leven is dat men keuzes maakt over hetgeen men nastrevenswaardig vindt.¹⁰⁰ Het is aan de staat te verzekeren dat een ieder in vrijheid dit soort keuzes kan maken.¹⁰¹

98. Vgl. King 2003, die opmerkt dat in de *Bhagavad-Gita* een concept van natuur recht naar voren komt dat het belang van de juiste ontwikkeling van een universeel aspect van de menselijke natuur – zijn bewustzijn – tot uitgangspunt neemt. Een gezond persoon met een ontwikkeld verstand, heldere geest die zijn emoties in balans heeft is het best in staat tot ethisch gedrag, zo is het uitgangspunt in zowel het Boeddhisme als bij Aristoteles.

99. Vgl. ook het voorbeeld dat Sartre geeft in zijn lezing ‘Het existentialisme is een humanisme’, waarbij een jongeman zich afvraagt of hij in het verzet moet gaan om de dood van zijn broer te wreken of juist thuis moet blijven om zijn hulpbehoevende moeder te helpen. Wat zou je hem kunnen adviseren? Uiteindelijk niets, zegt Sartre, omdat iedereen zelf verantwoordelijk is te kiezen hoe hij wil leven.

100. Berlin (1969) 2002, p. 43.

101. Berlin (1969) 2002, p. 178. Berlin gebruikt in dit verband ook wel de term *positive liberty*.

Het ethisch pluralisme – de stroming die leven werd ingeblazen door Berlin – gaat ervan uit dat juist omdat waarden zullen conflicteren – en soms meer keuzen redelijkerwijze verdedigbaar zijn – het niet mogelijk is om ‘objectieve’ formules te bedenken die waarden kunnen wegen.¹⁰² Hoe een keuze uitvalt, hangt soms af van wat men in het leven het meest nastrevenswaardig acht. De één wil graag een groot kunstenaar worden, de ander streeft naar innerlijke rust en wordt monnik. Afhankelijk van het gekozen leven, zal men de op het spel staande belangen soms verschillend wegen.

Waardenpluralisme is daardoor alleen te bestrijden indien men ook voor het leven zelf uitgaat van de gedachte dat er maar één juiste wijze van leven is. Die gedachte laat weinig ruimte voor de individuele mens zelf voor een bepaald leven te kiezen. Wil men een ‘goed mens’ zijn, dan is er maar één juiste weg. Al naar gelang de omstandigheden dient men te handelen conform het ideaal van dat juiste leven.

Volgens Berlin is het een utopie om te denken dat men een systeem zou kunnen bedenken waarin alle waarden kunnen worden gerangschikt naar belang en waarmee conflicten tussen waarden kunnen worden opgelost. Pogingen daartoe hebben geleid tot “absurdities in theory and barbarous consequences in practice”, aldus Berlin.¹⁰³ Het ethisch pluralisme betreft een meta-ethische theorie die de aanspraak op universele waarheid van de andere hiervoor aangehaalde meta-ethische theorieën relativeert. Is dan uiteindelijk alles toch relatief?

3.6.2 *Relativiteit*

Berlin’s essays over vrijheid lijken naar de kern genomen dezelfde strekking te hebben als de essays van Montaigne.¹⁰⁴ Beide lezen als een waarschuwing voor de maar al te menselijke neiging onzekerheid te willen blussen met waarheden. Persoonlijke ervaringen hebben bij beiden een rol gespeeld. Berlin schreef zijn meest beroemde werken vlak na de Tweede Wereldoorlog, Montaigne schreef zijn *Essais* tegen de achtergrond van bloedige godsdiensttwisten in 16^{de} eeuw.¹⁰⁵

Berlin is bekritiseerd omdat zijn theorie zou leiden tot relativisme.¹⁰⁶ Wanneer wij erkennen dat wij geen maatstaf kunnen formuleren om waarden mee te wegen, zou het gevolg zijn dat elke morele opvatting in een gelijke mate een aanspraak op waarheid kan maken, aldus Berlin’s criticasters.

De vraag is of dat laatste juist is. Mensen hebben morele opvattingen tegen de achtergrond van een bepaalde zienswijze op het goede leven.¹⁰⁷ Aan een

102. Berlin (1969) 2002, p. 47.

103. Berlin (1969) 2002, p. 47.

104. Zie over deze wat meer verborgen strekking van de *Essais*: Bakewell 2010.

105. Zo werden in de Bartholomeusnacht in 1572 naar schatting 20.000 Hugenoten omgebracht.

106. Voor een overzicht van literatuur met kritiek op het ethisch pluralisme, zie Harris 2002, p. 359.

107. Zie daarover uitvoerig Taylor (1989) 2007, p. 39.

HOOFDSTUK 3

voorkeur voor thee boven koffie ligt geen reden ten grondslag, anders dan een variatie in de sensatie van smaakpupillen.¹⁰⁸ Achter morele opvattingen liggen overtuigingen. Overtuigingen over hetgeen van waarde is en daardoor nastrevenswaardig is in een leven.

De keuze voor een levenswijze beïnvloedt de wijze waarop men morele keuzes maakt. Gesteld voor een morele keuze in een concreet geval zal men die belangen laten prevaleren die het beste passen bij het type leven dat men wenst te leven. Een vrijheid om te kunnen leven zoals men zelf wenst impliceert dat het recht ruimte moet laten voor een diversiteit aan levenswijzen. Het recht, en met name ook grondrechten, beoogt die ‘vrijheid’ te verzekeren.

Hoewel grondrechten de ruimte scheppen voor meer perspectieven op ‘het goede leven’, ligt in het recht ook besloten de opvatting dat er grenzen zijn aan de vrijheid om te willen leven zoals men wenst. Met name daar waar de vrijheden van anderen beginnen.

Er mogen dan meer opvattingen omtrent hetgeen goed is om te doen verdedigbaar zijn, maar daaruit volgt niet dat we elke opvatting even goed moeten achten.¹⁰⁹ Zo merkt Hume weliswaar terecht op dat het niet ‘onlogisch’ is om het krabben aan een vinger te verkiezen boven het redden van de wereld, maar een dergelijke voorkeur is – hoewel niet in strijd met de regels der logica – niet redelijk.¹¹⁰ Zo vond ook Hume.

Van belang is dat het niet de afwezigheid van rationaliteit is die deze keuze ‘niet redelijk’ maakt. Het is juist heel rationeel om bij veel jeuk aan je vinger het krabben te verkiezen boven het einde van de wereld. Wat deze keuze niet redelijk maakt, is de afwezigheid van voldoende oog voor de belangen van anderen. De ‘redelijkheid’ refereert hier aan de wijze waarop belangen worden gewogen.

Ook rechtens wordt niet iedere keuze gerespecteerd. Wanneer iemand een kind in een vijver ziet vallen, dan wordt hij daarmee voor een keuze gesteld. Laat hij het belang van een droog pak prevaleren boven het belang van het kind? Het recht veronderstelt dat een mens in een dergelijk geval kan inzien wat de redelijke keuze is en wat niet.

De wereld manifesteert zich in een oneindig aantal variaties en dwingt mensen – als zelf- en omgevingsbewuste personen – steeds opnieuw te kiezen. Juist omdat de wereld in een oneindig aantal variaties aan ons verschijnt, is het werken met open normen in het recht ook onvermijdelijk. In de open norm ligt besloten de opvatting dat sommige keuzes niet redelijk zijn. Open normen in het recht veronderstellen het vermogen in mensen om in specifieke situaties vast te stellen wat nog een redelijke afweging van belangen is en wat niet.

108. Vgl. Sandel 2009, p. 108.

109. Vgl. Sen 2009, p. 31-51.

110. *Treatise of Human Nature*, Book II, Of the passions, Sect. III, ‘Of the influencing motives of the will’.

Tegen deze achtergrond moet ook de redelijkheidstoets die het EHRM hanteert worden verstaan. Bij de beoordeling van de vraag of in een concreet geval een inbreuk op een grondrecht kan worden gerechtvaardigd eist het EHRM dat sprake moet zijn van een *fair balance* tussen de mate waarin inbreuk wordt gemaakt en het belang dat met de inbreuk wordt gediend. Het EHRM hanteert op deze wijze de redelijkheid als maatstaf.

De opvattingen over wat in een bepaald geval ‘redelijk’ is kunnen verschillen. Hoe ‘objectief’ kan een rechter oordelen wanneer hij wordt gevraagd te beoordelen wat redelijk is?

3.6.3 Objectiviteit

Zijn al onze oordelen eigenlijk niet meer dan opvattingen of is een moreel oordeel als ‘genocide is afschuwelijk’ gewoon een feit? Deze vraag houdt filosofen al eeuwen verdeeld.¹¹¹ Een aan deze (ontologische) vraag verbonden en al even omstreden vraag betreft de (epistemologische) vraag met welke maatstaf wij ware van onware uitspraken (in dit geval op moreel vlak) kunnen onderscheiden?

Zowel ‘waarheid’ als ‘objectiviteit’ zijn in de menswetenschappen problematische begrippen gebleken.¹¹² De oorzaak daarvan is de natuurwetenschappelijke connotatie die in het spraakgebruik aan beide begrippen kleeft. In de

111. Zie voor deze discussie in een rechtsfilosofisch kader: Dworkin 1996, pp. 87-97.

112. Over het onderscheid tussen objectiviteit en subjectiviteit in de wetenschap heeft John Searl het volgende opgemerkt (Searl 2011): “*There is so much confusion surrounding the notions of objectivity and subjectivity that I need to say a word to clarify them. In one sense, the objective/subjective distinction is about claims to knowledge. I call this the epistemic sense. A claim is said to be objective if its truth or falsity can be settled as a matter of fact independently of anybody’s attitudes, feelings, or evaluations; it is subjective if it cannot. For example, the claim that Van Gogh died in France is epistemically objective. But the claim that Van Gogh was a better painter than Gauguin is, as they say, a matter of subjective opinion. It is epistemically subjective. In another sense, the objective/subjective distinction is about modes of existence. I call this the ontological sense. An entity has an objective ontology if its existence does not depend on being experienced by a human or animal subject; otherwise it is subjective. For example, mountains, molecules, and tectonic plates are ontologically objective. Their existence does not depend on being experienced by anybody. But pains, tickles, and itches only exist when experienced by a human or animal subject. They are ontologically subjective.*” Volgt men het onderscheid dat Searl maakt tussen subjectiviteit en objectiviteit, dan zou men wellicht alleen van ‘regels’ kunnen betogen dat zij objectief ‘bestaan’, in ieder geval in epistemologische zin. De vraag of een regel ook in ontologische zin objectief kan bestaan lijkt mij zinledig, aangezien een regel in ontologische zin niet meer is dan een serie tekens op een papier, die eerst tot leven komen doordat een persoon ‘begrijpt’ wat die tekens uitdrukken en in zoverre die persoon nodig hebben om (ten volle) te kunnen ‘bestaan’. In het recht wordt echter niet zozeer de regel ‘an sich’ bestudeerd als wel de toepassing ervan. De toepasselijkheid van een regel vergeet evenwel steeds een menselijk oordeel, zodat alsdan steeds sprake is van een subjectief →

HOOFDSTUK 3

natuurwetenschappen geldt als waar hetgeen (vooralsnog) onweerlegbaar is. Hetzelfde verlangen in de menswetenschappen ziet voorbij aan de bijzondere aard van de menswetenschappen.¹¹³

Een begrip als waarheid vraagt om een bepaalde maatstaf. Aan de hand van welke maatstaf kunnen we testen of iets waar is? Het probleem is – zoals in de klassieke oudheid reeds bekend was – dat van elke maatstaf die men formuleert gevraagd kan worden “waarom die maatstaf waar is”? Een waarheidsmaatstaf kan niet worden geformuleerd zonder in een oneindige regressie te belanden. Moet dan de conclusie zijn dat – omdat geen sluitende waarheidsmaatstaf geformuleerd kan worden – niets ‘waar’ kan zijn? Het probleem met die conclusie is dat de opvatting ‘niets is waar’ circulair is. Als niets waar is, kan die uitspraak ook niet waar zijn.

