



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Drie fasen in de ontwikkeling en institutionalisering van mensenrechten**

Cliteur, P.B.; Deelder, A.M.; Deelder, A.; Rutgers, M.R.

### **Citation**

Cliteur, P. B., & Deelder, A. M. (1992). Drie fasen in de ontwikkeling en institutionalisering van mensenrechten. *Mensenrechten*, 1-26. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/20046>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/20046>

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

# Inleiding: Drie fasen in de ontwikkeling en institutionalisering van mensenrechten

*P.B. Cliteur, A. Deelder en M.R. Rutgers*

“Inleiding: drie fasen in de ontwikkeling en institutionalisering van mensenrechten” (samen met A. Deelder en M.R. Rutgers), in: P.B. Cliteur, A. Deelder, M.R. Rutgers (red.), *Mensenrechten*, Gouda Quint, Arnhem 1992, pp. 1-26.

## Inleiding

De Engelse natuurrechtsaanhanger John Finnis heeft wel eens gezegd dat het natuurrecht geen geschiedenis heeft. Natuurrechtsopvattingen kunnen een geschiedenis hebben. Zij kunnen opkomen, aanhang krijgen, in ongenade vallen en in die zin kan men ook spreken van een terugkeer van het natuurrechtsdenken, zoals gebeurde rond de eeuwwisseling<sup>1</sup> en opnieuw na de Tweede Wereldoorlog. Maar het natuurrecht zelf, als een onveranderlijk, absoluut en universeel geldig recht heeft geen geschiedenis.

Voor mensenrechten ligt dat anders. Mensenrechten maken deel uit van het positieve recht. Het gaat weliswaar om fundamentele waarden die tevens de norm voor het positieve recht van alledag inhouden, maar niemand die zich met mensenrechten bezighoudt heeft moeite met de erkenning van het ten dele historisch en cultureel karakter van deze rechten.<sup>2</sup> Met dat historisch karakter van mensenrechten zullen we ons in deze inleiding bezighouden. De bedoeling is om te laten zien hoe zij voortkomen uit de natuurrechtsopvatting, tot op zekere hoogte een zelfstandige status krijgen binnen het positieve recht door codificatie en vervolgens effectief worden doordat men in verschillende rechtstelsels maatregelen neemt om mensenrechten door te laten werken als normen voor de wetgeving van alledag, een doorwerking die wordt gegarandeerd door controle door de rechter.

Zo kunnen we drie fasen in de ontwikkeling van de effectuering en institutionalisering van het denken over mensenrechten onderscheiden. De eerste fase is die van het natuurrechtelijk begin. Deze fase is afgesloten.<sup>3</sup> De traditie van de mensenrechten is dan nog niet onderscheiden van die van het natuurrecht. Het hogere recht is nog niet vastgelegd in wetten en verdragen, maar bevindt

1. Vgl. Charmont, J., *La Renaissance du droit naturel*, Coulet et Fils, Éditeurs, Montpellier 1910.
2. Vgl. daarover: Couwenberg, S.W., ‘Mensenrechten in constitutioneel ontwikkelingsperspectief’, in: *Begrensdde vrijheid*, Opstellen over mensenrechten aangeboden aan Prof. dr. D.F. Scheltens bij zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen, L. Heyde e.a. (red.), W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1989, pp. 100-116.
3. Wat natuurlijk niet betekent dat de traditie van het klassiek natuurrechtsdenken afgesloten is, zoals blijkt uit de recente herleving daarvan in het werk van John Finnis.

zich - althans dat is de these die door natuurrechtsaanhangers verdedigd wordt - in de 'natuur'. We zouden dat de natuurrechtelijke fase van het denken over mensenrechten kunnen noemen.

Een tweede fase is die waarbij men het hogere recht probeert te codificeren. Een hoogtepunt in deze ontwikkeling was de Amerikaanse onafhankelijkheidsverklaring (1776) en de Franse *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, maar ook de eerste constituties met grondrechten die de macht van de wetgever aan banden legden zijn van belang, zoals de Magna Charta.

De derde fase in de ontwikkeling van de mensenrechten is die waarbij de mensenrechten ook werkelijk effectief worden doordat men aan de rechterlijke macht de bevoegdheid toebedeelt als 'Hüter der Verfassung' op te treden. Deze laatste traditie komt in Engeland naar voren met Sir Edward Coke (1552-1634),<sup>4</sup> in de Verenigde Staten in de tijd van Marshall (1755-1835) en in de Europese landen voornamelijk in de naoorlogse periode wanneer binnen verschillende nationale rechtssystemen voor constitutioneel toetsingsrecht wordt gekozen en men in andere gevallen het verdragsrecht doorwerking verleent in de nationale rechtsstelsels. De derde fase is dus nog in volle gang.<sup>5</sup>

Een tweede kwestie waarover we - naast de indeling in drie fasen - in deze inleiding enkele opmerkingen willen maken, is over de kritiek op mensenrechten en natuurrecht. Twee figuren hebben zich sterk geprofileerd als critici van de mensenrechten: Bentham en Burke. Voor Bentham geldt dat hij altijd een tegenstander is gebleven, Burke wordt hier naar voren gehaald als iemand die weliswaar een scherpe kritiek heeft geformuleerd op de nogal absolutistische en rationalistische benadering van fundamentele rechten, zoals hij die aantrof bij de Franse revolutionairen van zijn tijd, maar die in zekere zin ook de bouwstenen aanlevert voor een versteviging van de mensenrechtentraditie.

