

8 Recht op bestaanszekerheid

(Over de constitutionele ideologie van de verzorgingsstaat)

P.B. Cliteur

Inleiding

Cliteur, Paul, "Recht op bestaanszekerheid",
in: Jan Terpstra en Lodewijk Gunther Moor,
red., *Normvervaging en sociale zekerheid*,
Commissie Onderzoek Sociale Zekerheid,
VUGA Uitgeverij, Den Haag 1994, pp. 179-216.

Eén van de meest interessante veranderingen ten aanzien de bestaanszekerheid van de Nederlandse burger is nog maar tien jaar oud: een *grondwettelijk recht* van de burger op bestaanszekerheid. In 1983 werd in de Nederlandse constitutie een artikel opgenomen met de volgende tekst.

1. De bestaanszekerheid der bevolking en spreiding van welvaart zijn voorwerp van zorg der overheid.
2. De wet stelt regels omtrent de aanspraken op sociale zekerheid.
3. Nederlanders hier te lande, die niet in het bestaan kunnen voorzien, hebben een bij de wet te regelen recht op bijstand van overheidswege.

Wij vieren thans dus het tienjarig jubileum van het *grondrecht op bestaanszekerheid en bijstand van overheidswege*.¹ Dat betekent natuurlijk niet dat vóór 1983 de overheid zich niet inspande op dit terrein, maar de grond of legitimatie voor die inspanningen was een andere dan tegenwoordig. In de grondwet van 1814 werd het armbestuur als "eene zaak van hoog belang" in de aandacht van de regering aanbevolen. In 1848 werd het gezien als een onderwerp van aanhoudende zorg dat door de wet zou worden geregeld. Pas in 1983 is bestaanszekerheid tot *constitutioneel recht* geproclameerd. Dat betekent dat een van de belangrijkste normverschuivingen op het terrein van bestaanszekerheid een mede van overheidswege geïnitieerde normverschuiving is: het opnemen van een artikel in de grondwet. Dat heeft consequenties ten aanzien van de legitimatie van overheidsoptreden, maar ook ten aanzien van het ontvangen

¹ Art. 20 Gw. We moeten overigens wel constateren dat verschil is te onderkennen tussen de formulering van lid 1 en lid 3. In lid 1 wordt iets voorzichtiger gesproken van een voorwerp van zorg der overheid. Het eerste en tweede lid van art. 20 zijn nieuw, het derde lid heeft een geschiedenis die terug gaat tot 1814, maar dan niet als recht, maar als een aansporing tot zorg voor de overheid. Vgl. art. 141 Gw 1814: "Als eene zaak van hoog belang wordt ook het armbestuur en de opvoeding der arm-kinderen der aanhoudende zorg der Regering aanbevolen". Art. 195 Gw 1848: "Het armbestuur is een onderwerp van aanhoudende zorg der Regering, en wordt door de wet geregeld". Vgl. de literatuur genoemd in: Akkermans, P.W.C., en Koekkoek, A.K., *De Grondwet*, W.E.J. Tjeenk Willink, 1992, p. 20.

van een uitkering. Wat de legitimatie van het overheidsoptreden betreft: bestaanszekerheid is nu niet langer één van de overheidsdoelstellingen die op utilistische gronden tegenover andere overheidsdoelstellingen dient te worden afgewogen, maar het recht op bijstand van overheidswege is - althans dat is de pretentie van de status van een grondrecht - boven het normale politieke proces verheven. Het gaat om een niet utilistisch te rechtvaardigen centrale waarde. Ik zal daar later nog op terugkomen.

Ook ten aanzien van de legitimatie van het *ontvangen* van een uitkering heeft dat ingrijpende consequenties. De twee belangrijkste daarvan zijn: (1) dat ontvangen is niet een aanspraak op *charitas*,¹ maar een recht; (2) het is niet een gewoon recht (zoals men recht heeft op levering van een fles melk wanneer men de prijs daarvoor heeft betaald), maar een grondrecht. Dat betekent dat de burger in principe de hulp van de rechter kan inroepen wanneer de overheid zich aan zijn grondrechtelijk beschermde belangen niets gelegen laat liggen.² En dan wordt hier met overheid niet alleen het bestuur bedoeld, maar ook de centrale, democratisch gelegitimeerde wetgever.

In de jaren dat de verzorgingsstaat werd uitgebouwd heeft zich nog een tweede opmerkelijke ontwikkeling voorgedaan. Hierbij gaat het niet om een ontwikkeling in de politiek, in de zin van de institutionele verwerkelijking van een staatkundig en beleidsmatig ideaal, maar om een ontwikkeling in het *denken over* politiek en recht. Er heeft in de jaren zestig en zeventig een enorme proliferatie plaatsgevonden van wat men in de literatuur over dit onderwerp aanduidt als "Rights-talk": het beargumenteren van aanspraken door een beroep te doen op rechten.

De vraag die ik in deze verhandeling aan de orde zou willen stellen is wat de consequenties zijn van een toenemende constitutionele juridificering van het verwachtingspatroon ten aanzien van uitkeringen. Eenvoudiger gesteld: wat zijn de consequenties van het feit dat burgers het waarborgen van bestaanszekerheid zijn gaan ervaren als een grondrecht? Ten aanzien van het antwoord op die vraag moeten we dan onderscheiden tussen korte termijn en lange termijn ontwikkelingen.

Op de *korte termijn* verwacht ik een sterkere oriëntatie op een op de rechter (en niet de wetgever) georiënteerd model van recht. Het Nederlandse rechtssysteem zal - met andere woorden - opschuiven in Amerikaanse richting. Het "primaat van de politiek" zal steeds verder afkalven en plaats maken voor het "primaat van de rechter". Daarmee is in zekere zin een gevaar geschapen voor de democratische legitimatie van overheidsmacht.

1 Vgl. hierover: Waldron, J., "Welfare and the Images of Charity", in: *Philosophical Quarterly*, 36 (1987), 296-321, ook in: Waldron, J., *Liberal Rights*. Cambridge University Press, Cambridge etc., 1993, pp. 225-250.

2 Dit ligt in zoverre iets ingewikkelder dat in Nederland wetten (nog) niet getoetst mogen worden aan de grondwet, maar wel aan verdragen. Ik kom op dit punt nog terug.

Ik maak ook een paar opmerkingen over de te verwachten ontwikkelingen op *langere termijn*. Dat is altijd problematisch, want het is, naar de woorden van Wilde, "better not to prophesize, especially about the future", maar het is wel erg verleidelijk. Voor de langere termijn klinkt mijn antwoord op de vraag wat apocalyptisch: de consequentie van een immer toenemende betekenis van "Rights-talk" en de legislatieve consequentie daarvan dat steeds meer beleid tot fundamenteel recht wordt verklaard, zou wel eens kunnen zijn het vervluchtigen van wat ik enigszins zwaarwichtig de "constitutionele gedachte" of de "mensenrechtenidee" zou willen noemen. Ik bedoel daarmee dat een toenemende hoeveelheid mensenrechten deze rechten op den duur in die zin zal devalueren dat zij geen speciale status meer zullen hebben in vergelijking met andere rechten. Dat is een zware claim en ik begrijp dat ik op dit punt veel te verantwoorden heb.

Aan het slot van deze bijdrage zal ik dan ook nog enkele opmerkingen maken die wellicht een oplossing bieden voor de gesignaleerde problemen.

Twee gronden voor de legitimatie van overheidshandelingen: utilisme en "Rights-talk"

Het recht op bestaanszekerheid en bijstand van overheidswege is een recht, maar wat is eigenlijk een recht? En waarom spreekt men in termen van rechten? Lincoln Allison schrijft: rechten zijn een zeer belangrijke en brede categorie van menselijke relaties. Het is moeilijk om over een samenleving te praten zonder op de een of andere manier het woord "rechten" te gebruiken. Onmogelijk is dat overigens niet. Men zou namelijk het spreken over rechten kunnen vertalen in een spreken over wetten, over regels, over conventies, over rollen en oordelen. Het nadeel van een dergelijke vertaling is echter volgens Allison dat het "clumsier" zou zijn en dat het de enorme retorische kracht zou ontberen die inherent is aan het spreken over rechten.¹

Dit is voor ons onderwerp een belangrijke opmerking. Ook bij andere schrijvers vindt deze visie steun. Ook Almond constateert dat "Rights-talk" kan worden vertaald in andere vocabularia, zoals dat van "plicht", "juist", "regel", "aanspraak" enz.² Waarom is het dan aantrekkelijk om te praten in "Rights-talk"? Almond wijst op drie factoren. Allereerst is aantrekkelijk dat "Rights-talk" geschiedt vanuit het perspectief van de onderdrukte, van degene die iets eist, niet vanuit het perspectief van de over-

1 Allison, Lincoln, "Rights", in: Lincoln Allison, *Right Principles*, Basil Blackwell, Oxford, 1984, pp. 87-99, hier p. 87.

2 Almond, Brenda, "Rights", in: Peter Singer, ed., *A Companion to Ethics*, Basil Blackwell, Oxford, 1993 (1991), pp. 259-269, hier p. 261.

heid die eventueel iets te vergeven heeft. Als tweede is het pragmatisch aantrekkelijk dat "rights have legal overtones".¹ Als derde heeft men wel gewezen op het feit dat een beroep op rechten overal op de wereld wordt begrepen.

Tegenover het rechten-perspectief staat het utilistisch perspectief om handelingen van de overheid te rechtvaardigen. Het klassieke utilisme dat teruggaat op filosofen als Jeremy Bentham en John Stuart Mill kan men aan de hand van de volgende drie punten typeren.

- (1) Handelingen zijn alleen maar goed en kwaad onder verwijzing naar hun *gevolgen*. Goede handelingen zijn handelingen die goede consequenties hebben (consequentialisme);
- (2) Bij het beoordelen van die gevolgen telt alleen of deze een bijdrage leveren aan het *geluk* of *ongeluk* van mensen. Al het andere is irrelevant (hedonisme);
- (3) Bij het calculeren van dat geluk, moeten we dat van *ieder even zwaar* laten wegen. Anders gezegd: ieders welzijn is even belangrijk.²

Er is veel te zeggen over de vraag welk van beide perspectieven de beste rechtvaardiging voor ons handelen kan verschaffen, maar de wijsgerige discussies waartoe deze vraag aanleiding zou geven kunnen we hier niet aan de orde stellen. Ik beperk mij tot enkele opmerkingen van James Bryce over het verschil in perspectief die voor ons onderwerp van belang zijn. Bryce was het aan het begin van deze eeuw al opgevallen dat weliswaar "Rights-talk" (hij spreekt zelf van de "doctrine van natuurlijke rechten") en utilisme beide een legitimatie aan overheidspolitiek en individuele wensen kunnen geven, maar dat wat men ook moge denken van de wijsgerige houdbaarheid van de twee theorieën, "Rights-talk" *retorisch* sterk in het voordeel is. Over de utilistische rechtvaardiging van rechten schrijft hij: "Reflective minds in our day will find arguments of this type more profitable than the purely abstract doctrine of Natural Rights, a series of propositions called self-evident, incapable of proof or disproof, interpretable and applicable in whatever sense the believer may please to give them".³ In die zin ligt een hoop kritiek besloten. De "reflective minds" (wat wel een elegante manier van uitdrukken zal zijn voor het feit dat Bryce zelf een bepaalde voorkeur heeft) hebben een voorkeur voor utilistische argumenten boven een formulering in eisen van rechten om de volgende redenen. Allereerst: "Rights-talk" doet een beroep op "abstracte rechten". Bovendien is dat beroep niet te bewijzen noch aan te vechten; het wordt eenvoudig gesteld, lijkt Bryce ons te willen zeggen. Verder laakt hij ook de speelruimte in interpretatie: die abstracte rechten houden

1 Almond, "Rights", p. 263.

2 Over het utilisme en de kritiek daarop is een zee aan literatuur verschenen. Ik heb vooral gebruik gemaakt van de hoofdstukken 7 en 8 van Rachels, James, *The Elements of Moral Philosophy*, Second edition, McGraw-Hill, Inc., New York etc., 1993.

3 Bryce, James, *Modern Democracies*, I, MacMillan and Co. London, 1921, p. 51.

in wat men maar wil. We zullen nog zien dat deze kritiek op "Rights-talk" ook tegenwoordig weer wordt opgepakt, onder andere door Jeremy Waldron.¹

Maar hoezeer ook het utilisme intellectueel bevredigender is, Bryce realiseert zich dat "Rights-talk" veel meer tot de verbeelding spreekt. "(...) these transcendental axioms have in fact done more to commend democracy to mankind than any utilitarian argument drawn from history, for they appeal to emotion at least as much as to reason".² Waarom? "Rights-talk" is eenvoudiger en meer direct, zegt hij. Diezelfde vaagheid die het onbevredigend maakt voor de "reflective minds" spreekt voor anderen juist tot de verbeelding: "Their very vagueness and the feeling that man is lifted to a higher plane, where Liberty and Equality are proclaimed as indefeasible rights, gave them a magic power. Rousseau fired a thousand for one whom Benthamism convinced".³

Deze getuigenissen van Bryce, Almond en Allison zijn voor ons van groot belang. Het leert in feite dat "Rights-talk" een keuze impliceert; men kan zich ermee inlaten, maar men kan het ook laten. Bovendien kan die keuze worden gemotiveerd door pragmatische motieven, bijvoorbeeld het motief dat het ene meer retorische overtuigingskracht heeft.

Dat is een belangrijk inzicht, immers wanneer men ervoor kan kiezen om het aan te nemen kan men er ook voor kiezen om het na te laten. Het is een manier van denken en een manier van spreken die pragmatisch kan zijn te rechtvaardigen, maar die we ook kunnen ontraden. Het is een manier van praten die men collectief kan leren, maar misschien ook *afleren*. Dat brengt ons op een tweede vraag: hoe komen we ertoe om bepaalde rechten te verheffen tot fundamentele rechten? Om dat te analyseren is het van belang dat we iets meer inzicht krijgen in de verschillende soorten rechten, in de nomenclatuur van "Rights-talk".