In de natuurwetenschappen laat het voornoemde probleem zich in praktische zin in ieder geval oplossen door als waarheid te aanvaarden hetgeen nog niet is gefalsificeerd (Popper’s falsificatie-theorie). Zo kan men een natuurkundige theorie voor waar houden, zolang proefondervindelijk het tegendeel niet is bewezen. Maar hoe zou men morele uitspraken kunnen ‘falsificeren’?

In de natuurwetenschappen betekent falsificeren in hoge mate ook constateren (meten). Zo kan men de valsnelheid van een appel ‘constateren’. Omdat de valsnelheid niet afhankelijk is van mijn wil over wat die zou moeten zijn, valt de valsnelheid ‘objectief’ te meten. Een ieder zal eenzelfde valversneling vinden.

Over morele vragen valt een verdeeldheid in opvattingen te constateren. Dat sluit niet uit dat er maar één opvatting ‘waar’ is, maar de vraag is wel hoe we die dan kunnen vaststellen. Van een bal kan men zien of die rood is of niet. De valsnelheid kan men meten. Maar hoe zouden we een morele claim kunnen

moment. Dat heeft tot gevolg dat alle claims op waarheid binnen het recht – die niet louter zien op het bestaan van een regel – als ‘subjectief’ moeten worden aangemerkt, in zowel epistemologische als in ontologische zin. Daarmee is niet gezegd dat alle opvattingen over het recht eigenlijk ‘arbitrair’ zijn. Het begrip ‘subjectief’ houdt ook niet in ‘willekeurig’ of ‘gevoelsmatig’, maar ‘afhankelijk van een menselijk oordeel’. Aanspraken op hetgeen rechtens geldt kunnen derhalve niet gereduceerd worden tot ‘ook maar een mening’, aangezien daarmee wordt voorbij gegaan aan de onder aanspraken liggende argumenten.

113. Fishkin (1986) heeft laten zien dat deze natuurwetenschappelijke waarheidsopvatting ertoe leidt dat mensen zichzelf waar het betreft morele oordelen vaak als subjectivist of relativist beschouwen. Mensen bleken aan ‘objectieve’ morele oordelen de volgende eisen te stellen:

1. het heeft een grondslag die niet rationeel ter discussie gesteld kan worden.
2. het moet dwingend afgeleid kunnen worden uit principes.
3. het moet steeds één eenduidig antwoord geven.
4. het heeft het perspectief van een strikt onbevooroordeelde en moreel neutrale waarnemer.
5. het moet ook gevoelsmatig juist zijn.

Mensen die zichzelf als een relativist beschouwen, menen dat noch hun eigen oordelen, noch die van anderen aan deze eisen voldoen. Fishkin bestrijdt in zijn boek dat deze eisen kunnen worden gesteld, wil sprake zijn van een ‘objectief’ moreel oordeel.

verifiëren? Is het voldoende dat beelden van genocide ons doen huiveren?¹¹⁴ Kan de rede ons hier helpen? Indien – zoals Berlin beweert – soms verschillende morele keuzen rationeel verdedigbaar zijn, dan lijkt de rede ook niet steeds de ultieme maatstaf te kunnen zijn. Het is nu juist in de ‘hard cases’ – waarin verschillende opvattingen rationeel verdedigbaar lijken – dat men graag over een handvat zou beschikken.

3.6.4 *Dworkin's right answer thesis*

Ook al blijkt een maatstaf voor het onderscheiden van waarheid een netelige kwestie, het heeft Dworkin er niet van weerhouden om de stelling te betrekken dat ook in *hard cases* er altijd maar één juist (waar) antwoord is.¹¹⁵ Achter deze opvatting schuilt zijn vrees dat anders zou moeten worden erkend dat de rechter *retro-actively* het recht bepaalt op basis van een eigen discretionaire bevoegdheid. De woorden van een rechterlijke uitspraak suggereren dan weliswaar dat een partij steeds het recht aan zijn zijde heeft gehad, maar dat is dan eigenlijk een fictie. De *right answer thesis* is een poging om aan deze conclusie te ontkomen. De rechter moet niet het recht ‘uitvinden’ maar de *right answer* vinden.¹¹⁶

Deze opvatting sluit aan bij zijn overtuiging dat er ook op moreel terrein objectieve waarheden bestaan, ook al kunnen we wellicht niet een systeem bedenken om deze waarheden steeds vast te stellen. Het sluit niet uit dat een soort ‘supermens’ deze waarheden wel zou kunnen zien. Dworkin introduceert daarvoor de mythische figuur Hercules. Hercules is de ideale rechter, oneindig wijs en slim. Hij is de vleesgeworden Platoonse ‘idee’ rechter. Hercules zou in *hard cases* steeds de *right answer* weten te vinden. Dat een figuur als Hercules in staat zou zijn om steeds *the right answer* te vinden gaat terug op de idee bij Dworkin dat er een maatstaf bestaat om de rechten en vrijheden die mensen toekomen te wegen. Mensen hebben individuele rechten:

“when, for some reason, a collective goal is not a sufficient justification for denying them what they wish, as individuals, to have or to do, or not a sufficient justification for imposing some loss or injury upon them.”¹¹⁷

114. Langs deze lijn redeneert bijv. Thomas Nagel. Volgens Nagel bevat de wereld zoals wij die ervaren morele waarheden (moreel realisme). Zo is elk vorm van menselijk lijden verkeerd en dient daarom te worden bestreden. Zie Nagel 1986.

115. Dworkin (1977) 1994, p. 280.

116. *Right* is die uitspraak die zich het beste verhoudt tot precedenten en rechtsbeginselen. Het is aan de rechter tot die uitspraak te komen die zo coherent mogelijk is met het bestaande systeem van waarden en beginselen zoals die tot uitdrukking worden gebracht in het recht. Zie Loth & Geekeer 2002, p. 74.

117. Dworkin (1977) 1994, p. xi.

HOOFDSTUK 3

Het (ten minste theoretisch kunnen) bestaan van een utilitaristische maatstaf is een belangrijke assumptie in het denken van Dworkin. Het biedt de hoop dat er – ten minste in theorie – een maatstaf valt te ontwikkelen aan de hand van welke waarden zouden kunnen wegen.¹¹⁸

Wat hier verder ook van zij, de introductie van Hercules met zijn *gods eye point of view*, impliceert een erkenning van de opvatting dat gewone stervelingen nimmer overeenstemming zullen kunnen bereiken in *hard cases over the right answer*. Wij zijn nu eenmaal niet ‘alwetend’. Een oplossing waarmee we in de praktijk vooruit kunnen om tot meer objectiviteit te komen kan Dworkin ons niet geven, alleen de hoop – voor zij die daarin willen geloven – dat we het ideaal dat in het recht elke vraag maar één (objectief) waar antwoord kent, niet hoeven op te geven.

Degenen die niet met Dworkin willen meegaan hoeven het begrip objectiviteit niet direct als onhaalbaar ideaal te verlaten.¹¹⁹ Objectiviteit kan ook op een andere wijze worden beschouwd. Een wijze die minder is gericht op het vaststellen van één waarheid en meer op het bereiken van ‘onpartijdigheid’ bij het beantwoorden van morele vragen.

3.6.5 Onpartijdigheid

Wanneer we oordelen, doen we dat steeds als een mens met een verleden, met verlangens en verwachtingen, etc. Als een voelend, denkend en handelend wezen om met Dilthey te spreken. De kunst van het ‘objectief’ oordelen vergt dat men kan uitstijgen boven het persoonlijke. Adam Smith heeft ooit de idee van de *fair and impartial spectator* geïntroduceerd.¹²⁰ De ‘neutrale derde’ die als referentiekader kan dienen om de objectiviteit in onze oordeelsvorming te

118. Berlin en Dworkin nemen aldus op dit punt tegengestelde standpunten in.

119. Voor wat betreft morele vragen zou men een oordeel als ‘objectief waar’ kunnen verstaan indien er in redelijkheid – binnen de parameters van respect voor het welzijn en geluk van alle mensen – niets tegen een bepaald moreel oordeel valt in te brengen. Ik noem als voorbeeld een morele claim als ‘genocide is verkeerd’. Er zijn geen omstandigheden denkbaar waarin deze regel niet zal opgaan en dus kan men in een dergelijk geval van deze regel beweren dat de morele regel ‘objectief’ (voor alle redelijk denkende en voelende mensen) ‘waar’ (geldt in alle gevallen) is. Deze definitie veronderstelt een wereld waarin mensen redelijke denkende en voelende wezens zijn en respect hebben voor elkaar. Deze veronderstelling stuit veel filosofen tegen de borst, aangezien zij morele waarheden willen definiëren ook voor een wereld waarin deze veronderstellingen niet gelden. Elke poging om een moraal te ontwikkelen buiten deze parameters lijkt mij gedoemd te mislukken, aangezien ik met Rorty denk dat er uiteindelijk geen strikt rationeel en niet circulair antwoord mogelijk is op de vraag “waarom zou ik redelijk zijn?” en “waarom zou ik rekening houden met het welzijn van anderen?”. Wat zeg je tegen iemand die graag moordt ter ontspanning? Tegen een dergelijke opvatting valt niet te argumenteren. Het enige wat men kan doen is de politie inlichten.