De derde fase van de mensenrechtenontwikkeling staat in het teken van een discussie over de (mate van) universaliteit van mensenrechten en de vraag of men aan mensenrechten al dan niet praktische betekenis wil geven door erkenning van het toetsingsrecht.

## 1. De eerste (natuurrechtelijke) fase van de ontwikkeling van mensenrechten: hoger recht in de natuur

Voor de ontwikkeling van de mensenrechten is het natuurrecht van groot belang geweest. Sporen van natuurrechtelijk denken vinden we in de oudheid, bij Plato en Aristoteles als de denkers die de wijsgerige grondslag hebben geleverd voor het natuurrechtelijk denken, evenals bij Cicero<sup>6</sup> die als een van de eersten een

4. Men kan overigens niet zeggen dat in de tijd van Coke het hogere recht reeds bestond uit 'mensenrechten' in de zin van individuele, met het mens-zijn verbonden rechten die tegenover de overheid geldend gemaakt konden worden.
5. Opgemerkt moet nog worden dat tussen de drie fasen geen waterdichte scheiding loopt. Van de derde fase zijn natuurlijk ook in het verleden sporen te vinden.
6. Vgl. Weinreb, Lloyd L., *Natural Law and Justice*, Harvard University Press, Cambridge,

duidelijk natuurrechtelijke denktrant ontwikkelde. Maar van directe invloed op het denken van diegenen die in de tweede fase van de ontwikkeling van de mensenrechten een belangrijke rol hebben gespeeld is toch het werk van *moderne* natuurrechtsaanhangers van grote betekenis geweest, met name dat van Hobbes en Locke.

Thomas Hobbes (1588-1679) heeft de aanzet gegeven tot een individuele benadering van de natuurlijke rechten van de mens en het is de verdienste van John Locke (1632-1704) geweest, dat hij deze aanzet verder heeft ontwikkeld.

Hobbes is een typische vertegenwoordiger van het rationalistisch natuurrecht. Onder invloed van de zich ontwikkelende natuurwetenschappen tracht men met behulp van de menselijke rede de wetmatigheden in de samenleving op te sporen. In de visie van Hobbes is het doel van de staat niet de mens tot volledige ontplooiing van zijn natuur te brengen en bepaalde deugden te bevorderen, maar om de conflicten die voortvloeien uit de uiteenlopende behoeften van mensen in een wereld met beperkte middelen op te lossen.<sup>7</sup> In zijn boek *Leviathan* beschrijft Hobbes de oorspronkelijke natuurtoestand, waarin de mensen worden geleid door hun natuurlijke vermogens (*cupido*, *aversio* en *ratio*) en waarin zij voor alles hun eigen natuurlijke rechten nastreven. Deze 'samenleving' ontaardt in een oorlog van allen tegen allen. Daarom moeten de mensen al hun rechten aan de vorst afstaan, opdat deze als absoluut heerser voor een leefbare samenleving kan zorgen. Wanneer zij eenmaal hun rechten aan de vorst hebben overgedragen, kunnen zij tegen hem geen enkel recht meer inroepen. De mensen hebben echter als vrije, redelijk denkende mensen ingezien dat de oorspronkelijke natuurtoestand een bedreiging vormde voor hun natuurlijke rechten, en hebben vrijwillig hun rechten afgestaan aan de absolute vorst, opdat deze voor een vreedzame samenleving en voor bescherming van de individuele vrijheid kan zorgen. De plicht om de soeverein te gehoorzamen wordt slechts opgeheven, wanneer deze niet meer in staat is de orde te handhaven en de burgers te beschermen.

Tegenover de sombere natuurtoestand van Hobbes stelt Locke in zijn *Two Treatises of Government* een optimistischer mens- en wereldbeeld. Hier is sprake van een vreedzame samenleving, beheerst door het rationele natuurrecht.<sup>8</sup> De mensen zijn volledig vrij om te handelen en om over hun bezittingen en persoonlijke aangelegenheden te beschikken, mits zij zich houden aan het natuurrecht.<sup>9</sup> In de natuurtoestand zijn alle mensen aan elkaar gelijk en niemand heeft meer macht of recht dan een ander.<sup>10</sup> Om deze natuurlijke orde te vervolmaken staan de mensen op grond van een maatschappelijk verdrag een

Massachusetts/ London, England 1987, p. 39.

7. Vgl. Maris, C.W., en Jacobs, F.C.L.M., (redactie), *Recht, Orde en Vrijheid*, Een historische inleiding in de rechtsfilosofie, Wolters-Noordhoff, Groningen, 1990, p. 133.

8. Locke, John, *Two Treatises of Government*, ed. Peter Laslett, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1970.

9. Locke, John, *Second Treatise*, par. 4, p. 287.

10. Ibidem: 'A State of Equality, wherein all the Power and Jurisdiction is reciprocal, no one having more than another...'

deel van hun vrijheid aan de staat af, opdat deze hen het vrije genot van de onvervreembare natuurlijke rechten, zoals het recht op leven, het recht op vrijheid en het recht op eigendom, kan garanderen. Als de vorst zijn verplichtingen uit het maatschappelijk verdrag niet nakomt, te weten bescherming van 'Life, Liberty and Estate', zijn de burgers hem geen gehoorzaamheid meer verschuldigd en komt hen een recht van verzet toe.