De nomenclatuur van rechten

"Rights-talk" komt voor op verschillende niveaus en het door elkaar halen van die niveaus is een van de dingen die het onderwerp van rechten zo verwarrend maakt.

1 Vgl. Waldron, Jeremy, "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", in: *Oxford Journal of Legal Studies*, 13 (1993), 18-51; Waldron, J., "Rights", in: Robert E. Goodin en Philip Pettit, eds., *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, Basil Blackwell, Oxford 1993, pp. 575-585 en verder de opstellen gebundeld in: Waldron, *Liberal Rights*, Collected Papers 1981-1991, Cambridge University Press, Cambridge etc., 1993.

2 Bryce, *o.c.*, p. 51.

3 Bryce, *o.c.*, p. 51.

Men zou vier soorten rechten kunnen onderscheiden.¹ Daarbij gaat het overigens niet om vier verschillende soorten rechten die iedereen zal erkennen, maar om vier manieren waarop we in het alledaagse spraakgebruik een beroep op rechten kunnen onderkennen.² Zo kunnen we onderscheiden tussen (1) gewone juridische, (2) constitutionele rechten, (3) gewone morele rechten en (4) universele of natuurlijke rechten.

Allereerst het minst controversiële: het gewone positiefrechtelijke niveau. Spreken we op dit niveau van een recht dan verwijzen we naar het positiefrechtelijk systeem, waaraan we een recht ontleen. We zouden kunnen spreken van *juridische rechten*. Wanneer ik bijvoorbeeld tegen de schilder zeg dat ik een recht heb op een deugdelijke afwerking van het schilderwerk van mijn huis, dan baseer ik mij op de regeling over aanneming van werk, zoals geregeld in het Burgerlijk Wetboek (art. 1637b BW). De schilder en ik hebben een overeenkomst gesloten, waarbij *ik* mij heb verplicht tot het betalen van een bepaald bedrag en *hij* tot het schilderen van mijn huis. Wanneer hij zich niet op behoorlijke wijze van zijn taak heeft gekweten dan spreek ik hem eerst aan met een verzoek: "Zou u niet de plintjes nog even willen bijwerken?". Wil dat niet helpen dan beroep ik mij op mijn "recht" op een behoorlijke prestatie van zijn kant. In deze zin is "Rights-talk" een gesprek over de rechten die de wet aan opdrachtgever en opdrachtnemer toedeelt.

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

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

2 Allison, "Rights", p. 88.

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

tweede manier waarop we in het alledaagse spraakgebruik "Rights-talk" kunnen onderscheiden.

Van de gewone positiefrechtelijke rechten moeten we dan een speciale categorie onderscheiden: de *constitutionele rechten*. Deze term kan men reserveren voor rechten die binnen het positiefrechtelijke systeem een speciale status hebben gekregen. Niet alle positiefrechtelijke rechten zijn namelijk van gelijke rang. Zo kennen we rechten die we ontleen aan gewone wetten en rechten die we ontleen aan meer fundamentele wetten. Een gewone wet is bijvoorbeeld het burgerlijk wetboek, waarvan hierboven sprake was. Ik heb recht op een deugdelijke prestatie van de schilder op basis van een artikel uit het burgerlijk wetboek. Van zo'n gewone wet moeten we meer fundamentele juridische regelingen onderscheiden, zoals een grondwet en een verdrag. In grondwetten en verdragen vinden we *constitutionele rechten*. Ik zou die term willen hanteren ter aanduiding van wat ook wel wordt genoemd grondrechten en mensenrechten.¹ Het gaat hierbij dus ook om rechten dus die toekomen aan de burger, maar van een meer fundamentele geaardheid dan de gewone rechten die hij aan de alledaagse wetgeving ontleent. De rechten die we aan grondrechten ontleen worden ook op een bijzondere manier beschermd. *Allereerst* is een speciale procedure voorgeschreven om ze te wijzigen. De grondwet kan alleen maar met een meerderheid van twee derde in de volksvertegenwoordiging worden gewijzigd. Als *tweede* geldt vaak dat men ook tegenover de centrale wetgever door de rechter beschermd wordt bij een eventuele aantasting van grondrechten. Dat betekent dat de grondwettelijke bescherming van fundamentele rechten op het volgende neerkomt. Wanneer de Nederlandse regering in samenwerking met het Nederlandse parlement het grondrecht van de vrijheid van meningsuiting zou willen afschaffen (een onder normale omstandigheden weinig waarschijnlijke gebeurtenis, maar toch van principiële belang als gedachtenexperiment), dan kan dat alleen wanneer daarvoor een meerderheid van twee derde in de volksvertegenwoordiging kan worden gevonden.² En ten aanzien van de tweede bescherming: wanneer de Nederlandse wetgever een wet zou maken die in strijd is met het grondrecht van de vrijheid van meningsuiting zal de Nederlandse rechter die wet niet toepassen in het concrete geval waarin een conflict rijst over de toepassing. (Ik herhaal overigens dat deze laatste opmerking nog moet worden genuanceerd in die zin dat het wel moet gaan om de vrijheid van meningsuiting, zoals gewaarborgd in een *verdrag*; wij kennen in Nederland (nog) geen rechterlijke toetsingsmogelijkheid aan hetzelfde grondrecht uit de grondwet).

1 De woorden "grondrechten" en "mensenrechten" hanteren we hier door elkaar. Soms wordt echter in die zin een verschil gemaakt dat men van grondrechten spreekt wanneer het gaat om hoger recht dat is neergelegd in een grondwet, van mensenrechten wanneer het gaat om hoger recht dat is neergelegd in verdragen. Ik zal de categorieën hier samenbrengen onder de term "constitutionele rechten".

2 De procedure is iets ingewikkelder, maar dat is hier niet van belang. Vgl. art. 137 Grondwet.

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

In hoeverre we dit spreken over recht moeten toejuichen of niet is het voorwerp van een lange controverse in de rechtsfilosofie. Vanuit een bepaald perspectief is het praten over rechten op deze manier een vorm van taalvervuiling die alleen maar spraakverwarring met zich meebrengt. De grote tegenstander van "Rights-talk" in deze morele zin was Jeremy Bentham wiens diatribes tegen de mensenrechtenverklaringen even bekend zijn als die van Burke.¹ Wat bedoeld wordt, zo zou een criticus van "Rights-talk" in de geest van Bentham kunnen opmerken, is dat degene die het woord "recht" in deze tweede zin gebruikt, vindt dat men een recht *zou moeten hebben*. Men *heeft* dat recht echter pas op het moment dat het wordt toebedeeld door de wet (Bentham: "from real laws come real rights"). In de rechtspositivistische traditie, zoals in Engeland geïnitieerd door Bentham en verder ontwikkeld door zijn leerling John Austin, staat dan ook het nauwkeurig onderscheiden tussen recht *zoals het is* en recht *zoals het moet zijn* hoog op de verlanglijst.² Het zal niet verbazen dat Bentham en Austin om dezelfde redenen ook zwaarwegende bezwaren hebben tegen een vierde manier van "Rights-talk".

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

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

Een vierde vorm waarop we over rechten spreken is door een beroep te doen op *natuurlijke rechten of mensenrechten*. Daarbij gaat het om morele rechten die aan alle mensen toebehoren in alle maatschappijen en die onvervreemdbaar zijn. Het is een variant van de derde manier van spreken: mensenrechten zijn een soort morele rechten. Natuurlijke rechten of mensenrechten komen met morele rechten overeen in de zin dat men zich niet beroept op positieve wetgeving ter onderbouwing van de claim. Het verschilt daarvan echter door de categorische termen waarin over rechten gesproken wordt. Het gaat om rechten voor *iedereen, overal en onder alle omstandigheden*. Pas wanneer "Rights-talk" die hoedanigheid heeft aangenomen, spreken we van natuurlijke rechten of van mensenrechten. Maurice Cranston formuleert het als volgt: "Human rights are a form of moral right, and they differ from other moral rights in being the rights of all people at all times and in all situations".¹

Hieruit blijkt dus dat ten aanzien van het woord "mensenrechten" enige spraakverwarring heerst. Sommigen hanteren het woord ter aanduiding van de rechten die zijn gecodificeerd in verdragen, anderen hanteren het woord ter aanduiding van de categorie van morele rechten die een universele strekking hebben. Vaak zullen de twee categorieën overigens samenvallen, zodat deze semantische verwarring geen problemen op zal leveren. Ik zal er hier vanuit gaan dat wanneer we het over mensenrechten hebben, we doelen op de vierde categorie: de universele morele rechten. Dat die vierde categorie ten dele is vastgelegd in verdragen en grondwetten is dan niet van principieel belang. Kenmerkend voor mensenrechten is namelijk niet dat het pas rechten zijn *doordat* zij zijn opgetekend op een plechtstatige manier in grondwetten en verdragen, maar dat zij zijn opgetekend *omdat* zij een fundamentele status hebben. Dat is althans de pretentie van de protagonisten van de mensenrechtenidee. Terecht schrijft daarom Brenda Almond: "The justification of rights of this sort is essentially ethical, although the international community, in attempting to enshrine them in law, seeks to convert their justification into a matter of fact practice".² Men kan het ook als volgt stellen: de traditie van de mensenrechten is een moderne voortzetting van de traditie van het denken over natuurlijke rechten.³ Naarmate die natuurlijke rechten steeds meer erkenning vinden in het positieve recht worden het

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

2 Almond, "Rights", p. 261.

3 Overigens zijn er wel verschillen. Vgl. daarover: McInery, Ralph, "Natural Law and Human Rights", in: *American Journal of Jurisprudence*, 1991, 1-14; Weinreb, Lloyd L., "Natural Law and Rights", in: George, Robert P., ed., *Natural Law Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 278-309.

tevens culturele constructies. Men zou dan ook een geschiedenis van het natuurrecht kunnen schrijven als een van natuurrecht naar cultuurrecht.¹ Maar dit onderwerp moeten we hier laten rusten.

Waar we onze aandacht op zullen concentreren is het culturele en politieke proces dat ertoe heeft geleid dat steeds meer rechten tot constitutionele rechten zijn verklaard.

We zouden resumerend de vier categorieën als volgt kunnen presenteren:²

- (1) Gewone juridische rechten;
- (2) Constitutionele rechten;
- (3) Morele rechten;
- (4) Mensenrechten.

De eerste twee categorieën hebben een positiefrechtelijke basis; de categorieën 3 en 4 zijn morele rechten. Ook een tweede opmerking over dit rijtje is van belang. De tweede categorie verhoudt zich op een vergelijkbare wijze tot één, zoals vier zich tot drie verhoudt. Men kan namelijk ook onderkennen dat de categorieën twee en vier meer universele en beter beschermde rechten bevatten dan respectievelijk de categorieën één en drie.

Na deze voor het vervolg noodzakelijke begripsmatige verheldering kunnen we nu weer terugkeren naar ons eigenlijke thema, namelijk (a) de proliferatie van "Rights-talk" die heeft plaatsgevonden en (b) het feit dat steeds meer rechten zijn verheven van gewone utilistisch te rechtvaardigen aanspraken tot fundamentele rechten die hetzij in de grondwet, hetzij in het verdragsrecht een constitutionele status hebben gekregen. Het recht op bestaanszekerheid en bijstand van overheidswege is één van de manifestaties van dat brede culturele proces. De culturele verandering is dus van tweërlei aard. Allereerst is sprake van een verandering in het denken over de legitimiteit van het overheidshandelen en als tweede is sprake van een kwantitatieve proliferatie van fundamenteel recht. Teruggekoppeld op onze vier categorieën rechten betekent het dat categorie twee, de constitutionele rechten, overvol raakt. Laat ik deze twee ontwikkelingen proberen kort te typeren.

1 Vgl. over de filosofie achter UVRM: Morsink, Johannes, "The Philosophy of the Universal Declaration", in: *Human Rights Quarterly*, 6 (1984), 309-334.

2 Er zijn verschillende indelingen van rechten gepresenteerd. Ik verwijs ook nog naar: Holtmaat, Riki, "Tussen niet-verantwoordelijkheid en zorg", in: *Nemenis*, 1993, nr. 3, 71-80.

De culturele verandering: de proliferatie van "Rights-talk"

De culturele verandering komt duidelijk over het voetlicht in een passage van de Engelse rechtsfilosoof H.L.A. Hart. Hart, de nestor van de Engelse rechtspositivistische traditie en zelf geen aanhanger van "Rights-talk", schreef in 1979:

I do not think that anyone familiar with what has been published in the last ten years, in England and the United States, on the philosophy of government can doubt that this subject, which is the meeting point of moral, political, and legal philosophy, is undergoing a major change. We are currently witnessing, I think, the progress of a transition from a once widely accepted old faith that some form of utilitarianism, if only we could discover the right form, *must* capture the essence of political morality. The new faith is that the truth must lie not with a doctrine that takes the maximization of aggregate or average general welfare for its goal, but with a doctrine of basic human rights, protecting specific basic liberties and interests of individuals, if only we could find some sufficiently firm foundation for such rights to meet some long-familiar objections.¹

Het is altijd een indrukwekkend moment, wanneer we zien hoe een groot denker die zijn stempel heeft gezet op zijn tijd terugkijkt, zich realiserend dat het tij aan het veranderen is. In 1687 schreef Bossuet, de grote ideoloog van Ançien Régime, aan een leerling van Malebranche: "Le mal gagne (...) Il s'introduit (...) une liberté de juger qui fait que, sans égard à la tradition, on avance témérement tout ce qu'on pense".² Bossuet zag de "philosophes" opkomen, de protagonisten van wat we tegenwoordig met weinig gevoel voor literaire smaak aanduiden als de "moderniteit" (en wat vroeger zo poëtisch de "Verlichting" werd genoemd).

De passage van Hart lijkt hierop. Hart had in het naoorlogse Engeland met veel succes het utilistisch perspectief van Bentham en Austin verdedigd en daarmee ook het Engelse model dat van "Rights-talk" in Amerikaanse stijl niets moet hebben. In 1979 moest Hart echter constateren dat deze slag in zekere zin verloren was, althans Hannibal stond onmiskenbaar voor de poorten; "Rights-talk" was "in the air".