120. Vgl. Sen 2009, p. 123.

bevorderen. Het perspectief van de oordeelvorming wordt door Smith verschoven vanuit het eigen perspectief naar een onpersoonlijk perspectief. Nu zou men kunnen tegenwerpen dat men over hetgeen de *fair and impartial spectator* zou vinden ook weer eindeloos kan debatteren. Aan dat verwijt komt men nooit helemaal voorbij. Maar de eis van *fair and impartial* houdt in ieder geval in: (i) *fairness*, hetgeen veronderstelt dat men inzicht heeft in de belangen van alle betrokkenen, hetgeen weer een zeker empathisch vermogen veronderstelt (zoals in paragraaf 3.3.2 toegelicht), en (ii) in dat wij in onze oordelen streven naar een zekere mate van, wat ik maar noem, nuchterheid. Een nuchterheid die daarin bestaat dat we zoveel mogelijk onze persoonlijke bril afzetten wanneer van ons wordt gevergd een oordeel te vellen. Aan Kekes ontleen ik een citaat van Iris Murdoch dat het voorgaande illustreert:

“By opening our eyes we do not necessarily see what confronts us. We are anxiety-ridden animals. Our minds are continually active, fabricating an anxious, usually self-preoccupied, often falsifying veil which partially conceals the world.”¹²¹

In *The Idea of Justice* houdt Sen een warm pleidooi voor de idee van de *fair and impartial spectator* als maatman ter bevordering van het publieke debat. Het streven naar enige distantie ten aanzien van het eigen perspectief kan zelfreflectie bevorderen en biedt de mogelijkheid tot begrip voor andere opvattingen, zo luidt zijn betoog. Sen heeft niet de illusie dat we het vervolgens over alle onderwerpen met elkaar eens zullen worden. Wel denkt Sen dat discussies in de publieke ruimte kunnen bijdragen aan het verminderen van het onrecht in de wereld.

Sen begint zijn *The Idea of Justice* met een citaat uit *Great Expectations*: “In the little world in which children have their existence, there is nothing so finely perceived and finely felt, as injustice”.¹²² Als lezer van Dickens – als *fair and impartial spectator* – zien wij het onrecht ook. Mensen mogen het wellicht niet altijd met elkaar eens zijn over hetgeen juist is om te doen, maar mensen kunnen meestal wel inzien wat in ieder geval onjuist is. En zolang Dickens ons weet te bewegen, is er ook hoop voor de wereld, zo houdt Sen ons voor.

3.6.6 Drie kwaliteitseisen

Het voorgaande kan als volgt worden samengevat. De open norm heeft de vraag opgeworpen hoe wij in een concreet geval de goede van de verkeerde handeling kunnen onderscheiden. Het volgen van een regel is daarbij geen garantie gebleken voor het bereiken van een moreel aanvaardbaar resultaat. Wanneer hetgeen juist is om te doen slechts kan worden bepaald aan de hand van de

121. Kekes 1989, p. 133.

122. Sen 2009, p. vii.

HOOFDSTUK 3

concrete omstandigheden van het geval en verschillende mensen deze omstandigheden verschillend kunnen wegen, kunnen regels en principes slechts worden beschouwd als een patroon van *concurring judgments*.¹²³ Het morele oordeel blijkt aan de (morele) regel vooraf te gaan. Regels worden afgeleid uit onze afzonderlijke oordelen. Regels geven weer wat in het algemeen in vergelijkbare gevallen als juist wordt geoordeeld. Daarmee is ook duidelijk geworden dat regels *hard cases* niet kunnen beslissen. Wanneer verschillende belangen om voorrang strijden, bieden regels en principes geen oplossing. Het is maar net hoe men de betrokken belangen wil wegen.

Hoe kan men in *hard cases* nog houvast vinden? Materiële conflictregels die een voor een ieder bevredigend resultaat kunnen genereren lijken niet te kunnen worden gevonden. Ingeval het niet mogelijk is om een procedure te ontwikkelen die ‘de enig juiste beslissing’ kan genereren, komt vervolgens de vraag op of er wel gezichtspunten zijn te formuleren waarmee men de kwalitatief betere beslissing van de kwalitatief mindere kan onderscheiden.

Kekes heeft erop gewezen dat een valide moreel oordeel in ieder geval aan drie kwaliteitseisen dient te voldoen. Een kwalitatief goed oordeel vergt:¹²⁴

- (i) inzicht in de diepte. Dit houdt in dat iemand inzicht moet hebben in de (mogelijke) gevolgen die een bepaalde keuze heeft. Om te kunnen zien hoe de (mogelijke) gevolgen de belangen van anderen kunnen raken is ook inzicht in de belangen van anderen nodig, hetgeen een beroep doet op het empathisch vermogen van iemand;
- (ii) inzicht in de breedte. Verschillende mensen kunnen verschillende wensen hebben. Daarmee komt de tweede ‘kwaliteitseis’ in beeld: de erkenning dat verschillende mensen dezelfde omstandigheden verschillend kunnen waarden. Inzicht in de breedte impliceert een erkenning van pluraliteit van waarden; en
- (iii) ten slotte is reeds gewezen op het belang van objectiviteit, in de zin dat van degene die oordeelt een zekere ‘onthechting’ ten aanzien van zijn particuliere voorkeuren mag worden verwacht. Zijn persoonlijke verlangens of angsten dienen bijv. een discussie over hetgeen juist is om te doen niet te beïnvloeden.

Het voorgaande kan worden verduidelijkt met een voorbeeld. Stel dat een vader door zijn dochter – advocate, maar niet tevreden met haar baan – om carrièreadvies wordt gevraagd. De dochter overweegt zich te laten omscholen tot verpleegkundige. Wat vereist een goed advies?

In de eerste plaats zal de vader inzicht dienen te hebben in de onvrede van zijn dochter met haar huidige baan. Hij moet kunnen meevoelen met de twijfels

123. Kekes 1989, p. 129.

124. Vgl. ook Kekes 1989, p. 129.

van zijn dochter. Als hij altijd al had gewild dat zijn dochter advocaat zou worden, zal hij zijn teleurstelling moeten verbijten en inzien dat andere banen wellicht door zijn dochter als meer bevredigend zullen worden ervaren. Hij dient voorts in te zien dat hetgeen hij zelf nastrevenswaardig acht in het leven – bijv. een goede juridische carrière – niet noodzakelijkerwijze ook hetgeen is dat zijn dochter wil nastreven.

De eis van objectiviteit vergt ten slotte dat de vader zijn ideaalbeeld over de capaciteiten van zijn dochter verruimt voor een meer realistisch perspectief op haar mogelijkheden. Men denke daarbij aan haar talenten, haar karakter, de omstandigheden, de arbeidsmarkt, etc. Een veelheid aan factoren kunnen relevant zijn. Inzicht in de diepte, de breedte en objectiviteit is wat de dochter van haar vader mag verlangen.

In de volgende paragrafen zal worden gezien hoe de hiervoor genoemde ‘kwaliteitseisen’ wellicht ook enig licht kunnen werpen op de wijze waarop het EHRM oordeelt of in een zaak een grondrecht is geschonden.

3.7 Het toetsen aan grondrechten

3.7.1 *De bron(nen) van het recht*

In het voorgaande is gebleken dat het recht is geworteld in het bewustzijn van de mens. Mensen zijn zowel zelfbewuste als omgevingsbewuste personen. Waar mensen gaan samenleven, ontstaan vanzelf gedachten over hoe men zich dient te gedragen ten opzichte van elkaar. Deze opvattingen trachten zij vervolgens vast te leggen in regels.¹²⁵ Het recht is een product van ideeën, opvattingen en overtuigingen over de wijze waarop mensen zouden dienen samen te leven.

Door regels en principes in wettelijke voorschriften te verankeren wordt het individuele vermogen van mensen om het goede van het verkeerde te onderscheiden in het concrete geval niet overbodig. De open normen in het recht veronderstellen het vermogen van de mens om in bepaalde situaties de juiste keuze te kunnen maken. Uit de in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm wordt afgeleid dat men zelf kan inzien dat men geen kelderluik behoort open te laten staan in een donkere gang van een café. Zo specifiek kan een regel uiteraard niet in het wetboek worden opgenomen. De wetgever hanteert daarom open normen.

Het rechtsverkeer veronderstelt daarmee ook het bestaan van twee bronnen van het recht. De eerste bron betreffen de wetten en de jurisprudentie die samen het recht als een systeem vormen. De tweede bron betreft het normatief

125. Dilthey parafraserend zou men kunnen zeggen dat regels voortkomen uit een collectief bewustzijn zoals dat tot uiting is gekomen in de tot het maken van regels bevoegde organen.

HOOFDSTUK 3

vermogen van alle individuele mensen. De beide bronnen leunen op elkaar. De wet komt voort uit ons normatief vermogen en leunt daar vervolgens weer op bij het invullen van open normen.

Het besef dat het recht door ons bewustzijn wordt voortgebracht achtte Dilthey van cruciaal belang in zijn idee over de grondslag van de rechtswetenschap. Het recht kan niet vruchtbaar worden bestudeerd als enkel een verzameling van regels. Het recht behoort niet tot het domein van de levenloze objecten, die de natuurwetenschappen plegen te bestuderen, maar tot de ideeënwereld van de mens. Regels zijn gestolde ideeën. De twee bronnen van het recht vormen samen een levend – want ideeën kunnen veranderen – rechtssysteem.

3.7.2 *De toetsing aan grondrechten*

De rechtenstudie traint iedere student in het toetsen van de relevante feiten aan de relevante rechtsregels. In de rechtenstudie staat daardoor het systeem van wetten en uitspraken voorop als rechtsbron. Door de aandacht voor het systeem van wetten en uitspraken kan de suggestie worden gewekt dat regels en uitspraken net zo vallen te bestuderen als ‘feiten’. De gedachte achter de regel of uitspraak krijgt dan niet steeds de aandacht die voor het goede begrip ervan soms nuttig is.

Bij de toetsing aan grondrechten zijn de relevante regels veelal snel gevonden. De toepassing van een regel op een specifiek geval kan tot onzekerheid leiden. Daarvoor zijn twee redenen te geven: (i) de open normen die grondrechten uitdrukken zijn zo algemeen geformuleerd dat niet zelden meer antwoorden verdedigbaar lijken wanneer men zich afvraagt of in een bepaalde situatie sprake is van een schending van een grondrecht,¹²⁶ en (ii) de uitspraken van het EHRM zijn veelal sterk toegesneden op de concrete omstandigheden van het geval, zodat de jurisprudentie niet altijd houvast biedt.

Een zuiver technische analyse van de jurisprudentie van het EHRM zal dan ook niet steeds een duidelijk beeld geven aan de hand waarvan men toekomstige gevallen kan beoordelen. Dat wil niet zeggen dat de jurisprudentie niet het bestuderen waard is. Zo scheppen de verzoeken die niet-ontvankelijkheid worden verklaard (*decisions*) een beeld van klachten die in ieder geval ongegrond zijn. Verder geldt ook voor het EHRM de uitspraak van Dworkin: “Earlier cases have a general gravitational force”.¹²⁷ Maar wie de jurisprudentie van het EHRM bestudeert ontdekt al snel dat bij het EHRM in de beoordeling van een geschil vooral ook de omstandigheden van het geval een belangrijke *gravitational force* vormen.

126. Zoals Gerards in haar oratie opmerkte: deze ‘vaagheid’ is eigen aan bepalingen over grondrechten in verdragen. Gerards 2006a, p. 2.

127. Dworkin (1977) 1994, p. 115.

Om lijn in de jurisprudentie van het EHRM te zien is het nuttig om de functie van de grondrechten zoals neergelegd in het EVRM in het oog te houden. Het EVRM is kort na de Tweede Wereldoorlog ontworpen. Men zou de preambule bij het EVRM zo kunnen samenvatten dat het verdrag tot doel heeft de grenzen te waarborgen van – om met Margalit te spreken – de *decent society*.¹²⁸ Het EHRM bewaakt de grenzen van de beschaafde – hetgeen ook inhoudt democratische – rechtsstaat.