Terwijl bij Hobbes de onderdanen al hun rechten afstaan aan de absoluut regerende vorst, behouden in Locke's visie de burgers een aantal onvervreembare, pre-constitutionele rechten, waaraan de vorst niet mag tornen. Dit vormt het begin van de moderne individuele mensenrechtenidee, waarbij een duidelijke afbakening plaatsvindt van het terrein waarover de staat geen zeggenschap toekomt: 'It was through the innovative contributions of Locke in the seventeenth century that natural rights theory (as a precursor of the human rights doctrine) became recognized as legitimately asserted by all individuals everywhere and obligatorily respected by government as a first condition of its own legitimacy', heeft Rosenbaum terecht opgemerkt.<sup>11</sup>

Locke's theorie kan ook worden gezien als een tegenwicht voor het goddelijk recht van de koning en de door de Schepper gevestigde hiërarchische orde. De gedachte dat God mensen zou hebben uitverkoren om als koningen op aarde te heersen en hun opvolging zou hebben geregeld, is in de 17e eeuw in Engeland vooral door Sir Robert Filmer in zijn boek *Patriarcha* verdedigd. Volgens Filmer ontleende de Engelse koning zijn gezag rechtstreeks aan God en kon hij niet door mensen worden afgezet, evenmin als de wettige troonopvolger kon worden uitgesloten. Met de Glorious Revolution in 1688 en de ondertekening van de Bill of Rights door het koningspaar Willem en Mary komt weliswaar een einde aan de absolute macht van de Stuarts, maar in de visie van Locke zijn nog veel ingrijpender constitutionele veranderingen nodig om de vrijheid van de burgers tegenover de koning te beschermen.

Locke gaat in zijn theorie uit van een natuurtoestand waarin alle mensen van nature vrij en gelijk zijn, hoewel enige gradatie mogelijk is: 'Though I have said above (...) That all Men by Nature are equal, I cannot be supposed to understand all sorts of Equality: Age or Virtue may give Men a just Precedency: Excellency of Parts and Merit may place others above the Common Level (...); and yet all this consists with the Equality, which all Men are in, in respect of Jurisdiction or Dominion one over another, which was the Equality I there spoke of, as proper to the Business in hand, being that equal Right that every Man hath, to his Natural Freedom, without being subject to the will or Authority of any other Man'.<sup>12</sup>

Tegen deze natuurlijke vrijheid en gelijkheid kan worden aangevoerd dat wij allen worden geboren in een staat van afhankelijkheid van onze ouders en opvoeders, die onze vrijheid kunnen beperken als dat voor onze bescherming

11. Rosenbaum, Alan, 'Introduction' in: Alan Rosenbaum (ed.), *The philosophy of human rights*, Londen 1980, p. 12.

12. Locke, John, *Two Treatises of Government*, Second Treatise, sect. 54, p. 322.

nodig is. Er zijn ook mensen die hun hele leven lang onderworpen zijn aan hun meesters. Tegen het eerste argument voert Locke aan dat de tijdelijke onderworpenheid aan het ouderlijk gezag iets anders is dan de blijvende overheersing door de politieke macht. Het tweede argument, dat velen als slaven geboren worden, is vooral door Jeremy Bentham in zijn boek *Anarchical Fallacies* benadrukt. Locke stelt dat de natuurlijke rechten van de mens juist willen aangeven dat ieder individu het recht heeft om zich als een vrij, onafhankelijk en redelijk denkend mens te ontwikkelen.

Ook Rousseau (1712-1778) gaat, net als Hobbes en Locke, uit van een natuurtoestand waarin de mensen beschikken over een natuurlijke handelingsvrijheid. Omdat de mensen in een gemeenschap leven en steeds afhankelijker van elkaar worden, sluiten zij een sociaal contract om hun natuurlijke vrijheid zo goed mogelijk veilig te stellen. Door vrijwillig al zijn rechten en bezittingen, inclusief zijn natuurlijke vrijheid aan de gemeenschap over te dragen, gaat het individu op in deze gemeenschap en is hij niet onderworpen aan een buiten hem om tot stand gebrachte wet, maar stelt hij, als lid van de gemeenschap, zichzelf de wet. Deze zelfwetgeving of autonomie vormt een nieuw aspect van het vrijheidsbegrip, naast het natuurlijk vrijheidsbegrip van Hobbes en Locke. Volgens Rousseau bestaat er in de ideale samenleving geen onderscheid tussen maatschappij en staat. In deze samenleving gaat het staatsgezag op in het natuurlijk gezag van de gemeenschap. De wil van allen, de *volonté générale*, komt door onderling overleg tot stand. Het sociaal contract is een uitdrukking van de *volonté générale*.

## 2. De tweede fase in de ontwikkeling van mensenrechten: positivering van het hoger recht

De kern van het natuurrechtelijk denken, zoals ontwikkeld door Locke en andere natuurrechtsdenkers, is dat ook de vorst die in naam van God regeerde, was onderworpen aan de eeuwige wet. Dit idee van het natuurrecht is van fundamentele betekenis geweest voor de ontwikkeling van de rechtsstaatsgedachte en de idee van de mensenrechten. In theorie bezat de vorst de hoogste macht op aarde, maar in praktijk ontbrak het hem aan de nodige financiële middelen en militaire macht om zijn gezag te handhaven. Daarom maakte hij afspraken met zijn vazallen, zoals bijvoorbeeld is gebeurd in de Magna Charta (1215-1225), waarin de Engelse koning aan zijn leenmannen beloofde een aantal regels in acht te nemen. Deze Magna Charta is een mengeling van grondwet en wetboek, en bevat naast regels van familierecht ook garanties ten aanzien van een eerlijk proces, de habeas corpus regel en evenredigheid van straf. In Nederland maakte hertogin Johanna in de Blijde Incomste (1356) een aantal afspraken met de steden van Brabant, waarbij werd vastgelegd dat bij niet-nakoming door hertogin Johanna de gehoorzaamheidsplicht van de steden verviel. In de Unie van Utrecht (1579) werd overeengekomen dat niemand vanwege zijn godsdienst zou worden vervolgd.