1 Hart, H.L.A., "Between Utility and Rights" in: *Columbia Law Review*, 79 (1979), hier aangehaald in: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 198.

2 Aangehaald in: Clàrc, P., en Simon, A., *Le XVIIe Siècle*, Librairie Classique Eugène Belin, Parijs, 1956, p. 293.

Het was Hart's opvolger op de leerstoel Jurisprudence in Oxford, de Amerikaan¹ Ronald Dworkin, die aan "Rights-talk" in de jaren zeventig een invloedrijke intellectuele onderbouwing heeft gegeven (een poging tot de "firm foundation" waarvan Hart spreekt). In *Taking Rights Seriously* (1978) verklaarde Dworkin rechten primair tegenover de beleidsdoelstellingen. Rechten zouden ook een grond voor ongehoorzaamheid aan de staatswetten opleveren. "Rights" zijn "trumps".

Het woord "trump" heeft verschillende betekenissen. Het kan "troefkaart" betekenen en "trompet" en beide betekenissen resoneren mee in het gebruik dat Dworkin van dat woord maakt. Rechten zijn ook inderdaad trompetten en troefkaarten. Met veel vertoon ("trompet") roept men ze in wanneer als het ware het spel van het gewone recht uit is, maar men zich toch nog niet gewonnen geeft ("troefkaart"). Rechten hebben voorrang op de beleidshandelingen van de overheid.²

Dworkin was bepaald niet de enige "Rights"-protagonist in de jaren zeventig en tachtig. Een ander bekend boek uit die tijd was het vier jaar eerder verschenen *Anarchy, State, and Utopia* (1974) van Robert Nozick. Ook Nozick stelt: "Individuals have rights, and there are things no person or group may do to them (without violating their rights)"³, een standpunt dat, ondanks alle verdere verschillen, geheel in harmonie was met de stelling van John Rawls uit *A Theory of Justice* (1972): "Each person possesses an inviolability founded on justice that even the welfare of society as a whole cannot override".⁴

Ondanks alle verschillen (Dworkin en Rawls behoren tot de linkerzijde van het politieke spectrum, Nozick is een libertarisch liberaal), over één ding is men het eens: "Rights-talk" dient het utilisme te vervangen. Van de linkerzijde naar de rechterzijde van het politieke spectrum: "Rights-talk" was duidelijk *en vogue*.

Het paste ook in het tijdsbeeld. Men was erg enthousiast voor burgerlijke ongehoorzaamheid en gepreoccupeerd met een Milliaanse angst voor de terreur van de massa. Kelly geeft het goed weer wanneer hij schrijft: "This approach, very much in tune with the liberal end of American thinking in the 1960s, necessarily involves the state

1 Dat is niet zonder betekenis. Het verschil tussen de Engelse en Amerikaanse rechtscultuur is onder andere dat de Engelsen het utilisme veel meer trouw zijn gebleven terwijl de Amerikanen sinds 1776 gewend zijn te denken in termen van constitutionele rechten. Vgl. Corwin, Edward S., *The 'Higher Law' background of American constitutional law*, Great Seal Books, Cornell University Press, Ithaca, New York, 1955; Ryan, Alan, "The British, the Americans, and rights", in: Michael J. Lacey en Knud Haaksonssen, eds., *Woodrow Wilson International Center for Scholars and Cambridge University Press, Cambridge etc.*, 1991, pp. 366-440.

2 Vgl. Dworkin, Ronald, "Rights as Trumps", in: Jeremy Waldron, ed., *Theories of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1992 (1984), pp. 153-168.

3 Nozick, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Basic Books, New York, 1974, p. ix.

4 Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, Oxford etc., 1972, p. 3.

and community in accepting, where individuals' consciences dictate such behaviour, the burden of civil disobedience as legitimate".¹

Nu was "Rights-talk" natuurlijk ook weer in zoverre niet nieuw dat het aansluiting kon vinden bij een eeuwenoude traditie in het denken over recht die bekend staat als de natuurrechtsleer en die na de Tweede Wereldoorlog zo'n spectaculaire herleving doormaakte. Een van de meest recente varianten van natuurrechtelijk denken verscheen twee jaar na *Taking Rights Seriously* van Dworkin: John Finnis' *Natural Law and Natural Rights* (1980).² Finnis, nu een collega van Dworkin in Oxford en voor-
aanstaand natuurrechtsfilosoof, is het in verschillende opzichten met Dworkin eens. Ook hij meent dat "Rights-talk" nuttige kanten heeft. Hij noemt er drie. Allereerst: "rights-talk keeps justice in the foreground of our consideration".³ Hij bedoelt daarmee dat de moderne gewoonte van "Rights-talk", aldus nog steeds Finnis, "rightly emphasises equality, the truth that every human being is a locus of human flourishing which is to be considered with favour in him as much as in anybody else". Als tweede is een nuttige kant van "Rights-talk" dat het de aantrekkelijkheid van de utilistische calculus ondermijnt van de "consequentialisten" (vgl. wat hiervoor is gezegd over de drie kenmerken van het utilisme). Als derde verschaft het een differentiatie van de verschillende aspecten waarin de mens kan floreren. Zij verschaffen een: "usefully detailed listing of the various aspects of human flourishing (...)".⁴

"Rights-talk" en de belangstelling voor natuurrecht paste goed in het na-oorlogse denken. De Tweede Wereldoorlog en de ontwikkelingen daarvoor in Stalinistisch Rusland en nazistisch Duitsland hadden een ongehoorde hoeveelheid schendingen van mensenrechten te zien gegeven. We zouden de geschiedenis van "Rights-talk" - noodzakelijkerwijs enigszins vereenvoudigd en daarmee ook wat vertekend - als volgt kunnen weergeven. In de zestiende en zeventiende eeuw werd door schrijvers als Hugo de Groot, Pufendorf en Locke de gedachte van de mensenrechten ontwikkeld. Gedurende de negentiende eeuw was daarvoor echter minder belangstelling, onder andere door de kritiek die daarop was uitgeoefend door liberalen als Bentham en conservatieven als Burke. Hoe het ook zij, "Rights-talk" was niet dominant. Pas na de Tweede Wereldoorlog maakte het een spectaculaire herleving door. Niet alleen in de praktijk van de rechtbanken, maar ook in de theorievorming. Auteurs als Lon Fuller,⁵ Gustav Radbruch⁶ en talloze anderen hielden opnieuw een pleidooi voor de

1 Kelly, J.M., *A Short History of Western Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 426.

2 Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980.

3 Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, p. 221.

4 Finnis, *o.c.*, p. 221.

5 Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven and London, 1978 (1964).

6 Radbruch, *Rechtsphilosophie*, herausgegeben von Erik Wolf und Hans-Peter Schneider, K.F. Koehler Verlag, Stuttgart, 1973.

gedachte van het natuurrecht. Een latere generatie denkers, waarvan Ronald Dworkin en John Rawls de bekendste vertegenwoordigers zijn, bouwde op deze inzichten voort.

Ook op het internationale vlak werden allerlei pogingen gedaan "Rights-talk" een stevige basis te geven. In 1948 werd binnen de Verenigde Naties een Universele Verklaring van de Rechten van de Mens tot stand gebracht. Twee jaar later werd deze gevolgd door een binnen de Raad van Europa ontwikkelde verklaring die wat betreft het implementatiemechanisme veel beter ontwikkeld was: de Europese Verklaring van de Rechten van de Mens en Fundamentele Vrijheden. Vooral het Verdrag van Rome is dan van belang. Het Europese Hof in Straatsburg vervult voor de bij het verdrag geassocieerde lidstaten een vergelijkbare rol met die van het Amerikaanse Supreme Court: men waakt over een lijst van mensenrechten en verklaart alle wetgeving van de staten die zich bij het verdrag hebben aangesloten als ongeldig wanneer deze in strijd komt met de verdragsrechtelijk gewaarborgde vrijheidsrechten.

Hoe belangrijk ook, al deze ontwikkelingen zouden niet zo sterk zijn aangeslagen wanneer "Rights-talk" niet tevens een verankering had gevonden in het bewustzijn van de burgers. Dat was echter duidelijk het geval. In belangrijke ethische kwesties als die over euthanasie, abortus, misdaad en straf, het behandelen van dieren¹ en onze verhouding tot de natuurlijke omgeving is "Rights-talk" enorm sterk op de voorgrond getreden.² Het was vooral in deze tijd dat we overheidsop treden hebben leren ervaren als iets waarop we recht hebben.

De proliferatie van constitutionele rechten

Niet alleen heeft gedurende de jaren zestig en zeventig een proliferatie van "Rights-talk" plaatsgevonden, maar ook van de *hoeveelheid* constitutionele rechten. Hoe worden nu constitutionele rechten tot stand gebracht? Men zou op alle vier van de hier genoemde terreinen waarop "Rights-talk" plaatsvindt een toename kunnen onderkennen, maar zorgwekkend om hierna nog te specificeren redenen is de proliferatie van de *constitutionele* rechten.

Maar laten we eerst eens kijken naar het morele niveau (derde categorie). Men kan zich voorstellen dat iemand niet meer spreekt in termen van "ik wil graag dat jij...", maar dat hij elk verzoek, elke wens, elke aansporing presenteert in de vorm van

1 Vgl. D'Amato, Anthony, en Chopra, Sudhir, "Whales: Their Emerging Right to Life", in: *American Journal of International Law*, 85 (1991), 21-62. Voor Nederland: Boon, Dirk, *Nederlands dierenrecht*, Gouda Quint, Arnhem, 1983.

2 Almond, "Rights", p. 259.

"Rights-talk": "Ik heb er recht op dat je mij zakgeld geeft; ik heb er recht op dat je met mij gaat tennissen; ik heb er recht op dat je mij van het station afhaalt". Een dergelijk persoon zou de lachlust of irritatie van zijn medemensen opwekken, maar verder is er niet veel aan de hand. Wanneer we het over proliferatie van "Rights-talk" hebben bedoelen we echter meestal de proliferatie op de niveau's *een* en *twee*. Op het gewone niveau van de juridische rechten is dat een toenemende juridificering van de samenleving. In zekere zin heeft men dat in de Verenigde Staten: "I'll sue you your brains out". Dat leidt dan tot die gigantische schadeclaims die worden ingesteld *en* ook nog door de rechter worden gehonoreerd.

Wanneer we het hier echter over proliferatie van "Rights-talk" hebben bedoelen we de vermenigvuldiging van wat men zou kunnen noemen "hoger recht": constitutionele rechten (en mensenrechten voorzover die laatste een juridische verankering hebben gekregen in constituties en verdragen en daarmee dus ook constitutionele rechten zijn geworden).

Ten aanzien van constitutionele rechten heeft na de Tweede Wereldoorlog een enorme proliferatie plaatsgevonden. De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens die door de Verenigde Naties in 1948 tot stand werd gebracht beperkte zich niet tot de klassieke vrijheidsrechten, maar bevatte ook tien artikelen met rechten van een geheel andere aard. Art. 22 geeft aan dat een ieder als lid van de gemeenschap recht heeft op maatschappelijke zekerheid en erop aanspraak kan maken, dat door middel van nationale inspanning en internationale samenwerking, en overeenkomstig de organisatie en de hulpbronnen van de betreffende staat, de economische, sociale en culturele rechten, die onmisbaar zijn voor de waardigheid en voor de vrije ont-plooiing van zijn persoonlijkheid, verwezenlijkt worden. Art. 23 geeft aan dat ieder recht heeft op arbeid, op vrije keuze van beroep, op rechtvaardige en gunstige arbeidsvoorwaarden en op bescherming tegen werkloosheid. In datzelfde artikel wordt ook in lid 3 bepaald dat een ieder, die arbeid verricht, recht heeft op een rechtvaardige en gunstige beloning, welke hem en zijn gezin een menswaardig bestaan verzekert, welke beloning zo nodig met andere middelen van sociale bescherming zal worden aangevuld. In art. 24 wordt gesproken van een recht op rust en op vrije tijd, met inbegrip van een redelijke beperking van de arbeidstijd, en op periodieke vakanties met behoud van loon, terwijl art. 25 bepaalt dat ieder recht heeft op een levensstandaard, die hoog genoeg is voor de gezondheid en het welzijn van zichzelf en zijn gezin, waaronder begrepen voeding, kleding, huisvesting en geneeskundige verzorging en de noodzakelijke sociale diensten, alsmede het recht op voorziening in geval van werkloosheid, ziekte of invaliditeit, overlijden van de echtgenoot, ouderdom of een ander gemis aan bestaansmiddelen, ontstaan ten gevolge van omstandigheden onafhankelijk van zijn wil. In lid 2 van hetzelfde artikel wordt daaraan nog toegevoegd dat moeder en kind recht hebben op bijzondere zorg en bijstand. Art. 26 ten slotte stelt dat een ieder recht heeft om vrijelijk deel te nemen aan het culturele leven

van de gemeenschap, om te genieten van kunst en om deel te hebben aan wetenschappelijke vooruitgang en de vruchten daarvan.