De grondrechten zoals neergelegd in het EVRM kunnen daarbij worden opgevat als een beginselprogramma van waarden die moeten gewaarborgd door de overheid in de rechtsstaat. De taak van het EHRM is om aan de hand van deze beginselen de grenzen van het speelveld te bewaken. De taak van het EHRM valt te vergelijken met de lijnrechter bij Wimbledon. In *hard cases* moet het EHRM beslissen of de bal net in of uit is.

Een complicerende factor daarbij is dat de grenzen van hetgeen men van een overheid meent te kunnen verlangen kunnen verschuiven. Daarmee verschuiven in zekere zin de lijnen van het speelveld tijdens de wedstrijd. Met de tijd veranderen bepaalde opvattingen, zoals zichtbaar is in de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot lijfstraffen op scholen.¹²⁹ Ook is de communis opinio inzake de doodstraf sinds het tot stand komen van de EVRM sterk gewijzigd.¹³⁰ Naar mate een samenleving zich meer ontwikkelt, kunnen ook hogere eisen worden gesteld aan de rechtswaarborgen die personen moeten beschermen tegen een inbreuk op grondrechten.

Zo houden de uitspraken in de zaken *Salduz*¹³¹ en *Panovits*¹³² de gemeederen in het strafrecht al geruime tijd bezig. Blijkens deze uitspraken is het EHRM het recht gaan erkennen van een verdachte om voor het eerste politieverhoor de bijstand te mogen verlangen van een raadsman. Deze beide uitspraken hebben mogelijk grote implicaties voor de werkwijze van de politie.¹³³ Duidelijk is dat het EHRM hogere eisen is gaan stellen aan de processuele rechtswaarborgen in het strafrecht.

Zo lijkt het EHRM een lijnrechter langs lijnen die zich kunnen bewegen. Het EHRM erkent dit ook met zoveel woorden. Volgens vaste rechtspraak moet

128. Margalit 2005, p. 284.

129. Zie bijv. EHRM 25 maart 1993, NJ 1995, 725 m.nt. EAA (*Costello-Roberts*).

130. Art. 2 lid 1 EVRM bepaalt uitsluitend dat niemand opzettelijk van het leven mag worden beroofd, behoudens door de tenuitvoerlegging van een gerechtelijk vonnis wegens een misdrijf waarvoor de wet in de doodstraf voorziet. In 1985 trad het Zesde Protocol in werking, dat de doodstraf in vreedstijd verbiedt. In 2003 volgde het Dertiende Protocol, dat de doodstraf onder alle omstandigheden verbiedt. Het Dertiende Protocol is inmiddels getekend door 42 verdragsstaten (alleen Rusland en Azerbeidzjan hebben niet getekend).

131. EHRM 26 april 2007, appl. nr. 36391/02 (*Salduz t. Turkije*).

132. EHRM 11 december 2008, appl. nr. 4268/04 (*Panovits t. Cyprus*).

133. Zie bijvoorbeeld de discussie in het NJB tussen Borgers en Swart: Borgers 2010, met naschrift van Swart en anderen.

HOOFDSTUK 3

het EVRM worden gezien als “a living instrument which must be interpreted in light of present-day conditions”.¹³⁴

Bij de vraag naar wat de “present-day conditions” meebrengen, houdt het EHRM rekening met de rechtsontwikkeling in de verschillende verdragsstaten.¹³⁵ Daartoe kan het EHRM kennis nemen van de adviezen van de *Venice-commission*.¹³⁶ Hoewel het EHRM met name zal letten op ontwikkelingen in de verdragsstaten, kunnen ook ontwikkelingen in andere delen van de wereld in de overwegingen worden betrokken, net zoals bepalingen uit andere internationale verdragen.¹³⁷

Opvallend is ook dat waar de Hoge Raad doorgaans een groot gewicht toekent aan de wetsgeschiedenis, het EHRM zich veel minder laat leiden door de zogenoemde *travaux préparatoires*.¹³⁸ Uiteraard hangt zulks samen met het uitgangspunt om het EVRM als een *living instrument* te beschouwen. In dit verband is een historisch verschil in attitude waarneembaar in de wijze van rechtsvinding van het EHRM en het U.S. Supreme Court.

In de Verenigde Staten heeft de stroming waarin wordt betoogd dat de *constitution* dient te worden geïnterpreteerd naar *original intent* van de *founding fathers* vooral vanuit conservatieve hoek veel aanhang. In de Amerikaanse traditie, die teruggaat op het denken van Locke, is vrijheid de dominante waarde. Vanuit dat perspectief is het de taak van de *Supreme Court* primair om de vrijheden van mensen tegenover een teveel aan overheidsbemoeienis te bewaken. De gedachte van rechtsbescherming *tegen* de overheid staat daarin centraal.

In de Europeesrechtelijke traditie, die meer verbonden is aan het gedachtegoed van Rousseau, wordt ook de nadruk gelegd op het belang van de gemeenschap en de gelijkwaardigheid van het individu binnen die gemeenschap, met *positieve* verplichtingen voor de staat op dat terrein tot gevolg.¹³⁹

134. Bijv. EHRM 25 april 1978, appl. nr. 5856/72 (*Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*), § 31.

135. EHRM 24 juni 2010, appl. nr. 30141/04 (*Schalk & Kopf t. Oostenrijk*), § 98: “The scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject matter and its background; in this respect, one of the relevant factors may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States (see Petrovic, cited above, § 38).”

136. De ‘Venice-commission’ is onafhankelijke juridische ‘denktank’ die wordt gefinancierd door de Raad van Europa en zich bezig houdt met constitutionele vraagstukken.

137. Zie bijv. EHRM 11 juli 2002, appl. nr. 28957/95 (*Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*), § 84-85, in welke zaak bij de beantwoording van de vraag of een transseksueel recht had op het wijzigen van de registratie van haar geslacht in haar *birth certificate*, werd gelet op ontwikkelingen elders in de wereld (o.a. in Australië). Zie over dit onderwerp verder Gerards 2011, p. 74.

138. Zie Lawson 1990. Soms kent het EHRM overigens wel veel gewicht toe aan de *travaux préparatoires*, zie bijv. EHRM, 8 juli 1986, appl. nr. 9006/80 (*Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), § 117. Zie uitgebreid Senden 2011, p. 195 e.v., en Gerards 2011, p. 67-70.

139. Goldhaber 2007, p. 104.

De Amerikaanse en Europese traditie verschillen in hetgeen zij hopen dat grondrechten bewerkstelligen.

3.7.3 De idee achter grondrechten

Geen enkel belang kan als fundament dienen van een moraal, aldus Kant.¹⁴⁰ Het belang dat wordt gekozen is namelijk steeds een subjectieve keuze van de persoon. Is er ook een belang denkbaar dat niet afhankelijk is van een keuze, maar omwille van zichzelf dient te worden gerespecteerd? Dat is volgens Kant de mens zelf. De categorische imperatief schrijft voor (in één van de formuleringen) dat men andere mensen niet als een object voor eigen doelen mag gebruiken, maar steeds als een doel op zich dient te beschouwen. Men mag de humaniteit van de ander niet ontkennen. Grondrechten zou men kunnen beschouwen als de praktische uitwerking van deze gedachte.

Grondrechten beogen een minimumniveau van respect voor de humaniteit van alle mensen te waarborgen. Deze verbondenheid van grondrechten aan een notie van humaniteit die alle mensen delen is de reden dat het moeilijk voorstelbaar is dat grondrechten (naar hun kern genomen) ook anders kunnen luiden. Daarin schuilt ook de aanspraak op ‘universele gelding’ voor grondrechten. Het is vrijwel niet mogelijk de universele gelding van grondrechten, in hun basale vorm, ter discussie te stellen zonder ook de gedachte op te geven dat alle mensen recht hebben op een bepaald niveau van vrijheid en respect.¹⁴¹

Grondrechten beogen ons besef van een gedeelde humaniteit in alle mensen in praktische zin te realiseren. Het EHRM heeft ook benadrukt dat het EVRM bedoeld is om de menselijke waardigheid te beschermen.¹⁴² Daarmee ontstaat de vraag wat de bescherming van onze ‘humaniteit’ eigenlijk vergt. Waar liggen de grenzen? Een recht op *family life* omvat het recht op vrije partnerkeuze, maar omvat het ook het recht om een hond mee te mogen nemen naar het bejaardentehuis?¹⁴³

140. Vgl. Sandel 2009, p. 122.

141. In de discussie over de universele gelding van mensenrechten is niet zelden verwarrend dat men in de Westerse cultuur onder de term ‘mensenrechten’ steeds meer is gaan begrijpen. Een discussie over het recht op een lunchpauze kan inmiddels al in een grondrechtelijk kader worden gevoerd. In dat verband wordt wel gesproken over de inflatie van het begrip mensenrechten. Zie Fagan, p. 22.

142. EHRM 11 juli 2002, appl. nr. 28957/95 (*Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*), § 90. In de Europese *public order* is democratie daarbij een essentieel bestanddeel, aldus het EHRM in *United Communist Party of Turkey t. Turkije* (EHRM 30 januari 1998, appl. nr. 19392/92, § 28 en § 45)

143. In dit verband wordt ook wel onderscheid gemaakt tussen hetgeen tot de kern van de mensenrechten moet worden gerekend en hetgeen meer tot de categorie *social privileges* behoort: tussen hetgeen essentieel is voor de menselijke waardigheid en zaken die wenselijk zijn teneinde de menselijke waardigheid te bevorderen. Zie Fagan 2011, p. 6 e.v.

HOOFDSTUK 3

De contouren van grondrechten zijn niet altijd met vaste hand te omlijnen, aldus ook Allegaert, die de jurisprudentie van het EHRM typeert als *bricolage casuistique*.¹⁴⁴ Wanneer het EHRM zijn uitspraken wijst met de idee van de persoonlijke waardigheid als referentiepunt, valt de jurisprudentie van het EHRM dan nog enigszins te voorspellen?

3.7.4 De wijze van oordelen door het EHRM: *bricolage casuistique*?

Het EHRM pleegt het EVRM in het licht van de hiervoor weergegeven functie van grondrechten te interpreteren. Soms brengt dit het EHRM ertoe iets in het EVRM te lezen dat er niet letterlijk staat. Een voorbeeld daarvan betreft de zaak *Golder t. Verenigd Koninkrijk*. Daarin was de vraag aan de orde of onder art. 6 EVRM ook het recht op toegang tot de rechter valt.¹⁴⁵ Een gedetineerde, Golder, wilde een bewaker in rechte aanspreken omdat deze hem ten onrechte had beschuldigd van deelname aan een opstootje in de gevangenis. Hij verloor daardoor zijn mogelijkheid op vervroegde vrijlating. Naar Engels recht bestond geen mogelijkheid voor Golder de rechter om een uitspraak te vragen, zolang hij nog gevangen zat. In Straatsburg voerde Golder aan dat daardoor zijn rechten ex art. 6 EVRM waren geschonden.