In dit Middeleeuwse denkpatroon werden de vastgelegde afspraken met de standen beschouwd als collectieve, historisch verworven rechten, die bij schending slechts passief verzet en tijdelijke opschorting van de gehoorzaamheidsplicht rechtvaardigden. Deze verzetsleer wordt teruggevonden in het Plakkaat van Verlatinge (1581), waarin de Zeven Provinciën hun vertrouwen in Philips II opzeggen, omdat zij het niet eens zijn met het door hem gevoerde bestuur.

Volgens Coopmans<sup>13</sup> kunnen bij opstanden drie fases worden onderscheiden. De eerste fase bestaat uit verzet. Indien dit verzet geen verbetering oplevert, volgt de tweede fase waarin het volk definitief in opstand komt. Het volk zegt zijn vertrouwen in de koning op of verklaart zich onafhankelijk. Vaak wordt deze onafhankelijkheid bevestigd in een verklaring (Plakkaat van Verlatinge). De derde fase wordt gekenmerkt door het streven naar een constitutie (akte van de Unie van Utrecht, 1579).

In de zestiende eeuw wordt het koninklijk gezag beschouwd als rechtstreeks ontleend aan God en wordt verzet door de burgers als een zonde bestraft. Om een beter tegenwicht te geven tegen de leer van het droit divin van de vorst en om actief verzet te legitimeren werd een beroep gedaan op een natuurrechtelijke contractsleer, die niet uitgaat van historisch verkregen collectieve rechten, maar van bovenhistorische, individuele vrijheidsrechten. De Engelse Habeas Corpus Act van 1679 en de Bill of Rights van 1688 kunnen worden beschouwd als voorlopers van deze individuele vrijheidsrechten.

Het pre-constitutionele, voorstatelijke element van de natuurlijke vrijheidsrechten, zoals vooral door Hobbes en Locke is benadrukt, vinden wij tevens terug in de Amerikaanse onafhankelijkheidsverklaring van 1776: 'That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights, of which, when they enter into a state of society, they cannot by any compact deprive or divest their posterity; namely the enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property and pursuing and obtaining happiness and safety'. Een speciale bescherming van de grondrechten werd in de onafhankelijkheidsverklaring niet gegeven en ook niet in de Amerikaanse constitutie van 1787, maar werd pas gerealiseerd in de Bill of Rights die in 1791 aan de Amerikaanse Grondwet van 1787 werd toegevoegd.

Voor de Franse codificering van mensenrechten is het denken van Rousseau van grote betekenis gebleken.<sup>14</sup> Art. 6 van de Franse Verklaring uit 1789 waarin staat: 'La loi est l'expression de la volonté générale', geeft aan dat de algemene wil van de vrijwillig gevormde gemeenschap bepalend is voor de centrale positie van de wetgever in het staatsbestel. Terwijl onder het Ancien Régime de macht in handen was van de vorst, de adel en de geestelijkheid,

13. Coopmans, J.P.A., *Verzet en opstand als factoren in de vorming van het constitutiebegrip*, Kluwer, Deventer 1990.

14. Vgl. Morange, Jean, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Presses Universitaires de France, Paris 1988, p. 11 e.v.

komt na de Franse Revolutie de derde stand, de bourgeoisie, aan de macht en stelt deze voortaan de wet vast.

In Nederland werden grondrechten voor het eerst opgenomen in de burgerlijke en staatkundige grondregels die deel uitmaakten van de Staatsregeling voor het Bataafse Volk van 1798. Bijvoorbeeld art. 4 luidde: 'Ieder Burger is volkomen vrij, om te beschikken over zijne goederen, inkomsten, en de vruchten van zijn vernuft en arbeid (...)' en in art. 53 lid I vinden we: 'Bij de aanneming der Staatsregeling, worden vervallen verklaard alle Gilden, Corporatiën of Broederschappen van Neeringen, Ambagten of Fabrieken', in welk artikel tegelijkertijd aan een ieder het recht wordt toegekend een 'Fabriek of Trafiek opterigten'.<sup>15</sup>

In de latere staatsregelingen van 1801, 1805 en 1806 nam het grondrechtenbestand langzamerhand af. Na een periode van inlijving bij Frankrijk (1810-1814) kwam in 1814 de eerste Nederlandse Grondwet tot stand. In deze Grondwet was geen sprake van een maatschappelijk verdrag of van pre-constitutionele rechten en werden slechts een aantal justitiële en godsdienstige waarborgen opgenomen. In de Grondwet van 1815 werden deze waarborgen uitgebreid met de gelijkheidswaarborgen, het petitierecht, het recht op schadeloosstelling bij onteigening, de onschendbaarheid van de woning en de drukpersvrijheid. In 1848 worden daaraan toegevoegd het recht van vereniging en vergadering, de onschendbaarheid van het briefgeheim, de vrijheid van onderwijs en de waarborging dat bij de inrichting van het openbaar onderwijs ieders godsdienstige begrippen zouden worden geëerbiedigd.<sup>16</sup> In 1983 worden in de nieuwe grondwet de grondrechten in een gesystematiseerd verband bij elkaar gebracht.