De eerste twintig artikelen kwamen bekend te staan als de politieke en burgerlijke rechten, de daarop volgende rechten als economische en sociale rechten. Zo is men gaan onderscheiden tussen een eerste generatie en een tweede generatie mensenrechten. In de jaren tachtig is ook nog een pleidooi gehouden voor een derde generatie mensenrechten. De auctor intellectualis hiervan is de volkenrechtsgeleerde K. Vasak.¹

Vasak introduceerde in 1977 (later uitgewerkt in 1984) het concept van een derde generatie mensenrechten die hij aanduidde als solidariteitsrechten. Het idee van solidariteitsrechten was weliswaar niet nieuw, maar Vasak was wel de eerste die probeerde het een conceptuele plaats te geven in de traditionele catalogus van internationaal gewaarborgde mensenrechten. Als uitgangspunt hanteerde Vasak het idee dat men drie soorten revoluties zou kunnen onderscheiden. De eerste revolutie is de Franse Revolutie. Hoewel het motto van de Franse Revolutie "Vrijheid, Gelijkheid en Broederschap" luidde, kwam eigenlijk alleen van het eerste iets terecht. De Franse Revolutie introduceerde alleen de vrijheidsrechten, datgene wat we tegenwoordig burgerlijke en politieke rechten noemen. Pas door de Mexicaanse en Russische Revolutie kwam een andere categorie rechten in het vizier: de gelijkheidsrechten, rechten die we tegenwoordig aanduiden als de economische, sociale en culturele rechten. Aan deze eerste twee generaties mensenrechten zou nu een derde moeten worden toegevoegd. De derde categorie rechten zijn de rechten van deze tijd. Deze derde categorie rechten, de solidariteitsrechten, hangen samen met de emancipatie van de gekoloniseerde wereld en van de onderdrukte volkeren. Aangezien de eerste twee generaties van mensenrechten al een codificatie hebben gekregen in de conventies van de VN uit 1966 ontwierp Vasak een model voor een derde VN-verdrag waarin de solidariteitsrechten nader werden omschreven. Daarbij zou het gaan om het recht op vrede, het recht op ontwikkeling, het recht op een gezonde leefomgeving en het recht om mee te delen in de gemeenschappelijke erfenis van de mensheid. Ook het recht op communicatie en het recht op humanitaire assistentie rekende hij tot deze derde generatie van mensenrechten.

In de literatuur is een principiële strijd ontbrand over de merites van de verschillende categorieën mensenrechten. De scherpste critici van de economische en sociale rech-

1 Vgl. Vasak, K., "A 30-Year Struggle: The Sustained Effort to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights", in: *UNESCO Courier*, november 1977 en Vasak, K., "Pour une troisième génération des droits de l'homme", in: C. Swinarski, ed., *Etudes et Essais sur le droit internationale humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1984, p. 837 e.v.

ten, de tweede generatie rechten, de politiek filosoof Maurice Cranston¹ en de filosoof en econoom Hayek.² De discussie over de derde generatie mensenrechten wordt nog steeds gevoerd. Zo is het standpunt van Vasak bekritiseerd door P.H. Kooijmans, P. Alston, J. Donnely en anderen.³ Voordat we echter op de kritiek op de proliferatie van mensenrechten ingaan, eerst nog enkele opmerkingen over de achtergrond van het verheffen van rechten tot de mensenrechtenstatus.

Hoe wordt een recht nu tot constitutioneel recht gepromoveerd? Hoe krijgt bijvoorbeeld het "huis-tuin-en-keuken-recht" de medaille van constitutioneel recht opgespeld? Dat zal het geval zijn wanneer een ander recht, een natuurlijk recht, een moreel recht of een gewoon recht door de constitutionele wetgever (dat is de gewone wetgever die met een gekwalificeerde meerderheid bijeen komt; in Nederland een meerderheid van twee derde) tot constitutioneel recht wordt gepromoveerd. Het natuurrecht of de mensenrechtentraditie (de vierde categorie rechten) is van oudsher een belangrijke leverancier gebleken van suggesties voor constitutionele rechten. Zo is het beginsel dat wetten niet met terugwerkende kracht mogen gelden ook altijd door natuurrechtsleraren als een belangrijk principe naar voren geschoven. Men kan zich echter ook voorstellen dat een gewoon recht (de eerste categorie) carrière maakt. Dat is over het algemeen gebeurd met de sociale grondrechten. In de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens vinden we in art. 24 een recht op vrije tijd en vakantie. Het artikel luidt als volgt: "Een ieder heeft recht op rust en op eigen vrije tijd, met inbegrip van een redelijke beperking van de arbeidstijd, en op periodieke vakanties met behoud van loon". Het gaat hier om een "gewoon recht" dat op een bepaald moment naar de constitutionele status is gepromoveerd. In beginsel *kan* men natuurlijk alles tot constitutioneel recht proclameren. Om het op de nationale grondwet te betrekken: elk belang dat door twee derde van de volksvertegenwoordiging belangrijk genoeg wordt geacht, kan de constitutionele status verwerven.⁴ Of

1 Cranston, M., "Human Rights, Real and Supposed", in: *Political Theory and the Rights of Man*, ed. D.D. Raphael, Macmillan, London, 1967, 43-54. Vgl. verder: Flew, Anthony, "Freedom is Slavery", in: A. Phillips Griffiths, ed., *Of Liberty*, Royal Institute of Philosophy Lecture Series, Cambridge, 1983.

2 Hayek, F.A., "Justice and Individual Rights", in: F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, Routledge and Kegan Paul, London etc., 1982, pp. 101-106.

3 Kooijmans, P.H., "Human Rights - Universal Panacea?", in: *Netherlands International Law Review*, 37 (1990), 315-329; Alston, Philip, "A Third Generation of Solidarity Rights: Progressive Development or Obfuscation of International Human Rights Law?", in: *Netherlands International Law Review*, 29 (1982), 307-322; idem, "Conjuring up New Human Rights: A Proposal for Quality Control", in: *The American Journal of International Law*, 78 (1984), 607-621; Donnely, J., "Human Rights, Individual Rights, Collective Rights", in: J. Berting et al., eds., *Human Rights in a Pluralist World*, 1990; Marks, Stephen P., "Emerging Human Rights: A New Generation for the 1980's?", in: *Rutgers Law Review*, 33 (1981), 435-452.

4 De procedure is overigens iets ingewikkelder. Vgl. daarvoor art. 137 Gw.

het *verstandig* is om daartoe over te gaan, is een andere vraag. Mijn vermoeden is dat het over het algemeen verkeerd is gegaan toen de mensenrechtentraditie zich is gaan oriënteren op de gewone rechten en morele rechten om die vervolgens tot grondrechten te promoveren en dat men op het juiste pad was zolang men zich oriënteerde op de natuurlijke rechten (de vierde categorie). Maar hoe men daar ook over-moge denken, het is in ieder geval voor de status van constitutionele rechten onontbeerlijk dat deze lijst beperkt wordt gehouden. Proliferatie van hoger recht is op de lange duur fnuikend voor de traditie van het denken in hoger recht. Ik zal dat proberen duidelijk te maken aan de hand van het bespreken van enkele bezwaren tegen de proliferatie van "Rights-talk" en van constitutionele rechten.

Problemen met de proliferatie van mensenrechten

Zoals gezegd, een scherp criticus van de *tweede generatie* rechten, de sociale en economische rechten, is de politiek filosoof Maurice Cranston. Hij schrijft: "Some politicians (...) have a vested interest in keeping talk about human rights as meaningless as possible".¹ Cranston is fel gekant tegen het verheffen van de politieke en economische rechten tot de mensenrechten-status. Hij voert daarvoor verschillende redenen aan. (1) Een van zijn argumenten daarvoor is "that it would be totally impossible to translate them in the same way into positive rights by analogous political and legal action".² (2) Verder is hij van mening dat sociale en economische rechten nooit tot mensenrechten kunnen worden geproclameerd omdat het deze rechten ontbreekt aan universele status, hetgeen kenmerkend is voor mensenrechten. De test voor een waar mensenrecht, aldus Cranston, is "that it shall be a genuinely universal moral right". En dat is een test die het recht op vakantie met behoud van loon, zoals neergelegd in art. 24 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, niet kan doorstaan. Dit is immers een recht dat alleen geldt voor diegenen die al in dienstbetrekking staan. (3) Tenslotte is kenmerkend voor een mensenrecht dat het gaat om een universeel moreel recht van "paramount importance" en daaraan voldoen een aantal van de beleidsdoelstellingen uit de lijst van sociale en economische rechten niet. "A human right is something of which no one may be deprived without a grave affront to justice".³ Er zijn bepaalde daden die nooit mogen worden verricht, bepaalde vrijheden die nooit mogen worden geschonden, bepaalde goederen die absoluut heilig zijn. Die test kan vakantie met behoud van loon niet doorstaan. "Thus the effect of a Universal Declaration which is overloaded with affirmations of so-

1 Cranston, "Human Rights, Real and Supposed", p. 43.

2 Cranston, *o.c.*, p. 47.

3 Cranston, *o.c.*, p. 52.

called human rights which are not human rights at all is to push *all* talk of human rights out of the clear realm of the morally compelling into the twilight world of utopian aspiration".¹

De bezwaren tegen de *derde generatie* van mensenrechten hangen ten dele samen met de bezwaren tegen de tweede generatie, maar hebben toch ook een eigen argumentatief gewicht. Een van de punten die telkens weer tegen de derde generatie rechten worden ingebracht, is dat de voorgaande generaties rechten aan individuen toekennen, terwijl dat met de derde generatie niet het geval is. Volgens Kooijmans is dat individualisme echter intrinsiek verbonden met de mensenrechten-idee.² In groepsrechten ziet Kooijmans niet zo veel. De groep moet duidelijk te identificeren zijn in onderscheiding van de staat tegen welke de claim wordt geldend gemaakt en het is juist op dit punt dat Kooijmans grote moeite heeft met het concept van de derde generatie rechten. Een tweede bezwaar dat Kooijmans inbrengt tegen de derde generatie rechten is dat zij onvermijdelijk voeren tot een botsing met de andere rechten. "The continual introduction of new categories of human rights unavoidably has the effect of excusing the non-observance of earlier categories. It diverts attention from today's human rights problems, by shifting attention to tomorrow's solution. In the final analysis, this is to the detriment of those who in both the first and last place should be the focus of the human rights debate: individual human beings".³

Twee problemen met de proliferatie van hoger recht

Aan de bezwaren van Cranston, Kooijmans, Alston en anderen zou men overigens ook andere bezwaren kunnen toevoegen. Interessant is daarbij dat het niet alleen juristen en rechtsfilosofen zijn die de proliferatie van "Rights-talk" hebben bekritiseerd. Zo wijzen sociologen en cultuurfilosofen op de diepere culturele grondslag van "Rights-talk".

Bekend is het boek van de Amerikaanse socioloog Christopher Lasch, *The Culture of Narcissism*, een thema waarop in neo-conservatieve literatuur veelvuldig is voortgeborduurd.⁴ Edward R. Norman kastijdt in een recent artikel het idee dat het leven ons een soort van belofte van persoonlijke vervulling verplicht is, een misvatting die hij in verband brengt met de idee "that we have a wide range of 'rights' so sacred that we are justified in developing or enjoying them without regard to their effect on

1 Cranston, *o.c.*, p. 52.

2 Kooijmans, "Human Rights - Universal Panacea?", p. 323.

3 Kooijmans, *o.c.*, p. 329.

4 Vgl. Lasch, Christopher, *The Culture of Narcissism*, Warner Books, New York, 1979.

others".¹ Weliswaar wordt hier niet ontkend dat mensen een aantal rechten kunnen hebben, maar tevens wordt gewaarschuwd tegen de schaduwzijden die kleven aan een dergelijke manier van denken. Het aannemen van enkele rechten kan gemakkelijk leiden tot een kettingreactie, meer en meer rechten. Mensenrechten als de doos van Pandora. "Each child is taught to think that his own satisfaction is his birth-right, that life owes him happiness, good health, uncomplicated family and personal relationships, an enjoyment of whatever pleasures appear to his mind or senses".²

Voor een groot gedeelte deel ik die sociologische of cultuurfilosofische kritiek, maar dat zal niet de invalshoek zijn waaronder ik het probleem hier benader. Ik beperk mij tot de vraag wat de proliferatie van "Rights-talk" in de verzorgingsstaat betekent voor het constitutioneel recht. Het gaat mij om de verschuiving die het waarden- en normenpatroon ten aanzien van uitkeringen, maar ook ten aanzien van allerlei andere publieke goederen, heeft betekend voor de verhouding wetgever, rechter en bestuur. Enkele bezwaren tegen de proliferatie van constitutionele rechten hebben we reeds gehoord. Wat mij echter nog onbevredigd laat met de kritiek van Kooijmans, Alston, Cranston en anderen die hebben gewaarschuwd tegen de proliferatie van constitutionele rechten is dat hun kritiek op die proliferatie niet radicaal genoeg is. Zij wijzen op schaduwzijden en problemen die kleven aan de vermenigvuldiging van rechten; ik zou het krachtiger willen uitdrukken: de mensenrechten-idee kan eenvoudig niet voortbestaan, wanneer we op deze voet doorgaan. Als we de proliferatie van constitutionele rechten niet op de een of andere manier een halt weten toe te roepen, zal de mensenrechten-idee een bepaalde fase in de culturele ontwikkeling van Europa en de Verenigde Staten markeren, maar heeft deze geen overlevingskansen voor het volgende millennium.

Ik zal dat proberen duidelijk te maken door het bespreken van twee problemen met de proliferatie van constitutionele rechten en dan proberen te laten zien dat als we die problemen niet de baas kunnen worden dit moet leiden tot ondergang van de constitutionele idee. Het gaat om: (a) Botsing van rechten en (b) Inflatie van rechten.³

1 Norman, Edward R., "Freedom in an Age of Selfishness", in: *The Intercollegiate Review, A Journal of Scholarship and Opinion*, 28 (1993), 3-7, hier p. 3.

2 Norman, *o.c.*, p. 5.

3 Vgl. voor bezwaren tegen de proliferatie van rechten ook het interessante artikel van Korzec, Michel, "Onzin op stellen", in: *Intermediair*, 10 december 1993, 51-55. Korzec gaat echter veel verder dan ik. Hij lijkt de gehele mensenrechten-traditie te verwerpen, niet alleen het onverantwoord gebruik van mensenrechten.