Uit de tekst van art. 6 EVRM – met name de woorden “In the determination of his civil rights and obligations” – zou men kunnen opmaken dat dit artikel slechts ziet op gedingen die reeds aanhangig zijn zodat een bescherming van het recht op toegang tot de rechter niet aan art. 6 EVRM zou kunnen worden ontleend. In de *Golder*-uitspraak heeft het EHRM evenwel geoordeeld dat art. 6 EVRM zo dient te worden verstaan dat het ook een bescherming van het recht op toegang tot de rechter omvat.¹⁴⁶ De fundamentele betekenis van het recht op een eerlijk proces in een democratische rechtsstaat rechtvaardigt een extensieve

144. Allegaert 2005, pp. 17&18: “*Concept vague pour certains, notion floue pour d'autres, ou encore imprécise, les libertés et droits fondamentaux n'ont jamais été définis de façon essentielle. Aussi, leur « invention » procède-t-elle d'une « opération d'extraction » parfois digne du « bricolage casuistique ». En effet, ces principes généraux se sont étoffés et affinés progressivement à travers « la quête permanente de leur reconnaissance ». Ce qui fait qu'un droit ou une liberté est ou deviendra « fondamental(e) » réside dans la reconnaissance de sa dimension universelle, exprimât un valeur essentielle de l'intérêt ainsi juridiquement protégé. A ce titre, le fondement idéologique des libertés et droits fondamentaux repose sur la philosophie des droits de l'homme définis comme des droits subjectifs que la conscience collective ressent comme indispensable au respect dû à la dignité de la personne humaine.*”

145. EHRM 21 februari 1975, appl. nr. 4451/70, NJ 1975, 462, m.nt. EAA (*Golder t. Verenigd Koninkrijk*).

146. Bij een andere uitleg “*a Contracting State could, without acting in breach of that text away with its courts, or take away their jurisdiction to determine certain classes of civil actions and entrust it to organs dependent on the Government.*” Het EHRM overwoog verder →

interpretatie van het EVRM, zo had het EHRM reeds overwogen in *Delcourt t. België*.¹⁴⁷

In meer algemene zin zou men kunnen zeggen dat het EHRM oordeelt aan de hand van een kompas waarbij een belangrijke kracht wordt uitgeoefend door een opvatting omtrent een minimumniveau dat op een gegeven tijdstip in het licht van onze ‘beschaafde maatschappij’ van een staat gevegd kan worden voor het waarborgen van de vrijheden zoals opgenomen in het EVRM en de bijbehorende protocollen.¹⁴⁸ De vraag die steeds bij het EHRM voorligt is een vraag naar hetgeen een staat (minimaal) *behoort* te doen om de door het EVRM gewaarborgde rechten te beschermen.

In paragraaf 3.6.6 is opgemerkt dat bij vragen naar ‘hetgeen behoort’ het weliswaar lastig is om – in moeilijke gevallen – houvast te zoeken bij regels, maar men wel drie ‘kwaliteitseisen’ kan stellen waarmee betere antwoorden van minder goede kunnen worden onderscheiden. In de eerste plaats dient het EHRM alle relevante omstandigheden van het geval mee te wegen bij zijn oordeel, hetgeen ‘inzicht in de diepte’ van het geval vereist. In de tweede plaats dient het EHRM rekening te houden met de incommensurabiliteit van waarden. Ten derde vereist een beoordeling van hetgeen *redelijkerwijze* gevegd kan worden van een verdragsstaat objectiviteit in de oordeelsvorming. Aan de hand van deze factoren kan ook getracht worden de wijze van oordelen van het EHRM te verhelderen.

3.7.5 Inzicht in ‘de diepte’ door het EHRM

In het voorgaande is gewezen op het verband tussen de wijze waarop het denken over mensenrechten zich heeft ontwikkeld en de mate waarin mensen bereid en in staat zijn zich te verplaatsen in anderen, buiten de traditionele lijnen van de eigen maatschappelijke klasse, cultuur en bijvoorbeeld het eigen geloof. De toetsing aan grondrechten dwingt de rechter een perspectief van beoordeling te kiezen waarbij de verzoeker de kans wordt geboden de wereld vanuit zijn wellicht niet steeds zo gangbare culturele perspectief voor het

nog (in §35): “*The principle whereby a civil claim must be capable of being submitted to a judge ranks as one of the universally "recognised" fundamental principles of law; the same is true of the principle of international law which forbids the denial of justice. Article 6 para. 1 (art. 6-1) must be read in the light of these principles.*”

147. EHRM 17 januari 1970, appl. nr. 2689/65, (*Delcourt t. België*), § 25: “*In a democratic society within the meaning of the Convention, the right to a fair administration of justice holds such a prominent place that a restrictive interpretation of Article 6 para. 1 (art. 6-1) would not correspond to the aim and the purpose of that provision (see, mutatis mutandis, the Wemhoff judgment of 27th June 1968, "As to the Law" paragraph 8).*”

148. Moyn (2010) spreekt over mensenrechten als *The Last Utopia*, omdat nadat gebleken was dat de grote politieke ideologieën, zoals het communisme en kapitalisme, niet vanzelfsprekend voorspoed voor de mensheid brachten, het ideaal van mensenrechten – als laatste utopie – resteert als handvat voor het verbeteren van de wereld.

HOOFDSTUK 3

voetlicht te brengen. Een uitspraak die dat kan illustreren betreft de zaak van *Christine Goodwin*.

Goodwin wilde na een operatie, waarin haar geslacht van het mannelijke naar het vrouwelijke was gewijzigd, haar *birth certificate* wijzigen, in die zin dat daarin ook haar geslachtsaanduiding zou worden gewijzigd naar vrouwelijk. Goodwin voerde onder meer aan dat zij problemen op het werk had ondervonden nadat haar werkgever had ontdekt dat zij een geslachtswijziging had ondergaan. Het Engelse recht voorzag niet in de mogelijkheid van wijziging van het geslacht in het *birth certificate*. Bij de beoordeling van de klacht van Goodwin stelde het EHRM voorop dat “the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom.”¹⁴⁹ Daaraan voegde het EHRM toe dat:

“In the twenty first century the right of transsexuals to personal development and to physical and moral security in the full sense enjoyed by others in society cannot be regarded as a matter of controversy requiring the lapse of time to cast clearer light on the issues involved. In short, the unsatisfactory situation in which post-operative transsexuals live in an intermediate zone as not quite one gender or the other is no longer sustainable.”

Het EHRM vervolgde zijn overwegingen met een opmerking over de noodzakelijke wijzigingen die nodig waren in de diverse systemen om de geslachtswijziging te kunnen doorvoeren. Hoewel het EHRM deze nadelen niet wilde onderschatten meende het hof dat het belang van transsexuelen om in waardigheid te leven naar de sexe die zij met grote persoonlijke inspanningen hadden gekozen, diende te prevaleren.¹⁵⁰

In de *Goodwin*-uitspraak heeft het ERHM overwogen dat het de bescherming van de menselijke waardigheid als één van zijn kerntaken beschouwt. Het EHRM biedt een verzoeker de kans in Straatsburg zijn verhaal doen als deze meent dat zijn of haar menselijke waardigheid onvoldoende is gerespecteerd. Aan de hand van het verhaal van de verzoek(st)er wordt vervolgens beoordeeld hetgeen redelijkerwijze van een staat gevergd kan worden, teneinde de grondrechten van de verzoek(st)er te beschermen. Het kan ertoe leiden dat het EHRM met zijn uitspraak ingaat tegen traditie of vooruitloopt op *conventional wisdom*.¹⁵¹

De *Goodwin*-uitspraak kan worden beschouwd als een voorbeeld van een uitspraak waarin empathie met de verzoeker het in Straatsburg wint van de traditie. Volgens Margalit onderscheidt de *decent society* zich van de *just society* in die zin dat in de *decent society* de staat tracht te voorkomen dat

149. EHRM 11 juli 2002, appl. nr. 28957/95 (*Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*), § 90.

150. EHRM 11 juli 2002, appl. nr. 28957/95 (*Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*), § 91.

151. In zijn noot onder EHRM 11 maart 2011, appl. nr. 30814/06, NJ 2011, 588 (*Lautsi e.a. t. Italië*) wijst Alkema op het belang om hetgeen traditioneel zo is, kritisch te blijven onderzoeken.

onderdanen zich op enigerlei wijze niet ten volle voelen gerespecteerd door de staat.¹⁵² In het geval van *Goodwin* kon van het Verenigd Koninkrijk gevergd worden dat zij haar wetgeving aan zou passen, zo zou men het oordeel van het EHRM kunnen verstaan, teneinde te bevorderen dat ook transsexuelen het gevoel hebben op gelijke wijze mee te tellen.

De beantwoording van de vraag wat redelijkerwijze van een staat gevergd kan worden brengt soms de moeilijkheid met zich dat daarover verschillend kan worden gedacht. De opvattingen over hetgeen *the decent society* vergt verschillen. Het EHRM dient ook daar rekening mee te houden en te beschikken over een brede horizon.

3.7.6 *Inzicht in de breedte: de horizon van het EHRM*

Waarden kunnen conflicteren en over de vraag welke waarde in een concreet geval dient te prevaleren bestaan soms fundamentele verschillen tussen mensen. Het EHRM spreekt in dit verband over ‘pluralisme’.¹⁵³

Een klassiek voorbeeld op dit terrein betreft het recht op zelfbeschikking versus het recht op leven van de ongeboren vrucht. Vanuit orthodox-christelijke hoek wordt doorgaans het belang van het recht op leven van de ongeboren vrucht benadrukt. Vanuit liberale hoek wordt veelal gedacht vanuit het adagium ‘baas in eigen buik’.

In Ierland – een land met een sterke katholieke cultuur – zijn rechtens de mogelijkheden voor een abortus zeer beperkt. Alleen in geval van een levensbedreigende situatie voor de moeder wordt een abortus toelaatbaar geacht. Het recht op leven van de ongeboren vrucht is sinds 1983 – na een referendum – ook verankerd in de Ierse grondwet.¹⁵⁴ Men wilde destijds daarmee zeker stellen dat de Ierse Supreme Court geen liberale interpretatie aan de grondwet zou geven, zoals in *Roe v. Wade* in de Verenigde Staten was gebeurd.¹⁵⁵

In de zaak *A, B & C t. Ierland* (2010) werd het EHRM gevraagd of een dergelijk restrictief – en inmiddels binnen Europa uitzonderlijk – anti-abortusbeleid niet strijdig is met het recht op *private life* van de moeder zoals dat door art. 8 EVRM wordt gewaarborgd.¹⁵⁶ De uitspraak toont hoe het EHRM, onder erkenning van de incommensurabiliteit van de op het spel

152. Margalit 1996, pp. 288-290.

153. EHRM 25 mei 1993, appl. nr. 14307/88 (*Kokkinakis t. Griekenland*) § 31 “(...) *The pluralism indissociable from a democratic society, which has been clearly won over the centuries, depends on it.*” Zie verder Gerards 2011, p. 48.