## 2.1. *Kritiek op de tweede fase van mensenrechten*

Mensenrechten mogen zich tegenwoordig in een grote belangstelling verheugen. Politieke partijen, individuele politici, regeringen, velen bewijzen tegenwoordig lippendienst aan mensenrechten. We achten dat zo vanzelfsprekend dat we ons niet eens meer realiseren dat eens de protesten tegen het concept van de mensenrechten zeer indrukwekkend werden verwoord. Een groot liberaal (Jeremy Bentham), een groot socialist (Karl Marx) en een groot conservatief (Edmund Burke) hebben felle kritiek geleverd op het concept van de mensenrechten.

'Nonsense upon stilts' was Bentham's commentaar op de Franse *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789).<sup>17</sup> Ook in Edmund Burke's *Reflecti-*

15. Burkens, M.C., Kummeling, H.R.B.M., Vermeulen, B.P., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1990, p. 11.

16. *Ibidem*, p. 55.

17. Waldron, Jeremy, *Nonsense upon Stilts*, Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man, Methuen, Londen en New York 1987.

P.B. Cliteur, A. Deelder en M.R. Rutgers

*ons on the revolution in France* uit 1790 werd zeer kritisch gereageerd op de idee van de mensenrechten en Karl Marx presenteerde zijn kritiek later in *Zur Judenfrage* (1840). Natuurlijk verschillen deze schrijvers ten aanzien van de intensiteit en de inhoud van hun kritiek. Maar er is toch voor denkers van zulke verschillende ideologische achtergrond een verrassende overeenkomst te onderkennen: zij zijn alle drie van mening dat de op het individu gerichte mensenrechten een gevaar voor de gemeenschap vormen.

Twee van die critici op de mensenrechten zullen we hier iets nader belichten: Burke en Bentham. Voor de kritiek van Marx verwijzen we naar de bijdrage van Maris in deze bundel. Met name Burke en Bentham zijn van belang, omdat zich de vraag laat stellen of het mogelijk is een benadering van mensenrechten te ontwikkelen waarin hun kritiek op de mensenrechten wordt verwerkt.

## 2.2. Jeremy Bentham: de liberaal-utilistische kritiek

Bentham werd in 1748 in Engeland geboren, studeerde rechten in Oxford en wijdde zich vervolgens aan theoretische beschouwingen over het recht zoals het functioneerde en zou moeten functioneren. In zijn *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789) neemt hij een utilistisch standpunt in bij de beoordeling van het recht, de politiek en de samenleving. Daarbij is het algemeen belang de som van de individuele belangen, die bestaan uit afwegingen van het aangename (*pleasure*) tegen het onaangename (*pain*).<sup>18</sup> Hij verwerpt de idee van het van nature geldende recht en de hypothese van een sociaal contract, en hanteert voor het vaststellen van het recht dezelfde criteria als voor het bepalen van menselijk handelen, namelijk het streven naar geluk en het vermijden van ongeluk. Juristen moeten eerst onderzoeken hoe het recht in de samenleving functioneert om daarna op grond van utiliteitsargumenten te bekijken hoe het recht aan de eisen van de bestaande maatschappij kan worden aangepast en door het heersende gezag kan worden gesanctioneerd.

Bentham's reactie op de Franse Revolutie was in eerste instantie positief, en hij putte zich uit in het geven van advies voor een nieuwe staatsinrichting van het Franse volk. Omstreeks 1795 is echter zijn aanvankelijk enthousiasme bekoeld en keert hij zich tegen het revolutionaire ideaal, de republikeinse staatsvorm en zelfs tijdelijk tegen de parlementaire hervorming in Engeland. Bentham's kritische analyse van de Franse Verklaring (in de iets gewijzigde versie van 1791) in zijn boek *Anarchical Fallacies* is waarschijnlijk al in 1795 geschreven onder de oorspronkelijke titel *Pestulance Unmasked* en wordt in 1816 in het Frans gepubliceerd. Het boek wordt pas in 1843 in Engeland uitgegeven als onderdeel van Bentham's verzameld werk.

18. Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, ed. J.H. Burns en H.L.A. Hart, Methuen, London and New York 1982, p. 11 e.v.

Bentham's bezwaar tegen de mensenrechten is zowel methodisch als politiek van aard. Het methodische komt wellicht nog het beste naar voren in *Anarchical Fallacies* waar hij in een bekende passage de natuurlijke rechten van de mens als grote onzin typeert: 'Natural rights is simple nonsense, natural and imprescriptible rights, rhetorical nonsense, nonsense upon stilts'.<sup>19</sup> Bentham is van mening dat de Franse Verklaring vol tegenstrijdigheden zit en dat de gemaakte aanspraak op natuurlijke rechten niets betekent. Termen als rechten en plichten zijn in zijn ogen fictieve termen. Zij hebben geen duidelijke inhoud, terwijl begrippen als wet, straf en heerser wel gedefinieerd kunnen worden. Als natuurlijke rechten en plichten niet kunnen worden gekoppeld aan een van nature bestaande wetgever, zoals in de Middeleeuwen aan de eeuwige wet van God, hebben deze rechten en plichten volgens Bentham geen fundament en geen inhoud.

Hoewel Bentham van mening is dat de natuurlijke rechten methodisch verwerpelijk zijn, vreest hij toch de politieke invloed van de mensenrechtendoctrines: 'When I hear of natural rights (...) I always see in the background a cluster of daggers or of pikes introduced into the National Assembly.'<sup>20</sup> De mensenrechtendoctrine is, net als later Burke beweert, niet los te zien van de ontaarding van de revolutie.