(a) *Botsing van rechten*

Mijn eerste stelling is dat een ongebreidelde proliferatie van rechten onvermijdelijk zal leiden tot een botsing van rechten. Dat probleem doet zich al voor bij de tweede generatie van rechten. Als inleiding tot onze problematiek zou ik een artikel willen nemen van de Amsterdamse ethica G.M van Asperen. Het artikel is al tien jaar oud, maar heeft nog niets aan zeggingskracht verloren. Het werd onlangs opgenomen in een verzameling opstellen van Van Asperen. De rode draad van het artikel kan men typeren als een bijvalsverklaring aan wat ik hiervoor heb aangeduid als "Rights-talk". "Rights-talk" zou ons in haar visie bovendien kunnen helpen bij de crisis waarin de verzorgingsstaat verkeert. Ik zal haar betoog van een paar kanttekeningen voorzien en vervolgens een eigen diagnose en remedie aandragen.

Van Asperen begint haar artikel *Met de beste bedoelingen; Over de ideologie van de verzorgingsstaat* (1981)¹ met de eenstemmigheid die zij meent te onderkennen ten aanzien van de wenselijkheid van de verzorgingsstaat. Voor Van Asperen staat die wenselijkheid niet zo vast. De immer uitdijende staat heeft schaduwzijden. Bij een analyse van die problematiek gaat zij dan vooral in op de filosofische grondslag van de verzorgingsstaat die zij identificeert met het utilisme. Zij schrijft:

Er is een filosofisch systeem dat meer dan enig ander een rechtvaardiging kan bieden van veel van de arrangementen die we met de naam welvaartsstaat aanduiden. Ik doel hier natuurlijk op het utilisme, waarmee vooral de namen van Hume, Jeremy Bentham, James en John Stuart Mill verbonden zijn (...). De zogenaamde welvaartstheorie is zonet een directe afstammeling dan toch wel een zeer nauwe relatie van deze vaders van het utilisme.²

Van Asperen presenteert dan vervolgens een aantal bezwaren tegen deze theorie. Zo neemt zij het mensbeeld op de korrel dat ten grondslag ligt aan het utilisme. Het is het beeld van de mens als iemand met wensen, die iets toebedeeld krijgt. De mens verschijnt als betroffene, als ontvanger, als consument. De enig moreel interessante vraag is of hij krijgt wat hij wil. De schaduwzijde daarvan is dat de mens als handelende verdwijnt. Hij verschijnt passief, niet actief.

Wat Van Asperen vervolgens bepleit, is het aanbrengen van correcties op het model van het utilisme. Tegen de dehumaniserende werking van het utilisme dienen tegenkrachten te worden gemobiliseerd. Daardoor zou dan ruimte geschapen moeten worden voor noties als: keuze, handeling, verantwoordelijkheid en autonomie. Zo zou

1 Asperen, G.M. van, "Met de beste bedoelingen" (1981), in: G.M. van Asperen, *Het bedachte leven, Beschouwingen over maatschappij, zingeving en ethiek*, Boom, Amsterdam en Meppel, 1993, pp. 11-31.

2 Van Asperen, o.c., p. 14.

"ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer van mensen" het nodig zijn dat het overheidsingrijpen wordt beperkt door een bewust en gewild beleid van niet-inmenging op duidelijk omschreven gebieden. En deze niet-inmenging zou het resultaat moeten zijn van een zelf opgelegde beperking op grond van een positieve keuze, niet van overwegingen van opportuniteit. Van Asperen houdt, met andere woorden, een pleidooi voor burgerlijke vrijheden of rechten die een barrière vormen tegen een al te bemoeizuchtig overheidsapparaat, zoals zij het formuleert.¹ "Hiermee is het probleem van de inmenging in de persoonlijke levenssfeer in principe opgelost".

Wat moeten we denken van deze diagnose annex voorstel voor verbetering van de patiënt? Duidelijk is dat Van Asperen een heldere analyse heeft gegeven van het utilisme en enkele problemen die zich met deze filosofische theorie voordoen. Uiteindelijk gaat het daarbij natuurlijk om relatief bekende problemen die al door Kant aan de orde zijn gesteld en die ook door hedendaagse ethici nog steeds worden gepresenteerd: keuze, handeling, verantwoordelijkheid en autonomie, het lijstje van punten waarop het utilisme een mager profiel heeft volgens Van Asperen, is bij uitstek het verlanglijstje van de kantiaan.² Weliswaar zou men Van Asperen's pleidooi voor rechten kunnen kritiseren op de grond dat het onduidelijk blijft waarom het enigszins modieuze recht van de niet-inmenging in de persoonlijke levenssfeer als enige genoemd wordt, immers de wenselijkheid van de niet-inmenging van overheidswege doet zich hier niet manifesteren voor dan bij andere grondrechten en mensenrechten (de overheid behoort zich ook niet te mengen in mijn meningsuiting, levensovertuiging, briefgeheim enz. enz.), maar in het algemeen is haar pleidooi te waarderen als een herformulering van de klassieke idealen van liberale schrijvers als Locke, Kant en de Amerikaanse founding fathers.

De kernvraag is echter of wij nu, ruim tien jaar later, deze diagnose van de kwalen van de verzorgingsstaat nog kunnen delen. Om die vraag te kunnen beantwoorden, is het nuttig nog eens puntsgewijs de stellingen te formuleren die door Van Asperen worden betrokken. Zij stelt het volgende.

- 1 De verzorgingsstaat heeft als negatieve kant een tendens tot uitdijing;
- 2 Dat uitdijen kan worden begrepen in het licht van de ideologie van de verzorgingsstaat: het utilisme;
- 3 Verzorgingsstaat en utilisme vormen een bedreiging voor *rechten* van burgers en we moeten daarom aan rechten meer aandacht geven.

1 Van Asperen, *o.c.*, p. 25.

2 Vgl. bijvoorbeeld: Morris, Herbert, "Persons and Punishment", in: *The Monist*, 52 (1968), 475-501; Trapp, Manfred, "Naturrecht, Wertordnung, Vernunft", in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 72 (1986), 153-175.

Zoals dat waarschijnlijk met alle belangrijke beschouwingen het geval is, na tien jaar zien we ook iets scherper hoe het artikel van Van Asperen in een bepaalde tijdgeest past. Duidelijk is dat haar stelling dat (1) de verzorgingsstaat als negatieve kant een tendens tot uitdijen heeft nog even actueel is als tien jaar geleden. Maar of (2) dat uitdijen kan worden begrepen vanuit het utilisme als ideologische grondslag van de verzorgingsstaat lijkt mij twijfelachtiger geworden, evenals (3) de stelling dat we meer "Rights-talk" moeten aannemen om dat uitdijen tegen te gaan. De voornaamste bedreiging voor een recht op privacy is wellicht niet gelegen in het utilisme, maar in de grote hoeveelheid *andere rechten* die in de verzorgingsstaat met de klassieke grondrechten om voorrang moeten strijden. Misschien is ons grootste probleem niet dat we *te weinig* aan "Rights-talk" doen, maar *teveel*. Laat ik proberen die stelling iets nader uit de werken. Ik zal dat doen in aansluiting bij twee problemen die zich voordoen met de visie, zoals uiteengezet door Van Asperen.

Het *eerste* probleem met het artikel van Van Asperen betreft het feitelijke gegeven dat wat zij voorstelt in Nederland reeds gerealiseerd is. Sinds jaar en dag kennen we in Nederland een geschreven grondwet met daarin grondrechten verankerd die normerend zijn voor het overheidsoptreden. Zo vinden we in art. 1 een verbod op discriminatie, in art. 2 de regeling van het Nederlanderschap, in art. 3 de gelijke benoembaarheid in openbare functies, in art. 4 het kiesrecht, in art. 5 het petitierecht, in art. 6 de vrijheid van godsdienst, in art. 7 de drukpersvrijheid, in art. 8 de verenigingsvrijheid, in art. 9 het recht van vergadering en betoging, in art. 10 het recht op privacy (waaraan Van Asperen een centrale rol toedenkt), in art. 11 het recht op de onaantastbaarheid van het lichaam, in art. 12 het huisrecht, in art. 13 het briefgeheim, in art. 14 onteigeningswaarborgen, in art. 15 waarborgen tegen inhechtenisneming, in art. 16 het nulla poena beginsel, in art. 17 het beginsel dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent, in art. 23 de onderwijsvrijheid. Men spreekt wel van de klassieke grondrechten. Klassiek, omdat zij het eerste tot ontwikkeling zijn gekomen. Van oudsher vormen het grenzen voor het optreden van de overheid. Zij palen een overheidsvrije sfeer af; zij vormen "countervailing powers" tegenover de staat. Verder kennen we dan ook in de grondwet sinds 1983 de sociale grondrechten, zoals het recht op rechtsbijstand (art. 18), het recht op werkgelegenheid en arbeid (art. 19), het recht op bestaanszekerheid, sociale zekerheid en bijstand (art. 20), de zorg voor volksgezondheid, woongelegenheid, cultuur en recreatie (art. 22). Deze laatste rechten komen overeen met de sociale en economische rechten zoals we die ook aantreffen in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens in de artt. 20 e.v.

Sinds het begin van de jaren vijftig is Nederland dan bovendien nog onderworpen aan een *internationaal* mensenrechtenregime, waarvan ik hier alleen het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens en Fundamentele Vrijheden noem, gesloten in

1950 in Rome, waarin eveneens een lijst van - overwegend klassieke - grondrechten te vinden is.

Die tweede lijst is met name van grote praktische betekenis, omdat het de rechter is toegestaan wetten op conformiteit met het verdrag van Rome te toetsen. (Dit in tegenstelling tot de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens die alleen een intentieverklaring behelst). Wanneer de Nederlandse wetgever dus een wet maakt die door de rechter in strijd wordt bevonden met een mensenrecht uit het Verdrag van Rome dan zal de Nederlandse rechter die wet niet toepassen.

Dat laat ons dus met de vraag achter wat Van Asperen zou kunnen bedoelen met haar stelling dat het "ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer van mensen" nodig is "dat het overheidsingrijpen wordt beperkt door een bewust en gewild beleid van niet-inmenging op duidelijk omschreven gronden".¹ Immers die gronden worden in grondwet en verdrag reeds omschreven. De "barrière tegen een al te bemoeizuchtig overheidsapparaat" is reeds door Thorbecke opgeworpen en later door het Verdrag van Rome alleen maar versterkt.

Het betoog van Van Asperen zou overigens wel heel goed passen in het hedendaagse Engeland waar men - in tegenstelling tot Frankrijk, de Verenigde Staten, Nederland en vele andere landen - géén lijst van mensenrechten kent die door de rechter wordt afgedwongen tegenover de staat. Daar wordt dan ook regelmatig een pleidooi in de trant van Van Asperen gehouden, zoals onlangs nog door Ronald Dworkin en daarvoor door Lord Scarman en andere voorstanders van een "Bill of Rights".²

Dat brengt ons bij een *tweede* probleem met de analyse van Van Asperen, een punt dat voor ons onderwerp eigenlijk van groter betekenis is. Wanneer het zo is dat het voorstel dat zij doet in Nederland reeds gerealiseerd is, is het ook niet waarschijnlijk dat dit de remedie kan vormen voor de uitdijende verzorgingsstaat. Om tweeërlei reden is een dergelijke remedie ongeloofwaardig. Allereerst dient zich de vraag aan waarom, als het bij de lijst van mensenrechten of grondrechten om een effectieve remedie tegen de aan elephantiasis³ lijdende staat zou gaan, het middel niet al lang de patiënt genezen heeft. Als tweede komt het vermoeden op dat de lijst van mensenrechten niet alleen géén effectieve remedie *tegen*, maar wel eens de *oorzaak van* de kwaal zou kunnen zijn. Anders gezegd: niet het utilisme is de ziekteverspreidende

1 Van Asperen, "Met de beste bedoelingen", p. 25.

2 Vgl. Scarman, Leslie, *English Law - The New Dimension*, Stevens & Sons, London, 1974; Dworkin, Ronald, *A Bill of Rights for Britain*, Chatto & Windus, London, 1990; Barnett, Anthony, Ellis Caroline, Hirst, Paul, *Debating the Constitution*, New Perspectives on Constitutional Reform, Polity Press, Cambridge, 1993.

3 Vgl. Kortmann, C.A.J.M., *Elephantiasis*, Beschouwingen over een zieke staat, rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van gewoon hoogleraar in het staatsrecht en de algemene staatsleer aan de Katholieke Universiteit Nijmegen op vrijdag 11 december 1981, Kluwer, Deventer, 1981.

bacil, maar juist wat Van Asperen als het medicijn aandraagt: "Rights-talk". We worden in dat vermoeden nog gesterkt wanneer we onderkennen dat in de periode waarin de verzorgingsstaat zich uitbreidde niet het utilisme de heersende ideologie was, maar "Rights-talk" prolifererde. Precies de traditie die Van Asperen aan het eind van haar lezing als de remedie voor de moderne malaise in de verzorgingsstaat voorstelt, de traditie die de nadruk legt op rechten tegenover de interveniërende overheid, lijkt zelf in zekere zin de oorzaak van de malaise, aangezien het in ieder geval mede "rights-talk" is geweest die de "revolution of rising expectations" heeft begeleid.