154. Art. 40.3.3 bepaalt als volgt: “*The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right of life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right.*”

155. *Roe v. Wade* (410 US 113 (1973)).

156. EHRM 16 december 2010, appl. nr. 25579/05 (*A, B & C t. Ierland*).

HOOFDSTUK 3

staande waarden, de waarden van de betrokken partijen zoveel mogelijk tracht te respecteren.

De zaak betrof drie afzonderlijke klachten van vrouwen die naar Engeland waren gevlogen voor een abortus. In de verzoekschriften van 'A' en 'B' werden met name de medische risico's en complicaties aan de orde gesteld, waar de vrouwen die zich in Engeland hadden laten aborteren aan waren blootgesteld. Over de klachten van A en B overwoog het EHRM dat sprake was van een "interference with their respect for their private lives" als bedoeld in art. 8 EVRM en dat beoordeeld diende te worden of deze inmenging kon worden gerechtvaardigd.¹⁵⁷ Daarbij kwam het met name aan op de vraag of was voldaan aan het vereiste van een *legitimate aim*. Verzoekers hadden betoogd dat de publieke opinie in Ierland aanzienlijk was gewijzigd sinds 1983. Niet langer was sprake van een situatie waarin het recht op leven van de ongeboren vrucht zijn basis had in *profound moral values concerning the nature of life* in Ierland, zoals het EHRM had overwogen in de *Open Door*-uitspraak.¹⁵⁸ In de *Open Door*-uitspraak werd een klacht dat het anti-abortusbeleid van Ierland in strijd was met het recht op een privéleven verworpen, met als argument dat het anti-abortusbeleid een breed gedragen overtuiging in de Ierse samenleving reflecteerde. Volgens de klaagsters was dat niet langer het geval.

Het EHRM ging niet mee in dit betoog en overwoog dat over de vraag naar hetgeen over dit onderwerp 'moreel' is, binnen de verdragsstaten verschillende opvattingen bestaan. Het is in beginsel aan de verdragsstaten zelf, die in een direct contact staan met hun bevolking, om de "exact content of the requirements of morals" voor het eigen land te beoordelen.¹⁵⁹ Het EHRM overwoog vervolgens dat onvoldoende was aangetoond dat het recht op leven van de ongeboren vrucht niet langer wortelde in "profound moral values concerning

157. *A, B & C t. Ierland*, § 217.

158. EHRM 29 oktober 1992, appl. nr. 14234/88 & 14235/88 (*Open Door and Dublin Well Woman t. Ierland*) § 63.

159. *A, B & C t. Ierland*, § 223. Vaste jurisprudentie sinds EHRM 7 december 1976, appl. nr. 5493/72 (*Handyside t. Verenigd Koninkrijk*): "48. *The Court points out that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights (judgment of 23 July 1968 on the merits of the "Belgian Linguistic" case, Series A no. 6, p. 35, para. 10 in fine). The Convention leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines. The institutions created by it make their own contribution to this task but they become involved only through contentious proceedings and once all domestic remedies have been exhausted (Article 26) (art. 26).*

These observations apply, notably, to Article 10 para. 2 (art. 10-2). In particular, it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterised by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact →

the nature of life". Het door Ierland bij de onderhavige inmenging in het recht op *private life* nagestreefde doel werd daarop als een *legitimate aim* gekwalificeerd.

Vervolgens beoordeelde het EHRM of de inmenging ook als 'necessary in a democratic society' kon worden beschouwd. Over deze vraag herhaalde het EHRM dat de *margin of appreciation* voor de verdragsstaten in beginsel kleiner is wanneer "a particular important facet of an individual's existence or identity is at stake", maar deze weer ruimer wordt in het geval "there is no consensus within the Member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues".¹⁶⁰ Volgens het EHRM is er weliswaar een consensus waarneembaar onder de verdragsstaten om op ruimere gronden abortus toe te staan dan in Ierland geoorloofd is, maar die consensus kan in het onderhavige geval de *margin of appreciation* niet verkleinen. Veel gewicht komt toe aan het gegeven, aldus het EHRM, dat er geen medische en juridische overeenstemming is over het antwoord op de vraag wanneer het recht op leven begint.¹⁶¹ Het recht op leven wordt beschermd door art. 2 EVRM. Daarmee zijn het recht op leven van de foetus en het recht op *private life* van de moeder onlosmakelijk met elkaar verbonden. Ook al wordt in de meeste verdragsstaten meer gewicht toegekend aan de belangen van de moeder boven die van de vrucht (tot een bepaalde tijd), aan deze bestaande consensus kan in dit geval geen beslissende betekenis toekomen. Daarmee is

content of these requirements as well as on the "necessity" of a "restriction" or "penalty" intended to meet them. The Court notes at this juncture that, whilst the adjective "necessary", within the meaning of Article 10 para. 2 (art. 10-2), is not synonymous with "indispensable" (cf., in Articles 2 para. 2 (art. 2-2) and 6 para. 1 (art. 6-1), the words "absolutely necessary" and "strictly necessary" and, in Article 15 para. 1 (art. 15-1), the phrase "to the extent strictly required by the exigencies of the situation"), neither has it the flexibility of such expressions as "admissible", "ordinary" (cf. Article 4 para. 3) (art. 4-3), "useful" (cf. the French text of the first paragraph of Article 1 of Protocol No. 1) (P1-1), "reasonable" (cf. Articles 5 para. 3 and 6 para. 1) (art. 5-3, art. 6-1) or "desirable". Nevertheless, it is for the national authorities to make the initial assessment of the reality of the pressing social need implied by the notion of "necessity" in this context."

160. *A, B & C t. Ierland*, § 232.

161. In EHRM 8 juli 2004, appl. nr. 53924/00 (*Vo t. Frankrijk*) had het EHRM reeds overwogen: "It follows that the issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere, notwithstanding an evolutive interpretation of the Convention, a "living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions" (see *Tyrer v. the United Kingdom*, judgment of 25 April 1978, Series A nr. 26, pp. 15-16, § 31, and subsequent case-law). The reasons for that conclusion are, firstly, that the issue of such protection has not been resolved within the majority of the Contracting States themselves, in France in particular, where it is the subject of debate (see paragraph 83 below) and, secondly, that there is no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life (see paragraph 84 below)."

HOOFDSTUK 3

niet gezegd dat een verbod op abortus steeds automatisch gerechtvaardigd kan worden onder het EVRM.

Het EHRM merkt ten slotte op dat bij de beoordeling van de klachten van A en B moet worden meegewogen dat in Ierland informatie kan worden verkregen over de mogelijkheden om in het buitenland een abortus te ondergaan en er rechtens ook geen belemmeringen zijn voor vrouwen om naar het buitenland te reizen. Mede met het oog daarop oordeelt het EHRM dat de Ierse wetgeving binnen de bandbreedte blijft die de verdragsstaten moet worden gegund.¹⁶²

De klacht van 'C' – die in dezelfde zaak werd behandeld – betrof een bijzonder geval. C had een zeldzame vorm van kanker gehad. Terwijl zij daarvoor nog werd behandeld bleek zij zwanger te zijn. De testen die zij had ondergaan waren niet zonder risico's voor zwangere vrouwen. C klaagde in Straatsburg onder meer dat de Ierse wetgeving onvoldoende mogelijkheden bood om duidelijkheid te verkrijgen over de vraag of zij in aanmerking zou kunnen komen voor een legale abortus op grond van medische redenen. Ten aanzien van deze klacht werd Ierland wel veroordeeld door het EHRM. Het EHRM constateerde dat er geen juridische ingang was voor de vrouw om zekerheid te verkrijgen over de vraag of sprake was van een levensbedreigende situatie. Daarbij nam het EHRM voorts in aanmerking dat tegen de achtergrond van deze juridische onzekerheid, het Ierse strafrecht een *significant chilling factor* vormde voor zowel de vrouw als de doktoren.¹⁶³ Allen riskeerden serieuze straffen indien later zou worden geoordeeld dat er geen sprake was geweest van een levensbedreigende situatie. Door de afwezigheid van een duidelijke rechtsstructuur had Ierland de verplichting om te zorgen voor een effectieve bescherming van het privéleven (een positieve verplichting onder art. 8 EVRM) geschonden.¹⁶⁴

De uitspraak in de zaak *A, B & C t. Ierland* toont de terughoudendheid van het EHRM waar het betreft onderwerpen waarin verschillende keuzen in de afweging van grondrechten redelijkerwijze te verdedigen zijn. Het EHRM houdt enerzijds rekening met een convergentie van opvattingen binnen de verdragsstaten,¹⁶⁵ maar laat anderzijds ruimte voor fundamentele verschillen

162. *A, B & C t. Ierland*, § 241.

163. *A, B & C t. Ierland*, § 254.

164. *A, B & C t. Ierland*, § 267: "(...) the authorities failed to comply with their positive obligation to secure to the third applicant effective respect for her private life by reason of the absence of any implementing legislative or regulatory regime providing an accessible and effective procedure by which the third applicant could have established whether she qualified for a lawful abortion in Ireland in accordance with Article 40.3.3 of the Constitution."

165. Zie over de 'consensus-methode' van interpreteren door het EHRM: Gerards 2011, p. 74-94.

van opvatting.¹⁶⁶ Een andere koers zou het EHRM ook kwetsbaar maken voor kritiek. Het EHRM zou alsdan het verwijt kunnen worden gemaakt zijn eigen politieke keuzen aan de verdragsstaten op te dringen.

In dat verband kan nog worden opgemerkt dat het EHRM ook zelf de drie waarden die volgens Radbruch het recht heeft te dienen – rechtszekerheid, rechtvaardigheid en doelmatigheid – tegen elkaar heeft af te wegen. Het komt de doelmatigheid van het EHRM niet ten goede als het EHRM ‘al te wilde’ uitspraken zou wijzen en daardoor aan gezag zou verliezen.

Een niet onbelangrijke factor is voorts de astronomische werkvoorraad van het EHRM. Een al te activistische houding van het EHRM zou een nieuwe golf van klachten kunnen uitlokken. De doelmatigheid gebiedt het EHRM ook in dat verband inmiddels enige voorzichtigheid te betrachten. De Nederlandse rechter in het EHRM, Egbert Myer, onderschreef desgevraagd de stelling dat het EHRM zich maar één Salduz-uitspraak per jaar kan veroorloven.¹⁶⁷ Deze omstandigheid geeft het EHRM ook een praktische *incentive* om in gevallen waarin meer keuzen redelijkerwijze verdedigbaar zijn, een verdragsstaat een ruime *margin of appreciation* te gunnen.

3.7.7 Objectiviteit: “It’s law, all the way down”?

In het voorgaande is eerst geconstateerd dat het EHRM over een ruim empathisch vermogen lijkt te beschikken. In de tweede plaats houdt het EHRM rekening met de incommensurabiliteit van waarden. In deze paragraaf wordt stilgestaan bij het derde vereiste: de beoordeling door het EHRM van hetgeen redelijkerwijze geveerd kan worden van een verdragsstaat onder het EVRM vereist objectiviteit in de oordeelsvorming.