Bentham had echter ook nog wat andere andere bezwaren tegen de proclamatie van heilige en onschendbare rechten. Wil iedereen van deze rechten kunnen genieten, dan kan men deze nooit absoluut handhaven, maar moet men ook rekening houden met andermans aanspraak op dezelfde rechten. Bovendien zullen deze rechten nader gedefinieerd en eventueel beperkt moeten worden om gelijk gebruik voor allen mogelijk te maken. Hierin schuilt de tegenstrijdigheid van de Verklaring, aangezien de ongeschreven, 'heilige', natuurlijke rechten door geschreven, menselijk recht kunnen en moeten worden beperkt.

### 2.3. Edmund Burke: de conservatief-traditionalistische kritiek

Edmund Burke was een tijdgenoot van Bentham. Hij werd zeven jaar eerder, in 1741 in Ierland geboren, studeerde filosofie in Dublin, rechten in Londen en wijdde zich vervolgens aan de politiek en aan het schrijven van boeken. Door zijn Ierse afkomst werd hij vaak geconfronteerd met politieke onrust en was hij, meer dan zijn Engelse tijdgenoten, bevreesd voor de invloed van de Franse Revolutie op het politieke klimaat in Engeland. Hij constateerde dat in Ierland de tegenstelling tussen het Engelse protestantisme en het Ierse katholicisme een wig dreef in de bevolking en een bron van onrust vormde. Deze toestand van onvrede en een verdeelde bevolking vertoonde veel gelijkenis met de toestand in Frankrijk onder het Ancien Régime. Inderdaad zou in 1798, een jaar na zijn dood, de opstand in Ierland uitbreken. In de periode van 1765 tot

19. Waldron, *Nonsense upon Stilts*, p. 32 en p. 34.

20. *Ibidem*, p. 36.

1794 was Burke lid van de House of Commons. Hoewel hij een begaafd spreker was, had hij weinig vrienden omdat hij door zijn scherpe tong en zijn speciale conservatieve opvattingen vriend en vijand van zich vervreemde. In zijn veroordeling van het in India door Warren Hastings gevoerde bestuur lijkt hij zich soms te beroepen op de natuurlijke rechten van de slachtoffers van het Engelse koloniale bewind.<sup>21</sup> Ook keurde Burke de Engelse politiek ten opzichte van de Amerikaanse kolonisten af, en steunde hij zelfs openlijk de revolutie toen deze uitbrak. Op het eerste gezicht is het dan ook tegenstrijdig dat hij een fel tegenstander was van de Franse Revolutie en de beginselen die de verlichtingsdenkers en hun radicale volgelingen uitdroegen. Dit nieuwe standpunt van Burke moet niet worden verklaard door aan te nemen dat hij van mening was veranderd, maar door het feit dat hij de Franse Revolutie in een volledig andere context plaatste dan de Amerikaanse Revolutie. De Amerikanen waren in zijn ogen geen echte revolutionairen. Zij hadden een gevestigde bestuurlijke en economische orde. Zij verzetten zich tegen de politieke en fiscale vernieuwingen die hen door Engeland werden opgelegd, en die bovendien een bedreiging vormden voor de Amerikaanse handelsvrijheid. Burke veroordeelde de politiek die door George III en zijn ministers ten opzichte van Amerika werd gevoerd met de volgende woorden:

If intemperately, unwisely, fatally, you sophisticate and poison the very source of government, by urging subtle deductions, and consequences odious to those you govern, from the unlimited and illimitable nature of supreme sovereignty, you will teach them by those means to call that sovereignty itself in question.<sup>22</sup>

Burke's commentaar op de Franse Revolutie in zijn boek *Reflections on the Revolution in France* heeft de vorm van een antwoord op een brief die hij van een jonge Fransman ontving. Door zijn studie van het Franse financiële systeem had hij al in 1769 de revolutie zien aankomen. Zijn voornaamste kritiek richtte zich tegen de totale vernietiging van het Ancien Régime. In zijn visie was een voorzichtige en verstandige hervorming van het oude systeem mogelijk geweest: 'You might have repaired those walls; you might have built on those old foundations'. Burke was bang dat de Franse revolutionaire gedachten een politieke hervorming in Engeland zouden veroorzaken. Hij stelde zelfs dat hij bereid was zijn beste vrienden in de steek te laten en zich met zijn ergste vijanden te verenigen teneinde de verspreiding van de democratische beginselen in Engeland te verhinderen. In februari 1790 begon Burke met zijn *Reflections on the Revolution in France* en hij voltooide het in de zomer van hetzelfde jaar.

21. Vgl. over Burke's verhouding tot het natuurrecht de verschillende opvattingen genoemd in: Cliteur, Paul, 'The American conservatives, Edmund Burke and natural law', in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Vol. 1988 LXXIV/Heft 4, 4. Quartal, pp. 452-460.

22. Burke, Edmund, *Speech on American Taxation (1774)*, in: *The Works of the Right Honourable Edmund Burke*, Vol. 1, Bohuns British Classics, London 1854, p. 433.

Op 1 november 1790 werd het boek gepubliceerd, en uit het feit dat aan het eind van het jaar meer dan 17.000 exemplaren waren verkocht blijkt wel dat het boek een doorslaand succes was. Hierbij mag worden gewezen op het feit dat Burke al in 1790 voorspelde hoe de Franse Revolutie zich gedurende de desastreuze jaren van de Terreur zou ontwikkelen. Burke's geschriften en de daarin neergelegde gedachten worden vaak verschillend geïnterpreteerd, doordat hij schreef zoals hij sprak, namelijk vlot, vol hartstocht en enigszins slordig.