Ik moet overigens toegeven dat het bij dat laatste gaat om een vermoeden dat niet eenvoudig "hard te maken is". Het eerste wat ons op het spoor zet van van dat verondersteld verband is dat de uitbouw van de verzorgingsstaat en de proliferatie van "Rights-talk" *gelijktijdig* plaatsvonden. Dat is een grond voor een vermoeden van een causale relatie. De zon schijnt, de steen wordt warm: zou de steen wellicht warm zijn geworden door de zon? (*Post hoc ergo propter hoc*). Maar niet alle gelijktijdigheid wijst natuurlijk op causaal verband. Daarvoor zal meer aannemelijk moeten worden gemaakt. Ik denk echter dat daarvoor indicaties zijn. Allereerst moeten we daarvoor kijken naar het specifieke vocabulaire waarin "Rights-talk" bepaalde eisen formuleert. Het vocabulaire waarin de eisen aan de immer expanderende staat gesteld zijn was niet het vocabulaire "dat het op utilistische gronden wenselijk zou zijn dat...", maar "dat men een *recht* heeft op": eerst recht op vrijheid van geweten, levensovertuiging, vereniging en vergadering, maar allengs op een schoon milieu, werk, vrije tijd, bestaanszekerheid en vakantie met behoud van loon. Eigenlijk heeft men *recht* op datgene wat het utilisme voor ogen stond: een recht op geluk! Is dat eenmaal vastgesteld, dan is de logica van de verzorgingsstaat verder duidelijk: de overheid dient alles in het werk te stellen om dat geluk te realiseren. Om dat te doen *moet* zij wel interveniëren in de persoonlijke levenssfeer van mensen. Het waarborgen van een recht op uitkering *moet* wel in botsing komen met privacy, tenminste wanneer men ervan uitgaat dat de overheid ook enige controle moet uitoefenen op de wijze waarop de daarvoor ter beschikking gestelde gelden aan de daarvoor bestemde categorieën burgers ten goede komen.¹ Men kan dat een beetje verdoezelen door sommige vormen van inmenging als legitiem en onvermijdelijk, andere als illegitiem te kwalificeren, maar hoe men het ook wendt of keert, elke vorm van controle zal door de betrokkenen als een inmenging in persoonlijke aangelegenheden worden

1 Er zijn maar weinig mensen die bereid zijn dit onder ogen te zien. Het dilemma wordt over het algemeen weggepoetst door bepaalde vormen van controle als legitiem en *dus* niet in strijd met privacy te definiëren. Een uitzondering vormt Van der Zwan die het probleem heel scherp stelt: "Wie bijstand aanvraagt, kan zich niet beroepen op privacy. Je doet een beroep op de maatschappij omdat je niet in je eigen onderhoud kunt voorzien. Dan mag die maatschappij dat ook controleren". Interview met Van der Zwan in *NRC-Handelsblad*, 14 september 1993, p. 3.

ervaren. De persoonlijke levenssfeer waarvan Van Asperen spreekt wordt dan ook niet in eerste instantie bedreigd door het utilisme, maar door het *recht* dat de burger heeft op verzorging door de staat.

Ik zal dat hierna nog uitvoeriger onderbouwen, maar het kan geen kwaad er ook hier alvast op te wijzen dat ik daarmee niet wil beweren dat het pleit is beslecht ten nadele van het verschaffen van bestaanszekerheid als zodanig. Ik zeg niet: het verschaffen van bestaanszekerheid is in strijd met het recht op privacy dus laat de bestaanszekerheid maar varen. Wat ik probeer tot uitdrukking te brengen - een idee dat ook Van Asperen heeft geïntrigeerd - is dat Isaiah Berlin gelijk heeft met zijn stelling dat niet alle goede dingen in het leven met elkaar verenigbaar zijn. Dat geldt ook voor rechten. Een recht op niet inmenging in de persoonlijke levenssfeer verhoudt zich op gespannen voet met het recht op bestaanszekerheid.

Waar het ons aan ontbreekt is een afweging en prioritering van rechten. Ik ga mee met van Asperen dat het nodig is om bepaalde rechten tegenover de staat te handhaven. Maar we moeten ons ook opnieuw bezinnen op de vraag naar de status van de verschillende categorieën grondrechten en ons realiseren dat we wellicht niet alles kunnen hebben.

(b) Inflatie van rechten en het verdwijnen van de mensenrechtenidee

De eerste bedenking tegen "Rights-talk" zou dus kunnen zijn dat een ongebreidelde proliferatie daarvan vanzelf moet leiden tot een botsing tussen de verschillende rechten. In die botsing tussen verschillende rechten zullen we dan toch weer moeten gaan kiezen wil niet het ene recht het andere opheffen. Het pikante daarvan is dat we dan misschien toch weer teruggeworpen worden op een utilistische calculus die de aanhangers van "Rights-talk" nu juist willen vermijden. We moeten ons dan weer gaan afvragen: welk fundamenteel recht geeft de gemeenschap als geheel zo'n groot welbevinden dat het voorrang moet worden verleend boven een ander recht?

Een tweede bezwaar tegen een ongebreidelde proliferatie van "Rights-talk" is dat het zal leiden tot een rechten-inflatie en uiteindelijk tot het verdwijnen van de constitutionele idee als zodanig. Onder de constitutionele idee versta ik dan het streven om het gewone politieke proces van alledag onder de heerschappij van fundamenteel recht te brengen. Het gewone recht als produkt van de normale politiek wordt beheerst door hoger recht in de vorm van grondrechten als resultaat van constitutionele politiek.¹ Het is een mooi ideaal, maar het is een ideaal dat alleen maar kan slagen wanneer de hoeveelheid hoger recht *beperkt is*. Laat ik dat met het uitwerken van een vergelijking proberen te illustreren.

1 Vgl. voor dit begrippenpaar: Ackerman, Bruce, *We the People*, 1, Foundations, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1991. Een uitwerking daarvan in: Cliteur, P.B., "Traditionalism, Democracy, and Judicial Review", in: Roermund, B. van, *Constitutional Review*, Kluwer/ W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer/Boston en Zwolle, 1993, pp. 55-77.

Sommige dingen verliezen hun waarde niet wanneer er een overvloed aan is. Liefde, vrede, welwillendheid, beleefdheid, vriendschap en genegenheid zijn daar voorbeelden van. Wijsgeren hebben geprobeerd enige ordening in de goede dingen van het leven aan te brengen, waarbij in het bijzonder de poging van de hedendaagse natuurrechtsfilosoof John Finnis indruk heeft gemaakt op de rechtsfilosofische gemeenschap. Finnis reduceert deze veelheid tot enkele "goods". Hij spreekt van "human goods" en "forms of human flourishing" evenals van "basic values of human existence". De mens komt het meeste tot zijn recht, komt tot "bloei", wanneer die "human goods" worden gerespecteerd. Het zijn er zeven: (1) *Kennis*; (2) *Leven*; (3) *Spel*; (4) *Esthetische ervaring*; (5) *Sociale vaardigheden en vriendschap*; (6) *Praktische redelijkheid*. Dat wil zeggen het vermogen om onze intelligentie effectief aan te wenden om onze handelingen en levensstijl te kiezen, evenals ons karakter te vormen; (7) *Religie*, een woord dat hij hanteert in een ruime zin.¹

Het gaat hierbij om dingen of waarden die goed zijn *in zichzelf* en niet om dingen die goed zijn omdat zij instrumenteel kunnen worden ingezet ter realisering van iets anders (was dat het geval dan zou dat andere in het lijstje moeten worden opgenomen). Het gaat bovendien om zaken die *absoluut* goed zijn.

Wij zullen ons hier niet bezighouden met de vraag of de lijst van Finnis goed getroffen is. Het ligt voor de hand dat daar een lange filosofische discussie over te voeren zou zijn. Het gaat slechts om de vaststelling dat we ons kunnen voorstellen dat een dergelijke lijst wordt opgesteld: een opsomming van een aantal basiswaarden, waarvan de andere waarden een afgeleide zijn. Het gaat mij, met andere woorden, om het onderscheid tussen dingen die absoluut goed zijn, ongeacht de hoeveelheid beschikbare entiteiten van die soort en dingen of goederen waarvoor dat niet geldt.

Laten we ook een paar zaken noemen waarvoor *niet* geldt dat zij absoluut goed zijn. Sommige zaken zijn namelijk niets meer waard wanneer er een overvloed aan is: ridderlijke onderscheidingen, sportbikers, prestigieuze auto's en adel. Voor deze goederen geldt de wet van de afnemende meeropbrengst. Hoewel filosofen in het westen al tweeduizend jaar bezig zijn met het inventariseren van de eerste categorie is ook de tweede categorie interessant. Niet alleen het goede (Franciscus van Assisi) is interessant, ook het kwade (Eichmann); vaak kan het kwaad ons ook leren het goede te begrijpen en omgekeerd. In het kader van die contrastwerking is het ook interessant niet alleen te onderzoeken welke goede dingen goed zijn in zichzelf, maar ook welke goede dingen alleen maar relatief goed zijn. Ik benadruk dat ik niet wil twisten over de afzonderlijke elementen van dit lijstje. Het gaat mij wederom alleen om de vraag of we ons kunnen voorstellen dat er goederen bestaan die alleen maar waarde hebben dankzij een zekere schaarste, maar die op zichzelf niets betekenen. Alle verdere problemen met de twee lijstjes laat ik voor wat zij zijn. Zo kan men

¹ Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1980, pp. 85-97.

bijvoorbeeld niet stellen dat alle gevallen heel duidelijk in de eerste of in de tweede categorie kunnen worden ingedeeld. Vele goederen zullen twijfelgevallen zijn. Voor een prestigieuze auto geldt dat deze minder duidelijk tot de tweede categorie behoort dan een medaille. Bovendien speelt in de appreciatie ook de persoonlijke instelling een rol. Hoe het ook zij, het onderscheid tussen de twee categorieën goederen is duidelijk. Een esthetische ervaring is niet minder indrukwekkend, wanneer *iedereen* kan genieten van de glimlach van Mona Lisa, maar een trots op de borst gespelde onderscheiding wordt wel heel wat minder aantrekkelijk wanneer de buurman daar ook mee loopt. Het leven wordt niet minder waardevol, omdat ook andere mensen leven, maar het zijn van winnaar van een tournooi zou betekenisloos zijn wanneer *iedereen* zich winnaar kan noemen (in Lewis Carroll's *Alice in Wonderland* wordt een wedstrijd gehouden waarbij iedereen als winnaar wordt uitgeroepen.¹ Alice is hierdoor, zoals men kan verwachten, "very puzzled").

Het merkwaardige met deze tweede soort goederen is overigens wel dat het mechanisme van de afnemende meeropbrengst niet door iedereen wordt onderkend, althans velen zijn niet doordrongen van het gegeven dat het de *schaarste* van het goed is dat de waarde ervan bepaalt. Ik kan dat illustreren met een voorbeeld. Op de Nederlandse televisie was enige tijd geleden een programma te zien over mensen die tegen de daarvoor geldende regels in de adelstand werden verheven.

Verschillende leden van de nieuwe adel werden door de televisie-reporter geïnterviewd. Wat bewoog hen? Waarom vinden zij het fijn tot de adel te behoren? De geïnterviewden gaven te kennen dat men zich "anders" voelde. Men voelde zich "something special". Men voelde zich blij, men had zoiets altijd al gewild, een keur van redenen werd aangedragen ter rechtvaardiging van de nieuwe status. Ook werden echter mensen geïnterviewd van de traditionele adel die, zoals men dat kan verwachten, met de ontwikkelingen minder gelukkig waren. Om *hun* reactie gaat het mij. Toen men hen naar de redenen van hun ontevredenheid vroeg, kon eigenlijk niemand een goede verklaring aandragen voor hun onvrede. Toch ligt die voor de hand: een ongebreidelde proliferatie van adellijke titels (Woelrat in de adelstand, zoals Gerard Reve in zijn fantasiegesprek met de koningin als wens te kennen geeft)² maakt de titel waardeloos. De "echte adel" had daarom het antwoord moeten geven

1 Vgl. *The Complete Works of Lewis Carroll*, with an introduction by Alexander Woolcott and illustrations by John Tenniel, Vintage Books, New York, 1976, p. 38: "Everybody has won, and all must have prizes".

2 Reve, Gerard, *De taal der liefde/ Lieve jongens*, Elsevier Manteau, Amsterdam/ Brussel, 1980, p. 145: "Majesteit, ik taal noch naar roem, noch naar eerbewijzen, noch naar geschenken of tijdelijke goederen. Ik ben al te oud en te ziek. Maar zo Uwe Majesteit het mij vraagt, zo zij het mij ook vergund uit te spreken wat mij nog, na Godes genade en de Troost van Zijn Geest, lief zou zijn: de verheffing, zo het Uwer genadigster Majesteit zou mogen behagen, van deze *Woelrat* in de adelstand".

dat het verheffen van iemand in de adelstand alleen onderscheidende waarde heeft, wanneer niet *iedereen* daarin verheven wordt. Wanneer echter iedereen een prins en prinses, een hertog en een graaf wordt, *bestaan* er geen prinsen en prinsessen meer. Het paradoxale is dus dat een ongebreidelde proliferatie van adel niet leidt tot *meer* adel, maar tot een *verdwijnen* van adel.

Ik kom nu weer terug op ons eigenlijke onderwerp, constitutionele rechten en dan met name de tweede generatie constitutionele rechten. Hoe moeten we constitutionele rechten categoriseren? Behoren zij tot de eerste categorie, de "forms of human flourishing" van Finnis? Of tot de tweede categorie, de goederen die ontwaarden bij een overvloed, zoals de adel? Dat is de cruciale vraag die we moeten beantwoorden. Op het eerste gezicht lijken constitutionele rechten tot de eerste categorie te behoren. Het gaat tenslotte om zeer fundamentele waarden, "ultimate commitments" in constitutioneel opzicht, rechten die onze privésfeer beschermen, rechten die nauw samenhangen met de waardigheid van de mens. Hoe kan men ooit van zoiets te veel hebben? Denken we daar echter even langer over na dan is duidelijk dat wij ons hiermee vergissen: zij behoren niet in de eerste, maar in de tweede categorie. Tot die conclusie komen we wanneer we ons realiseren dat wanneer we een constitutioneel recht op *alles* hebben, we *geen* constitutioneel recht hebben. Een constitutioneel recht is namelijk *per definitie* een recht dat voorgaat boven een ander recht. Het is een recht van een hogere status. Die hogere status komt tot uitdrukking in het feit dat wanneer het gewone recht botst met het constitutionele recht het laatste voorgaat. Wanneer echter alles een constitutioneel recht is, *kan* het niet meer voorgaan boven een gewoon recht. De rechter zal in een dergelijk geval ook geen prioriteit meer kunnen verlenen aan het hogere recht boven het lagere; hij zal op de lange duur dan ook alle rechten gelijkelijk moeten wegen. Of, wat wellicht nog ernstiger is: hij kan niet anders dan eigen maatstaven voor hiërarchie gaan aanleggen. Immers de constitutionele wetgever die alle rechten in de constitutionele stand heeft verheven, geeft hem geen enkel richtsnoer meer.