166. In gelijke zin toonde het EHRM zich bij gebrek aan consensus in de verdragsstaten terughoudend bij de beoordeling van de vraag of het EVRM ook het recht op huwen tussen personen van een gelijk geslacht omvat. Zie EHRM 24 juni 2010, appl. nr. 30141/04 (*Schalk & Kopf t. Oostenrijk*), § 105: “*The Court cannot but note that there is an emerging European consensus towards legal recognition of same-sex couples. Moreover, this tendency has developed rapidly over the past decade. Nevertheless, there is not yet a majority of States providing for legal recognition of same-sex couples. The area in question must therefore still be regarded as one of evolving rights with no established consensus, where States must also enjoy a margin of appreciation in the timing of the introduction of legislative changes (see Courten, cited above; see also M.W. v. the United Kingdom (dec.), no. 11313/02, 23 June 2009, both relating to the introduction of the Civil Partnership Act in the United Kingdom).*”

167. In een interview antwoordde Egbert Myer op de vraag of het EHRM zich meer dan één Salduz-uitspraak per jaar zou kunnen veroorloven: “*Te veel van dat soort baanbrekende uitspraken, en de bereidheid om op nationaal niveau adequate maatregelen te nemen verdwijnt als sneeuw voor de zon. (...) Ooit schreef ik in het Bulletin over ‘zuinig zijn op Straatsburg’: Straatsburg moet ook zuinig zijn op zichzelf.*” (Lawson & Loof 2010, p. 687).

HOOFDSTUK 3

Volgens Dworkin neemt de rechter ook in hard cases zijn beslissing uitsluitend op basis van het recht. “Its law, all the way down.”¹⁶⁸ Dworkin betoogt dat ook in *hard cases* het recht beslissend is *all the way down*, omdat in de juiste toepassing van de *principles* het antwoord schuilt. Er bestaan in deze opvatting objectief goede en foute uitspraken.

Zoals in paragraaf 3.6.4 is toegelicht, introduceert Dworkin de mythische figuur Hercules als referentiepunt voor de goede beslissing. Hercules is de oneindig knappe en wijze rechter die steeds de goede beslissing weet te nemen. Gewone stervelingen kunnen in *hard cases* evenwel slechts hopen dat hun beslissing de goede is.

In afwezigheid van Hercules wordt het rechterlijke oordeel niet louter bepaald door de logica, maar ook door de redelijkheid. Het oordeel is uiteindelijk deels een *sein* en deels een *sollen*. De wijze van rechtsvinding op het vlak van grondrechten kenmerkt zich veelal door een laag gehalte aan *sein* en een hoog gehalte aan *sollen*.

Holmes heeft erop gewezen dat rechters de vraag naar de meest wenselijke uitkomst mede plegen te beslissen aan de hand van hun eigen ervaring.¹⁶⁹ De ervaring van de rechter betreft uiteraard een persoonlijk referentiepunt.¹⁷⁰ Schuilt in het rechterlijke oordeel – in ieder geval in *hard cases* – daarmee onvermijdelijk een beslissend subjectief element?

In zijn speurtocht naar hetgeen ‘behoort’ in het concrete geval weegt de rechter argumenten en omstandigheden. Wanneer een bestuurder aansprakelijk wordt gesteld wegens onbehoorlijk bestuur zal de rechter dienen te beoordelen of hem een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Daartoe is noodzakelijk dat de rechter zich verplaatst in de bestuurder. Hij zal inzicht (in de diepte) in de redenen dienen te hebben die tot het gedrag hebben geleid dat de bestuurder wordt verweten. Hij zal inzicht (in de breedte) moeten hebben om vast te kunnen stellen in hoeverre een bestuurder ook anders had kunnen handelen. Hij zal in zijn oordeel ook ‘objectiviteit’ moeten betrachten in de zin dat eventuele negatieve gevoelens over de hoogte van de door de desbetreffende bestuurder opgestreken bonus geen rol mogen spelen indien dat gegeven verder niet ter zake doet. De objectiviteit die van een rechter mag worden verwacht is door Alexy als volgt verwoord:

“Subjectively or privately officials may believe or feel whatever they wish. But as soon as they act on behalf of the law, that is, as representatives of the law, they cannot avoid making [a] claim objectively or officially.”¹⁷¹

168. Dworkin 2010, p. 36.

169. Holmes 1897.

170. Vgl. de beroemde ‘sprong’ van Scholten: Scholten 1974, p. 76.

171. Alexy 2010, p. 169.

Objectiviteit in de hiervoor bedoelde zin betekent naar de kern hetzelfde als ‘professionaliteit’. De gedachte dat de rechter niet ‘subjectief’ mag oordelen behelst de idee dat zijn persoonlijke opvattingen geen versturende invloed mogen hebben op zijn oordeelsvorming. Voor een rechtzoekende behoort het niet uit te maken wie de rechter is. Dat zou de uitkomst van een geschil niet mogen beïnvloeden.

De rechter dient derhalve wel te oordelen als mens, maar in de derde persoon, als een redelijk oordelende derde.¹⁷² Wanneer de rechter in bijvoorbeeld *hard cases* zijn ervaring – om met Holmes te spreken – als referentiepunt neemt, betreft het de ervaring van de *professional*. Als *professionals* betrekken de rechters van het EHRM bijvoorbeeld in hun oordeel de omstandigheid of er dan niet consensus bestaat over een bepaald onderwerp, zonder hun individuele voorkeur daarvoor in de plaats te stellen.¹⁷³

Gesteld voor de vraag hoe een grondrecht in een concreet geval dient te worden verstaan komt het er voor het EHRM op aan te bepalen hetgeen (op dit moment) redelijkerwijze van een verdragsstaat kan worden gevegd. Bij de beoordeling van die vraag vergt het vereiste van objectiviteit dat daarbij niet het persoonlijke beeld van hoe de wereld eruit zou moeten zien van de in de zetel zittende rechters bepalend is, maar hetgeen zij menen dat in redelijkheid ook door een kundige derde zou worden geoordeeld.

Het voorgaande neemt niet weg dat de rechter zich uiteindelijk zelf een horizon heeft te vormen waarin alle relevante informatie is verwerkt, om binnen dat referentiekader tot een oordeel te komen. De rechter zal daarbij op een kompas varen dat is gevormd door zijn ervaring als rechter maar ook als mens. Het is aan de rechter om ervoor te zorgen dat al te particuliere ervaringen het kompas niet op een al te bijzondere wijze doen uitslaan.

De werking van dit kompas zal zich soms niet volledig in taal naar bevrediging laten articuleren. In zoverre bestaat de ‘ervaring’ dan uit een ‘gevoel’. Met zijn ratio onderscheidt de rechter de valide van de minder valide argumenten. Het ‘gevoel’ refereert aan het proces waarbij de verschillende valide argumenten van beide partijen tegen elkaar worden afgewogen. De rechter zal daarbij niet anders kunnen dan zijn ervaring – die zich nooit ten volle laat expliciteren in taal – als referentiekader te nemen. Zo kan ook de ‘vaagheid’ die eigen is aan een term als ‘gevoel’ worden verklaard.

Het ‘gevoelsmatige’ element in de oordeelsvorming maakt het rechterlijke oordeel nog niet tot een esthetisch oordeel van persoonlijke aard, vergelijkbaar

172. Volgens Nieuwenhuis (1976, p. 499) geldt voor de rechter een variatie op de categorische imperatief van Kant: “*Beslis steeds zo, dat Gij kunt willen dat iedere rechter bij de beslissing van vergelijkbare geschillen Uw beslissing tot richtsnoer neemt.*”

173. Vgl. bijv. EHRM 8 juli 2004, appl. nr. 53924/00 (*Vo t. Frankrijk*), § 84: “*At European level, the Court observes that there is no consensus on the nature and status of the embryo and/or foetus (see paragraphs 39-40 above).*”

HOOFDSTUK 3

met een voorkeur voor Vermeer boven Rembrandt. Noch maakt het gegeven dat de werking van het eigen kompas zich soms niet geheel in taal laat uitdrukken het rechterlijk oordeel ‘irrationeel’.¹⁷⁴ Ook niet ten dele. Het tegenovergestelde van het redelijke rechterlijke oordeel is het onredelijke rechterlijke oordeel. Onredelijk omdat aan het oordeel een belangenafweging ten grondslag ligt – die heel wel rationeel kan zijn – die niet getuigt van een evenwichtige weging van de op het spel staande belangen. Een dergelijk oordeel hoeft niet irrationeel te zijn. Ik breng in herinnering het voorbeeld van Hume over de keuze om het krabben aan de eigen vinger te verkiezen boven het voorkomen van het einde van de wereld.

Aristoteles reserveerde de term ‘niet rationeel’ voor dat gedeelte van de ziel waar ons verstand geen grip op heeft, zoals gevoelens van honger en dorst. Naast de categorie niet rationale gevoelens onderscheidt Aristoteles gevoelens waar de rede wel vat op heeft, die verbonden zijn met gedachten.¹⁷⁵ ‘Irrationeel’ en ‘gevoelsmatig’ zijn geen inwisselbare begrippen. Het rechterlijke gevoel zal steeds zijn opgebouwd uit tal van cognitieve elementen. Het rechterlijke oordeel betreft – tenzij de rechter een muntje opwerpt – een gereflecteerd oordeel, een oordeel dat zich vormt terwijl hij kennis neemt van alle omstandigheden van het geval en deze weegt.¹⁷⁶

Het vereiste van objectiviteit eist ook dat over een oordeel is nagedacht, zowel in de breedte als in de diepte. De uitkomst moet zich op een acceptabele wijze verhouden tot het rechtssysteem en zelf moet de uitkomst ook acceptabel zijn.

Het vereiste van objectiviteit brengt ten slotte mee dat een rechter zijn eigen inzicht over hoe de zaak zou moeten worden beslist ook opzij kan zetten wanneer in een vergelijkbaar geval reeds anders is beslist. Als *professional* dient de rechter zich te oriënteren op eerder gewezen uitspraken en daarbij zo goed mogelijk aansluiting te zoeken.

Voor het EHRM geldt evenwel dat de normen zoals die in het EVRM zijn neergelegd de rechters veel ruimte laten en de meeste zaken worden beslist met een op de zaak zelf toegesneden motivering. Voor zover eerdere uitspraken de beslissing een bepaalde kant op sturen, bestaat er ten slotte nog de mogelijkheid om het EVRM als een *living document* te beschouwen, hetgeen het EHRM de ruimte laat om een andere koers te gaan varen. Tegen deze achtergrond is het dan ook goed om in herinnering te brengen dat de *Grand Chamber*-uitspraken

174. Een oordeel blijft rationeel zolang een beslissing is genomen op grond van bepaalde redenen. Over de vraag waarom die redenen de doorslag hebben gegeven, zal men kunnen debatteren. Vgl. Nieuwenhuis 1976, p. 509.

175. Zo kan een bepaalde gedachte een gevoel genereren, bijvoorbeeld een angst: als je in het donker een slang denkt te zien, en vervolgens herinner je dat je daar een stuk touw hebt neergelegd, verdwijnt je angst. Over de cognitieve kant van emoties zie bijv. Nussbaum 2001.