Het is niet moeilijk om op een grote hoeveelheid verschillen tussen Burke en Bentham te wijzen. Ten aanzien van hun kritiek op de achttiende-eeuwse mensenrechtenconcepties is echter ook een aantal interessante overeenkomsten te onderkennen.

Zowel Bentham als Burke nemen aanstoot aan het metafysisch gespeculeer van de opstellers van de mensenrechtenverklaringen. Deze laatsten menen dat het mogelijk is om los van geschiedenis, traditie en cultuur, louter door middel van het redelijk denkend verstand, universele waarden en normen op het spoor te komen die men als norm stelt voor het positieve recht van alledag. Burke acht dat onmogelijk. Recht is een historisch verschijnsel en dat geldt ook voor de normatieve grondslag van het recht. Mensenrechten en grondrechten zijn eerder het product van keuzen die binnen een cultuurgemeenschap door verschillende generaties gemaakt zijn dan dat het gaat om de tijdloze abstracties die de klassieke natuurrechtsleer ons voorhoudt. Ook de begrippen 'natuur' en 'natuurlijk' hebben voor Burke niet van die gunstige associaties. Het beroep op natuurlijke rechten van de mens wordt door Burke geassocieerd met de gedachte aan de natuurlijke rechten en gevoelens van ongecultiveerde wilden. Zonder het 'kleed' van een ontwikkeld sociaal en politiek leven betekenen wij als mens niets en bestaat er geen grondslag voor enige aanspraak op normen of politieke beginselen. In Burke's optiek komen rechten juist in een zich ontwikkelende samenleving tot volle ontplooiing. Vandaar dat hij liever spreekt van de rechten van een Engelsman, zoals die gelden in de bestaande Engelse maatschappij, dan van algemeen geldende rechten van de mens. Hij gaat ervan uit dat elke samenleving een verschillend type mens voortbrengt, met eigen zeden, organisaties en structuren.<sup>23</sup> Om met de woorden van Antony Quinton te spreken: 'Since human nature is socially determined and thus essentially various, there can be no specific rights of man as such, only the rights of men who have developed within a particular social and historical setting'.<sup>24</sup>

Verder wijst Burke erop, net als Bentham, dat de algemene roep om vrijheid, gelijkheid en broederschap in strijd is met de precieze en gedetailleerde formulering die nodig is voor de politieke besluitvorming, waarbij rekening moet worden gehouden met de heersende maatschappelijke omstandigheden:

23. Burke, Edmund, *Reflections on the Revolution in France*, in: *The Works of the Right Honourable Edmund Burke*, Bohuns British Classics, London 1854, p. 299.

24. Quinton, Anthony, *The Politics of Imperfection*, Faber, London 1978, p. 61.

Circumstances (which with some gentlemen pass for nothing) give in reality to every political principle its distinguishing colour, and discriminating effect. The circumstances are what render every civil and political scheme beneficial or noxious to mankind.<sup>25</sup>

Hierin is veel kritiek op de traditionele natuurrechts- en mensenrechtenconcepties te vinden, maar het voert Burke zeker niet tot het standpunt dat alle waarden en normen relatief zijn. De traditionele beginselen van het common law systeem, waartoe men via trial and error, vallen en opstaan, gekomen is, kan men als een normatieve grondslag voor het recht hanteren. Zijn natuurrechtsconceptie lijkt daarom meer op wat Roscoe Pound later 'positive natural law' zou noemen.<sup>26</sup> Het gewone recht van alledag wordt niet gecorrigeerd door een of ander natuurlijk recht, maar door een dieptedimensie van het recht zelf die bestaat uit gegroeide beginselen en fundamentele waarden.<sup>27</sup>

De bezwaren die aan een dergelijke conceptie kleven zijn bekend. Geeft men de universaliteit prijs, dan leveren de mensenrechten geen criteria ter beoordeling en veroordeling van als abject ervaren praktijken in vreemde culturen. Daar staan echter voordelen tegenover, waarvan misschien wel de belangrijkste is dat geen beroep wordt gedaan op absolute waarden en normen, een beroep dat in een pluriforme cultuur steeds ongeloofwaardiger is geworden. De mensenrechten waarop in de derde fase gewezen wordt zijn meer principes die de liberaal-democratische rechtsstaten in de twintigste eeuw als de normatieve grondslag van hun politieke cultuur erkennen.

Het is overigens op dit punt dat zich een fundamenteel verschil tussen de mensenrechtentraditie en die van het natuurrecht enerzijds en Bentham anderzijds manifesteert. Bentham is veel radicaler in zijn kritiek op het natuurrechtsdenken dan Burke, omdat hij eigenlijk van geen enkele beperking van de soevereine wetgever wil weten: niet door natuurrecht, maar ook niet door fundamenteel geachte beginselen van niet-natuurrechtelijke aard. Een en ander hangt nauw samen met zijn bevelstheorie van het recht. Bentham definieert een wet als een 'assemblage of signs declarative of a volition conceived or adopted by the sovereign in a state (...)'.<sup>28</sup> Verder kan men dan wetten (onder andere) onderscheiden naar de bron (de persoon of personen van wiens wil de wet een expressie is), de subjecten (de personen of dingen waarop deze van toepassing is) en het bereik van de toepassing. In de rechtspositivistische traditie die begint bij Bentham en later verder werd uitgewerkt door Austin heeft men altijd enige

25. Burke, *Reflections*, p. 97.

26. Vgl. Pound, Roscoe, 'Natural natural law and positive natural law', in: *Natural Law Forum*, Volume 5 (1960), pp. 70-82.