Ik denk dat dit inzicht iets is waaraan we moeten wennen. Net als de traditionele adel uit het voornoemde voorbeeld hebben we ons nog niet goed bezonnen op onze eigen positie. De traditionele adel dacht dat adel iets intrinsieks is, iets "edels", dat in zichzelf waarde heeft. Denken we er echter even langer over na dan zien we dat dat een misvatting is: adel heeft alleen maar betekenis en waarde wanneer andere mensen niet van adel zijn. Men kan het ook als volgt formuleren: adel gaat altijd ten koste van andere mensen die dat niet zijn.

Dit inzicht zouden we ook op constitutionele rechten moeten toepassen. We hebben de neiging om constitutionele rechten te beschouwen als een oneindige zee te verkrijgen materiaal, waarvan we nu een klein deel hebben, maar waarvan we steeds nieuwe vormen kunnen onderkennen en vervolgens veroveren. Eerst was er de

Magna Charta die maakte alleen de standen tegenover de vorst vrij. Toen kwam er de Franse Déclaration en die gaf de gezeten burgers politieke rechten. Toen kwam Marx en die zag dat de politieke rechten met de sociale rechten zouden moeten worden aangevuld, zoals geschiedde dank zij de vasthoudendheid van zijn volgelingen in de Sovjet-Unie tijdens de onderhandelingen voorafgaande aan de mensenrechtenverklaringen van na de oorlog. En sinds enkele jaren rijpt nu het inzicht dat de klassieke en sociale rechten nog moeten worden aangevuld met een derde generatie mensenrechten: de solidariteitsrechten. Steeds gaat de zon meer schijnen, zo lijkt het; we worden steeds vrijer, steeds beter beschermd in onze constitutionele rechten. Zoals Vasco da Gama de zeeën bevoer en steeds nieuw land vond en occupeerde, zo vinden we steeds nieuwe constitutionele rechten. Telkens wanneer we het schone goed hebben onderkend, prijzen we het, leggen het vast in een geschreven tekst en laten het afdwingen door de rechter. Maar wat we ons niet realiseren is dat het ten koste gaat van iets. Net als Vasco da Gama's occupaties iets hebben gekost voor andere mensen (denk aan de inheemse bevolking) en het verheffen van "deze Woelrat in de adelstand" iets kost (een degradatie van de titel), creëren wij met het verheffen van rechten in de constitutionele stand bepaalde problemen. Het verheffen van het ene recht in de constitutionele stand, betekent een degradatie van het andere recht. Waar leidt dit toe? Het lijkt onontkoombaar dat we moeten erkennen dat het welslagen van de constitutionele idee (waarmee ik bedoel het streven om het gewone recht van alledag te onderwerpen aan het fundamentele recht, waarin onze lange termijn commitments zijn gecodificeerd) staat en valt met de mate waarin we erin slagen de proliferatie aan constitutionele rechten een halt toe te roepen. De constitutionele rechten zijn uit de aard der zaak een beperkte categorie.

De consequentie van dit alles is dat we moeten komen tot een minimale lijst van mensenrechten. Mensenrechten zijn uit de aard der zaak minimale goederen. En als we willen voorkomen dat de mensenrechten-idee in inflatoire "Rights-talk" ten onder gaat, zullen we middelen moeten vinden om de mensenrechten-proliferatie aan banden te leggen.

Enige bedenkingen

Het zal nu zo langzamerhand duidelijk zijn dat de hier geschetste kritiek op de proliferatie van constitutionele rechten veel verder gaat dan de kritiek van de hiervoor genoemde auteurs die ook bepaalde schaduwzijden van de proliferatie van rechten hebben belicht. Bij geen van de hiervoor genoemde auteurs vinden we namelijk duidelijk uitgesproken dat constitutionele rechten uit de aard der zaak een gelimiteerde categorie is. Dat is in zoverre begrijpelijk dat het ook geen aantrekkelijk idee is; het noopt tot keuzen terwijl het veel hoopvoller zou zijn te denken dat we de hoe-

veelheid constitutionele rechten grenzeloos zouden kunnen uitbreiden. Toch denk ik dat het eerlijker en op de lange termijn ook vruchtbaarder is om onszelf geen rad voor de ogen te draaien. Als het hier geschetste perspectief juist is zullen we de moed moeten opbrengen om keuzen te maken. Of is het hier geschetste "doem-scenario" niet juist? Laat ik alvorens tot een afsluiting te komen nog twee bezwaren tegen het door mij uiteengezette perspectief uitwerken, omdat ik denk dat deze bij verschillende mensen zullen opkomen.

Men zou natuurlijk kunnen stellen dat het verhaal over proliferatie van rechten in zoverre pessimistisch is dat ons een apocalyptisch visioen wordt voorgehouden: "Rights-talk" zal de constitutionele idee ondermijnen. Maar waarom zou het zo'n vaart lopen? We weten toch allemaal dat er *verschil* is tussen constitutionele rechten? De inflatie van rechten en botsing van rechten doet zich alleen maar klemmend voelen wanneer we aan alle rechten een gelijke rang toekennen. Maar gebeurt dat? Formeel misschien wel in de zin dat alle grondrechten en mensenrechten in grondwetten en verdragen zonder prioritering achter elkaar worden opgenomen. Maar *de facto* wordt toch onderscheid gemaakt? Mijn criticus zou dat in ieder geval aan de hand van twee voorbeelden kunnen illustreren: allereerst aan de gehanteerde normen voor humanitaire interventie en als tweede aan de wijze waarop de rechter zich opstelt tegenover sociale grondrechten en derde generatie grondrechten.

(1) In het internationale recht is bekend het leerstuk van de *humanitaire interventie*. Shaw zegt daar het volgende over: "It has sometimes been argued that intervention in order to protect the lives of persons situated within a particular state and not necessarily nationals of the intervening state is permissible in strictly defined terms".¹ Het is een uiterst omstreden leerstuk natuurlijk, maar men kan zich voorstellen dat bij ernstige schendingen van mensenrechten het niet door de internationale gemeenschap zal worden veroordeeld wanneer een land een ander land binnen zou vallen wanneer daarmee vele levens zouden worden gered. Het principe van de nationale soevereiniteit wordt, met andere woorden gezien, als een belangrijk uitgangspunt, maar er zijn grenzen; er zijn mensenrechtenschendingen denkbaar die zo ernstig zijn, dat de internationale gemeenschap of een van de staten die wordt geacht daarvoor het militair overwicht te hebben (doorgaans de Verenigde Staten) niet dadeloos kunnen toezien. Maar nu het punt: niemand zal een dergelijke interventie goedkeuren wanneer het gaat om een schending van het recht op vakantie met behoud van loon. Wil een dergelijke interventie gerechtvaardigd zijn dan moet het om zeer ernstige mensenrechtenschendingen gaan, zoals een systematisch negeren van het martelverbod of het schenden van het verbod op genocide. Wat een dergelijke houding bewijst, zo zou mijn criticus kunnen opmerken, is dat we allemaal onderscheid ma-

¹ Shaw, Malcolm, *International Law*, Third Edition, Grotius Publications Limited, Cambridge, 1991, p. 724.

ken in het waarderen van mensenrechten. De prioritering wordt wellicht niet expliciet gemaakt, maar we hebben toch allemaal een zeker gevoel ontwikkeld voor wat we met een knipoog naar Bagehot zouden kunnen noemen de "efficient parts" en de "dignified parts" van elke "Bill of Rights". Het recht op vakantie met behoud van loon of het recht om te genieten van kunst (art. 27 UVRM) is zo'n "dignified part", een mensenrechtelijk sprookje, dat als het ware kleur geeft aan het staatsbestel, net als de verwijzingen naar de koningin in het Nederlandse staatsrecht: koningin bij de gratie gods, wetten in naam van de koningin, verzoekschriften aan de koningin.¹ We weten natuurlijk wel dat het hier symboliek betreft, "The Symbols of Government", zoals Matthew Arnold het noemde.² We laten de symboliek in stand omdat het een element van "mystiek" aan het politieke proces verleent. Volgens Bagehot gaat het daarbij weliswaar om een noodzakelijk element van mystiek,³ maar we weten dat de koningin nooit het normale politieke proces zou verstoren. Zo is dat ook met tweede en derde generatie grondrechten: bij botsing met de eerste dient de eerste te prevaleren.

Niet alleen de burgers weten dit, ook politici houden daar rekening mee. Nooit zal ook een president van de Verenigde Staten soldaten de opdracht geven om in verre oerwouden te vechten voor de "dignified parts" van een Universele Verklaring van de Rechten van de Mens: hoe "universeel" die zich ook mogen presenteren. Hetzelfde geldt overigens voor de Verenigde Naties.

(2) Een tweede punt van kritiek op het hier ontvouwde pessimistische toekomstscenario zou kunnen luiden dat we weliswaar allerlei rechten samenbrengen onder de noemer van grondrechten of mensenrechten, maar dat iedereen wel weet dat die rechten ook *door de rechter* niet als gelijkwaardig erkend worden. Geen rechter zal dit soort rechten *werkelijk* dezelfde juridische status verlenen als de klassieke grondrechten. En gesteld dat hij dat zou willen, hij zou het eenvoudig niet *kunnen*, immers de goederen die sociale grondrechten aan de burger in het vooruitzicht stellen zijn eenvoudigweg niet altijd voorradig (in de meeste landen zelfs altijd niet). Dat de

1 Ik volg hier Allot, Philip, "The Theory of the British Constitution", in: Hyman Gross en Ross Harrison, eds., *Jurisprudence*, Cambridge Essays, Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 173-205, hier p. 188 die naar aanleiding van de positie van de Engelse koningin in de Britse constitutie schrijft: "The British constitution is articulated around the fantasy of an absolute monarchy. It is a fantasy of palaces and glass coaches and orders of chivalry, a fantasy in which the representatives of the people present Humble Addresses to Her Majesty, and statements of governments policy are published by Command of Her Majesty (...). The British constitution rests upon a fantasy which is, and is known to be, a lie".

2 Vgl. Arnold, Thurman, "Institute Priests and Yale Observers", in: *University of Pennsylvania Law Review*, 84 (1936), 811-824 en idem, *The Symbols of Government*, Yale University Press, New Haven, 1941 (1935).

3 Vgl. de inleiding tot: Bagehot, Walter, *The English Constitution*, Fontana Press, Harper Collins Publishers, London, 1993 (1867).

overheid niet zal martelen kan men onder alle omstandigheden van de overheid vergen, maar dat zij voldoende woonruimte ter beschikking zal stellen *kan* zij weliswaar beloven, maar als belofte niet altijd nakomen. Hoewel sociale grondrechten dus *formeel* dezelfde positie hebben als klassieke grondrechten zal een rechter, net als elke andere weldenkende burger, toch verschil maken.

In het bijzonder voor het leerstuk van de constitutionele toetsing is dat relevant. We hebben het hiervoor gehad over *constitutionele* en *verdragsrechtelijke toetsing*. Dat houdt in dat de rechter wetten die door de centrale wetgever worden gemaakt mag toetsen aan grondrechten zoals deze grondwettelijk en verdragsrechtelijk zijn verankerd. Het is een logisch gevolg van de fundamentele status van mensenrechten dat zij prevaleren boven de wetgeving van alledag en dat de rechter toeziet op de effectivering van die hiërarchische verhouding. Maar, zo zou mijn denkbeeldige criticus kunnen opmerken, geen enkele rechter zal nalaten wetten toe te passen wanneer hij een strijd constateert met de "dignified parts" van de mensenrechtenverklaring. Een rechter zal toetsen aan het gelijkheidsbeginsel, aan vrijheid van meningsuiting, aan godsdienstvrijheid enz., maar hij zal niet toetsen aan sociale grondrechten en derde generatie grondrechten. Ook hieruit blijkt dus dat weliswaar sommige idealen wel *formeel* de grondrechtenstatus hebben gekregen, maar dat er *materieel* niet veel van terecht komt.

Concluderend zou deze criticus kunnen opmerken dat het dan toch ook niet *schaadt* om te zeggen dat de overheid zich inspant voor bestaanszekerheid. Dat behoeft toch niet meteen tot zo'n pessimistisch toekomstscenario als het verdwijnen van de constitutionele idee te voeren?

Het antwoord hierop zou tweërlei kunnen zijn. Het eerste is dat we ons moeten realiseren dat het met juridische acties net is als volgens sommigen met wapens het geval is: alles wat wordt uitgevonden wordt eens ook toegepast. Het komt niet voor dat er een goed en effectief wapen wordt uitgevonden dat vervolgens door verstandige mensen in een museum wordt opgeborgen. De uitvinding van de kruisboog leidt *echt* tot schieten; de uitvinding van het buskruit leidt *echt* tot ontploffingen en de uitvinding van de atoombom leidt *echt* tot Hiroshima. Het kan een tijd duren, maar eens wordt er óók een beroep gedaan, in een werkelijke juridische procedure, op al die verschillende generaties mensenrechten. Dat kan overigens wel een tijdje duren. Dat heeft voor het EVRM ook een tijd geduurd.¹ Decennia lang is het niet voorgekomen dat het Hof in Straatsburg wetten van staten niet heeft toegepast wegens strijd met het verdrag, maar ineens komt dan verandering in zo'n situatie. Dat zal ook het geval zijn met sociale grondrechten en solidariteitsrechten, mag men verwachten. Wanneer men deze werkelijk de status van constitutionele rechten verleent, zullen zij

¹ Vgl. hierover: Alkema, E.A., *Een meerkeuzetoets*, De rechter en de internationale rechtsorde (rede), W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1985.

eens als zodanig worden toegepast. In de wetenschap worden daarvoor reeds pleidooien gehouden.