176. Zie hierover ook Loth & Gaakeer 2002, p. 34 en 35.

met zeventien rechters worden gewezen. Het risico dat al te particuliere inzichten de overhand kunnen krijgen wordt daarmee beperkt.

3.8 Slotopmerking

In het voorgaande heb ik aan de hand van het denken van Dilthey geïllustreerd dat men in het recht twee normatieve krachten kan onderscheiden. In de eerste plaats geven rechtsregels normen. Daarnaast veronderstellen sommige rechtsregels – de open normen – dat mensen in een concreet geval weten wat zij behoren te doen. Open normen veronderstellen – wellicht is ‘eisen’ wel een beter woord – dat alle rechtssubjecten ‘redelijke mensen’ zijn, met een normatief vermogen, die in concrete gevallen kunnen inzien dat zij bijvoorbeeld geen kelderluik in de gang van een donker café dienen open te zetten.

Grondrechten zijn doorgaans geformuleerd als zeer open normen. Daarmee doen zij in het bijzonder een beroep op het vermogen van de verdragsstaten, rechters en de onderdanen van de verdragsstaten in het concrete gevallen uit de algemene norm te kunnen afleiden hetgeen in het concrete geval behoort.

Loth en Gaakeer hebben – geïnspireerd door Radbruch – het proces van rechtsvinding getypeerd als een spanningsveld met drie hoeken die worden gevormd door de waarden die het recht heeft te behartigen: de rechtszekerheid, de rechtvaardigheid en de doelmatigheid.¹⁷⁷ Van grondrechten verlangt men vooral dat deze bijdragen aan het realiseren van de waarden van rechtvaardigheid en doelmatigheid. De rechtszekerheid is daaraan ondergeschikt. Zolang de rechtszekerheid de rechtvaardigheid dient, is er geen conflict.¹⁷⁸ Anders gaat de rechtvaardigheid als belang doorgaans voor.

Grondrechten hebben niet zelden een moeilijke verhouding met het belang van de rechtszekerheid. Een eigenschap van grondrechten is dat zij enerzijds als fundamenteel worden beschouwd en tegelijkertijd slechts in abstracte concepten kunnen worden gecommuniceerd. Jonsen en Toulmin hebben ooit opgemerkt dat mensen het veelal snel eens zijn wanneer zij worden gevraagd te oordelen in een concrete casus, maar zodra zij het eens dienen te worden over de achterliggende principes de discussie los barst.¹⁷⁹ Bij grondrechten lijkt het voorgaande juist op omgekeerde wijze te gelden. In abstracto vindt een ieder het recht op de vrijheid van meningsuiting belangrijk. Over de vraag hetgeen in concreto daaronder nog kan worden geschaard, kan flink worden gediscussieerd.¹⁸⁰

177. Zie Loth & Gaakeer 2002, p. 60.

178. Zo eist het EHRM in het belang van de rechtszekerheid dat inbreuken die worden gemaakt op het genot van eigendom voorzien zijn bij wet.

179. Zie Loth & Gaakeer 2002, p. 35.

180. Zie bijvoorbeeld de discussie over de vraag of het ophangen van een poster met de tekst ‘stop het gezwel dat Islam heet’ strafbaar is, welke vraag aan de orde was in HR 10 maart 2009, LJN BF0655.

HOOFDSTUK 3

Grondrechten zijn bedoeld om uitdrukking te geven aan fundamentele waarden, waarden die men in vrijheid moet kunnen nastreven. De vraag naar de mate waarin men die vrijheid dient te genieten en welke vrijheid heeft te prevaleren wanneer die van de één met die van een ander botst, kan slechts contextafhankelijk worden beantwoord. Juist omdat grondrechten onze vrijheid beogen te beschermen dient zorgvuldig te worden gezien (van geval tot geval) wanneer een beperking daarop toelaatbaar is. Het gewicht van de waarden die grondrechten beogen te beschermen maakt dat het formuleren van ‘*hard and fast rules*’ bij de toepassing van grondrechten, al snel als ‘te hard’ zal worden ervaren. *Hard and fast rules* zijn weliswaar zeer effectief ter bevordering van de rechtszekerheid, maar lijken de fragiele natuur van de menselijke waardigheid – waar Nussbaum aan refereert in de titel van haar boek *The Fragility of Goodness* – te miskennen. Men kan dat terugzien in de jurisprudentie van het EHRM, waaruit blijkt dat het EHRM het belang van de verzoeker en het belang van de staat op een zorgvuldige wijze pleegt te wegen.

Hetgeen in rechte wordt gewogen zijn de omstandigheden van het geval. Grondrechten kun je niet wegen. Grondrechten geven in abstracto uiting aan wat *in het algemeen* van waarde wordt geacht. Het EHRM beoordeelt of hetgeen de verdragsstaat als van waarde heeft laten prevaleren in het concrete geval, een met het EVRM verenigbare keuze betreft.¹⁸¹ Het oordeel over het beschermingsbereik van een grondrecht en de vraag of een grondrecht in een concreet geval is geschonden zal daarbij worden ingekleurd door een opvatting omtrent wat ‘behoort’ in de casus zoals die voorligt, in een democratische en beschaafde samenleving. Wat kon men redelijkerwijze eisen van de staat?

Nu de (zeer) open normen van het EVRM zich maar beperkt laten omlijnen – in het licht van het primaat van de omstandigheden van het geval – kan het EHRM ook bezwaarlijk anders dan van geval tot geval beoordelen of een grens van hetgeen nog toelaatbaar is onder het EVRM (en de bijbehorende protocollen) is overschreden. Dat leidt als vanzelf tot op de individuele casus toegesneden uitspraken.

Deze casuïstische wijze van rechtsvinding is uiteraard niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid. De functie die het EHRM heeft te vervullen brengt mee dat deze ook niet de hoogste prioriteit kan genieten. Van het trio rechtszekerheid, rechtvaardigheid en doelmatigheid zijn het vooral de rechtvaardigheid en doelmatigheid die zwaar wegen voor het EHRM. Het belang van de rechtvaardigheid spreekt voor zich, aangezien het EHRM het beschermen van de menselijke waardigheid als kerntaak beschouwt. Het EHRM toetst dan ook streng aan de ‘lijf en leden’ artikelen van EVRM. Waar het de niet-absolute

181. Smith 2006.

rechten van het EVRM betreft, laat het EHRM de lidstaten juist veel vrijheid.¹⁸² De artikelen die in deel II zullen worden onderzocht behoren alle tot de categorie van de niet-absolute rechten. Met betrekking tot deze – niet tot de categorie ‘lijf en leden’ behorende – artikelen geldt dat niet iedere beperking direct aan gevoelens van rechtvaardigheid zal raken.

Het belang van doelmatigheid behoeft wellicht enige uitleg. Waar de rechtvaardigheid het EHRM soms tot opvallende uitspraken beweegt, zorgt het belang van doelmatigheid ervoor dat het EHRM de verdragsstaten juist ook vaak een ruime *margin of appreciation* gunt. Zoals reeds opgemerkt loopt het EHRM met een al te activistische houding het risico dat zijn uitspraken aan gezag inboeten. Daarnaast dreigt het EHRM bij zo’n houding te verdrinken in zijn eigen werkvoorraad. Het beeld dat opstijgt uit de jurisprudentie van het EHRM is dan ook dat het EHRM slechts tot een veroordeling komt als er iets ‘echt mis is’. In gevallen die geen schoonheidsprijs verdienen, maar het resultaat niet als werkelijk onrechtvaardig wordt gezien – in het volgende hoofdstuk volgen voorbeelden – pleegt het EHRM doorgaans geen veroordeling uit te spreken.

Het zijn derhalve met name de belangen van de rechtvaardigheid en doelmatigheid die in de jurisprudentie van het EHRM zwaar lijken te wegen. Mede in het licht van deze belangen kan men in de uitspraken van het EHRM drie ‘kwaliteitseisen’ vinden. Drie elementen waar het EHRM zich steeds rekenschap van dient te geven.

Teneinde op een adequate wijze de menselijke waardigheid te beschermen, is in de eerste plaats inzicht in de positie van de klager nodig. De klager kan zowel een natuurlijk persoon als een rechtspersoon zijn. Rechtspersonen die geen eerlijk proces hebben gekregen of wiens rechten op eigendom met voeten worden getreden krijgen in Straatsburg net als natuurlijke personen de kans hun verhaal te doen.

Voorts dient het EHRM inzicht te hebben in de omstandigheden en alternatieven die voorhanden waren, hetgeen wat ik heb genoemd ‘inzicht in de breedte’ vergt. Wanneer bijvoorbeeld een vennootschap in Straatsburg zou klagen dat een door de Ondernemingskamer getroffen onmiddellijke voorziening inbreuk maakt op de statuten, dient het EHRM ter beoordeling van deze klacht enig zicht te hebben op de alternatieven die de Ondernemingskamer voor handen had.

182. Niet absolute rechten worden ook wel aangeduid als ‘relatieve rechten’, zie Vande Lanotte & Haeck, deel 1, 2005, p. 92& 93. Absolute rechten kunnen niet worden beperkt. Van de enkelvoudig absolute rechten mag wel in tijd van oorlog worden afgeweken. Van tweevoudig absolute rechten mag nimmer worden afgeweken (bijv. het verbod van slavernij van art. 4 lid 1 EVRM). Op relatieve rechten zijn inbreuken mogelijk, wanneer deze kunnen worden gerechtvaardigd. Bij absolute rechten is de reikwijdte gelijk aan de beschermingsomvang. Binnen de reikwijdte zijn inbreuken niet geoorloofd.

HOOFDSTUK 3

Ten slotte dient het EHRM objectiviteit na te streven. Dat houdt in dat ruimte dient te worden gelaten aan verschillende opvattingen, met name wanneer deze verschillende opvattingen alle redelijkerwijze te verdedigen zijn. Zo zal het EHRM wanneer een verdragsstaat overgaat tot het nationaliseren van een bank de betrokken verdragsstaat een zeer ruime marge laten waar het betreft de noodzaak om de aandeelhouders te onteigenen. In beginsel is het aan de verdragsstaat om te bepalen wat in het nationaal belang is.

De rechtsfilosofische exercitie komt hier tot een einde. Getracht is globaal duidelijk te maken dat de idee achter het EVRM – het bewaken van de grenzen van de beschaafde samenleving – van belang is voor de wijze waarop het EHRM het EVRM uitlegt en zaken beslist. Wanneer men zich gesteld ziet voor de vraag of een bepaald geval de toets van het EHRM zal kunnen doorstaan is het nuttig dit in het achterhoofd te houden.

Wanneer die grenzen van de rechtsstaat worden overschreden is het EHRM bereid gebleken het EVRM extensief te interpreteren. Anderzijds pleegt het EHRM, zoals in deel II nog aan de orde komt, de verdragsstaten de nodige ruimte te laten in gevallen waarin deze grens niet zo scherp valt te trekken. Het is tegen deze achtergrond dat in deel II zal worden gezien in hoeverre het EVRM de bepalingen van Boek 2 BW beïnvloedt.