Een tweede antwoord op de tegenwerping dat we sommige rechten eenvoudigweg als symbolen in constituties en verdragen kunnen handhaven zonder deze daadwerkelijk toe te passen, is dat het in de aard van het recht besloten ligt dat het moet worden toegepast. Recht *vraagt* als het ware om praktische verwerkelijking. Dat heeft niet alleen te maken met politieke druk die op rechters zal worden uitgeoefend om tot het toepassen van rechten over te gaan, maar het is iets dat in de praktische aard van het recht zelf besloten ligt.¹ Het *kan* ook op den duur niet voortbestaan zonder praktische verwerkelijking. Dat is wat door aanhangers van de Amerikaanse "sociological jurisprudence", in het voetspoor van Roscoe Pound, naar voren is gebracht met het onderscheid tussen "law in the books" en "law in action".² Recht dat alleen maar is opgetekend en niet wordt toegepast zal eens als recht verdwijnen. Het wordt dan een dode letter. Het is dan ook geheel begrijpelijk dat de Duitse jurist Rudolph von Jhering, door wiens werk Pound zich overigens liet inspireren, in de vorige eeuw opmerkte dat het recht zich in de strijd verwerkelijkt en ook *dient* te verwerkelijken. Hij spoorde het publiek ook aan om te procederen. In het opkomen voor onze rechten leveren we een bijdrage aan de ontwikkeling van het recht. Von Jhering beklemtoont dat dit voor alle rechtsgebieden geldt: "in den Niederungen des Privatrechts so gut wie auf den Höhen des Staatsrechts und Völkerrechts".³ De burger heeft als plicht (tegenwoordig zouden we zeggen: het past bij goed burgerschap) om zich op zijn rechten te beroepen en daarover eventueel te procederen.⁴

Ook hier zou ik dus willen besluiten met de conclusie dat onze zorg om de proliferatie van grondrechten terecht is. Het zal niet lukken bepaalde constitutionele rechten alleen een symbolische waarde te geven; inherent aan de aard van het recht is dat het vraagt om praktische toepassing.

1 Detmold, M.J., "Law as Practical Reason", in: *Cambridge Law Journal*, 48 (1989), 436: "Law is practical. Legal reasoning is practical reasoning. We could make nothing of a judge who having listened to counsel's arguments and reflected about the law governing his case thought that the state of knowledge that he had achieved was the natural termination of his enterprise and submitted his conclusions to the editors of Halsbury's Laws of England rather than performed the action of giving judgment. The parties would be outraged, and rightly".

2 Vgl. hierover: Schuyt, C.J.M., *Recht en samenleving*, Van Gorcum, Assen, 1983, p. 155 e.v.; Wigdor, David, *Roscoe Pound, Philosopher of Law*, Greenwood Press, Westport, Connecticut/London, England, 1974, p. 183 e.v.; Pound, Roscoe, "The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence", I, in: *Harvard Law Review*, 24 (1911), 591-619; idem, II, 25 (1911-1912), 140-168; 25 (1911-1912), 489-516.

3 Jhering, Rudolph von, *Der Kampf um's Recht*, 16e druk, Manzsche k.u.k Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung, Wien, 1906, p. 14.

4 Von Jhering, *o.c.*, p. 20.

Conclusie

Laten we nu proberen tot een samenvatting te komen. We hebben gezien dat de verzorgingsstaat, een staat waarvan altijd werd aangenomen dat hij geen ideologische grondslag heeft, wel degelijk wordt gevoed vanuit een bepaalde politieke filosofie. Het is echter niet de politieke filosofie van het utilisme, waarin Van Asperen de ideologische fundering van de verzorgingsstaat zag, maar de traditionele tegenspeler van het utilisme: "Rights-talk". Laten we er nu vanuit gaan dat deze stelling juist is. (Iets dat bepaald niet zeker is, omdat causale verbanden leggen in culturele en politieke aangelegenheden een heikele onderneming is. Ik ga er echter *for the sake of argument* nu vanuit dat "Rights-talk" de politiek filosofische grondslag van de verzorgingsstaat is). Wat zou daaruit volgen? Kunnen we dan beleidsaanbevelingen doen? En zo ja welke? Ik zal een aantal opties overwegen. Daarbij zal ik mij toespitsen op het recht op bestaanszekerheid en bijstand van overheidswege. Welke status dienen we aan dit recht (en andere vergelijkbare rechten) te verlenen? Hoe zouden we het moeten indelen in de hiervoor geïntroduceerde typologie van rechten? Men kan zich, voorzover dat van menselijk ingrijpen afhangt, een opklimmende schaal van bescherming voorstellen.

De *eerste* positie is de meest rigoreuze: mensen hebben noch een moreel, noch een juridisch, noch een constitutioneel recht op bestaanszekerheid. Elke vorm van aanspraken in de vorm van rechten is eenvoudigweg "nonsens upon stilts". Er zijn niet zoveel denkers die deze positie hebben verdedigd, maar zij bestaan wel. In dit verband wordt vaak gewezen op Friedrich Nietzsche. Men kan zeker geen rechten doen gelden, noch moreel, noch juridisch, om door een ander te worden ondersteund. Een dergelijk soort misvatting is een manifestatie van de slavenmoraal die indruist tegen een gezonde en aristocratische levenshouding.¹

De *tweede* positie is een positie die door vele liberalen is verdedigd. Men heeft weliswaar een moreel recht op bestaanszekerheid, maar men zou geen juridisch recht op bestaanszekerheid moeten hebben. De armen zijn eventueel aangewezen op liefdadigheid van de kant van de rijken, maar de overheid heeft in ieder geval niet het recht om door middel van dwang goederen bij de rijken af te pakken en deze aan de armen te geven. Dit was de positie die verdedigd werd door Immanuel Kant en tegenwoordig door Robert Nozick en Murray Rothbard.

¹ Een bespreking van de opvattingen over Nietzsche over rechten vindt men bij: Nielsen, Kai, "Scepticism and Human Rights", in: *Monist*, 52 (1968), 573-594, in het bijzonder p. 580 e.v. en Waldron, Jeremy, *Liberal Rights*, Collected Papers 1981-1991, Cambridge University Press, Cambridge/New York 1993, p. 227. Vgl. over zijn verwerping van de christelijke naastenliefde: Kaufmann, Walter, *Nietzsche*, Fourth edition, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1974 (1950), p. 363 e.v.

De *derde* positie is die van T.H. Marshall. Marshall onderscheidde in 1949 drie soorten burgerschapsrechten.¹ De eerste laag is die van de burgerlijke rechten, rechten die te maken hebben met individuele vrijheid en die worden geassocieerd met de burgerlijke samenleving. Hierbij zou het gaan om rechten van de persoon, vrijheid van meningsuiting, vrijheid van gedachten en geloof en het recht op rechtvaardigheid.² Een tweede categorie vormen de politieke rechten, dat zijn democratische participatierechten. Hiertoe rekent Marshall: "the right to participate in the exercise of political power, as member of a body invested with political authority or as an elector of the members of such a body". Als derde kunnen we dan onderscheiden de *sociale* rechten. Daaronder verstond Marshall de economische en sociale rechten ("economic and welfare rights"). Men zou wellicht beter kunnen spreken van economische en verzorgingsstaatrechten, maar dat laatste is te lang. Tot deze groep behoren het recht op een minimum standaard van verzorging en inkomen. Het idee hierachter is dat de staat door deze rechten de onrechtvaardigheid van marktprocessen corrigeert en ongelijkheid tegengaat.

We dienen ons echter goed te realiseren dat Marshall geen pleidooi houdt voor sociale en economische rechten als *constitutionele* rechten. Dat is namelijk aan het Engelse systeem onbekend. Het Engelse systeem gaat uit van de gedachte van de gelijke rang van alle recht; een onderscheid tussen gewoon recht en hoger recht is vreemd aan het Engelse systeem.

Dat brengt ons op de *vierde* positie die we kunnen innemen. Men zou kunnen verdedigen dat burgers niet alleen een moreel en een juridisch recht op bestaanszekerheid zouden moeten hebben, maar ook een constitutioneel recht. Dat is de situatie in Nederland op dit moment. Er zijn mij geen grote filosofen bekend die deze positie hebben verdedigd. Ook Waldron verdedigt in zijn boek *Liberal Rights* ("liberal" in de Amerikaanse zin van het woord) niet dat sociale en economische rechten constitutionele rechten zouden moeten zijn. Door politici, politiek filosofen en sociologen wordt dat wel eens over het hoofd gezien, maar juristen, met name diegenen die zich hebben beziggehouden met het constitutioneel recht, realiseren zich dat men in Engeland - en de Engelse situatie is voor Waldron maatgevend - eenvoudigweg geen constitutioneel recht in de Europese en de Amerikaanse betekenis kent. Al het recht is van gelijke rang. Een deel van het recht als het ware uitzonderen en buiten het bereik van de gewone wetgever plaatsen wijst men als ondemocratisch van de hand. Hoe het ook zij; in Nederland kennen we wel het systeem van hoger recht. En aangezien de sociale rechten onder de regering Den Uyl in de Nederlandse grondwet zijn terecht gekomen (en daarmee sociale *grondrechten* of, zoals we hier steeds hebben

1 Vgl. Marshall, T.H., "Citizenship and Social Class" (1949), in: *Class, Citizenship and Social Development*, New York 1964.

2 Marshall, *o.c.*, p. 71.

gesteld, constitutionele rechten zijn geworden) zouden we wellicht Den Uyl als de peetvader van deze gedachte kunnen opvoeren.

Nu hebben we dus vier manieren waarop we de sociale rechten zouden kunnen indelen. We zouden ons nu kunnen voorstellen dat een sluier van onwetendheid over ons zou komen en dat ons zou worden gevraagd waar we het recht op bestaanszekerheid (en andere sociale grondrechten) moeten indelen. Men kan het ook als volgt stellen: we zouden ons kunnen verplaatsen in de grondwetgevende vergadering van vóór 1983 die als opdracht heeft een plaats voor sociale grondrechten te bedenken. We kunnen ook, wat op hetzelfde neerkomt, ons verplaatsen in de positie van een van de marsbewoners die in de sprookjes van verlichtingsfilosofen als Voltaire en Diderot altijd worden opgevoerd om het gebeuren op aarde met een onbevangen blik gade te slaan en te becommentariëren. Waar zouden we sociale rechten positioneren?

Ik neig er persoonlijk toe om sociale rechten in te delen in de categorie morele en juridische rechten, maar niet in de categorie constitutionele rechten. Dat wil zeggen dat wanneer ik het werk van de grondwetgevende vergadering over zou mogen doen ik een lijst van grondrechten zou creëren die als het ware een minimumlijst inhoudt, terwijl ik sociale voorzieningen zou laten regelen door de gewone wetgever, die beleidsdoelstellingen utilistisch tegen elkaar afweegt.¹

Interessant in dit verband is een uitspraak van Kooijmans over de derde generatie rechten: "The aspirations underlying the concept of third generation human rights are absolutely legitimate, but they cannot be fulfilled by the creation of a new generation of human rights".² Mutatis mutandis zou men echter hetzelfde kunnen beweren van de tweede generatie mensenrechten: de sociale en economische rechten. Het is zeer honorabel voor een samenleving om mensen een sociaal minimum te verzekeren, maar dat doel kan men beter niet verwerkelijken door deze rechten een constitutionele status te geven en daarmee te verheffen boven het terrein van de normale politiek. Dat betekent dus niet dat het niet tot de taak van overheid zou behoren zich in te spannen op het terrein van bestaanszekerheid. Het betekent alleen dat men de mensenrechtentraditie geen goede diensten bewijst en uiteindelijk ook de categorie rechten niet die men aanduidt als sociale rechten door deze te verheffen in de constitutionele stand.

1 Dit is tevens een correctie op het pleidooi van Van Asperen voor meer "Rights-talk". We moeten tot op zekere hoogte het utilisme weer in ere herstellen, namelijk voorzover het gaat om tweede en derde generatie rechten. Een interessante poging tot een herwaardering van het utilisme vinden we overigens in: Allison, Lincoln, ed., *The Utilitarian Response, The Contemporary Viability of Utilitarian Political Philosophy*, Sage Publishers, London etc., 1990 met bijdragen van onder andere Goodin, Allison, Lucardie e.a.

2 Kooijmans, "Human Rights - Universal Panacea?", p. 327.

Maar is een dergelijk standpunt niet een gepasseerd station? Immers sinds 1983 hebben we in Nederland een lijst met sociale grondrechten in de grondwet opgenomen. Het lijkt toch weinig waarschijnlijk en wellicht ook onwenselijk om een constitutioneel proces, zoals dat sinds de Tweede Wereldoorlog zijn beslag heeft gekregen terug te draaien. Dat is inderdaad het geval, maar de constitutionele rechten, zoals neergelegd in de Nederlandse grondwet, hebben in die zin een onvolkomen status dat het toetsingsverbod van art. 120 Gw in de weg staat aan effectieve doorwerking van die rechten in de Nederlandse rechtsorde. Het is aan de rechter verboden de grondrechten uit de grondwet toe te passen wanneer het gaat om een beoordeling van de vraag of de centrale wetgeving (wetgeving van Regering en Staten-Generaal) met de grondwet in strijd is. Op het ogenblik zijn plannen in de maak om art. 120 Gw op te heffen of te wijzigen, zodanig dat de nationale grondrechten dezelfde status krijgen als de internationaal gewaarborgde grondrechten. Gezien in het licht van wat hiervoor is geschreven over de generaties grondrechten zou te overwegen zijn het toetsingsverbod alleen op te heffen voorzover het de klassieke grondrechten betreft. Sociale grondrechten staan dan weliswaar in de grondwet als "symbolische wetgeving", aspiraties van overheidspolitiek, maar *de facto* hebben zij geen andere status dan de gewone wetgeving. Daarmee laat men het sociale beleid over aan de gewone wetgever - waar het thuishoort - en zondert men slechts een minimum aan rechten af en plaatst dat buiten het bereik van de democratische meerderheid. Daarmee wordt weer onderstreept dat de traditie van het hogere recht er is voor uitzonderingstoestanden, voor dramatische schendingen van rechten. De constitutionele politiek vormt dan weer een vangnet, maar vertoont niet de "imperialistische" neiging om de normale politiek te vervangen. Die situatie lijkt goed voor democratie en mensenrechten en doet aan sociale politiek geen afbreuk.