27. Een benadering die tegenwoordig weer nieuw leven is ingeblazen door Ronald Dworkin. Vgl. Grey, Thomas C., 'Advice for "Judge and Company"', in: *The New York Review of Books*, March 12, 1987, pp. 32-35 en Fletcher, George P., 'Two Modes of Legal Thought', in: *The Yale Law Journal*, Vol. 90 (1981), pp. 970-1003.

28. Bentham, Jeremy, *Of Laws in General*, in: *The Collected Works of Jeremy Bentham*, ed. H.L.A. Hart, The Athlone Press, University of London, London 1970, p. 1.

moeite gehad met het verklaren van twee verschijnselen: gewoonterecht en constitutioneel recht. Gewoonterecht levert een 'hard-case' op voor het model van Bentham, omdat hier geen 'volition', geen wil van de de soeverein, in het spel is. Constitutioneel recht is een probleem, omdat het een beperking is op de macht van de soeverein en dan dient zich de vraag aan hoe een soeverein de hoogste macht kan zijn in de staat en tegelijkertijd toch nog aan iets onderworpen. Het eerste probleem (dat van het gewoonterecht) werd reeds door Hobbes 'opgelost' door de fictie te introduceren van een impliciete wil van de soeverein. Door het feit dat de soeverein gewoonterecht niet afwijst adopteert hij het en geldt het toch weer krachtens zijn wil. Het tweede punt, dat van het constitutioneel recht, heeft voor meer problemen gezorgd. De opvattingen van Bentham hierover zijn niet erg duidelijk, maar uit verschillende plaatsen in zijn werk kunnen we wel opmaken dat hij zich van het probleem bewust is. Na behandeling van de soorten wetten die hij met zijn model goed kan verklaren, schrijft Bentham: 'There (...) remain a class of laws which stand upon a very different footing from any of those that have hitherto been brought to view'.<sup>29</sup> Bij de wetten die hij in zijn voorafgaande beschouwingen analyseerde ging het om wetten die van toepassing zijn op de onderdanen, niet op de soeverein zelf. Er zijn echter wetten, aldus Bentham, die alleen op de soeverein van toepassing zijn.<sup>30</sup> Bentham spreekt van een 'transcendent class of laws', namelijk wetten die aangeven wat de soeverein mag doen en hoe hij zich dient te gedragen ten aanzien van de burgers. Men zou die wetten kunnen aanduiden als 'laws in principem', en dat laatste als aanduiding voor de partij waarop die wetten van toepassing zijn. 'Laws in principem' kan men contrasteren met de 'ordinary mass of laws' die men kan noemen 'laws in subditos' of 'laws in populum'. Bij de 'laws in principem' gaat het om wetten of convenanten waarmee de soevereine macht zelf beperkingen oplegt aan zijn handelingen, maar die *niet* door een politieke of legale sanctie kunnen worden gehandhaafd, voegt Bentham er veelzeggend aan toe. Op overtreding van die beperkingen staat slechts een morele sanctie, dat wil zeggen een afwijzing door de publieke opinie.<sup>31</sup> Bentham kent echter niet veel betekenis toe aan dergelijke beperkingen en hij maakt duidelijk dat het verschil tussen een vrije en een niet-vrije maatschappij in ieder geval niet afhangt van de vraag of de soeverein beperkingen van het betreffende soort accepteert.

Austin radicaliseert dit standpunt. Recht is positief recht, en positief recht kan alleen maar bestaan 'by pleasure of the sovereign'.<sup>32</sup> Daarmee is de onbegrensde soevereiniteitsopvatting een feit geworden.<sup>33</sup> Via de gezaghebbende be-

29. Bentham, *Of Laws in General*, p. 64.

30. Bentham, *Of Laws in General*, p. 64.

31. Vgl. hierover ook: Dinwiddy, John, *Bentham*, Oxford University Press, Oxford New York 1989, p. 76.

32. Austin, John, *Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law*, fifth edition, revised and edited by Robert Campbell, in two vols. Vol. 1, John Murray, London 1929 (1861), p. 36.

33. Hart heeft uitvoerig beschreven hoe in die zin nog een verschil tussen Bentham en Austin te

schrijving van het Engelse constitutionele recht die A.V. Dicey in zijn *An Introduction to the Law of the Constitution* (1885) presenteerde werd deze leer gekanoniseerd als de grondslag van het Engelse constitutionele recht. Dat betekent natuurlijk niet dat het Engelse constitutionele recht zich uitsluitend heeft laten modelleren naar de ideeën van theoretici als Bentham en Austin, maar wel dat hun opvattingen een goede legitimatie vormen voor een eeuwenoude ontwikkeling die in de achttiende en negentiende eeuw tot een scherpe conceptueel-analytische verwoording werden gebracht. De soevereiniteit van het parlement, schrijft Dicey, is het meest naar voren tredende kenmerk van de Engelse politieke instituties: 'the very keystone of the law of the constitution'.<sup>34</sup> Hij stelt zich ten doel om: (1) te laten zien dat dit een juridisch feit is dat geheel wordt erkend door het Engelse recht; (2) aan te tonen dat geen van de aangevoerde beperkingen bestaat; (3) enkele moeilijkheden die zich ogenschijnlijk voordoen met deze doctrine te behandelen.

Het principe van de soevereiniteit van het parlement betekent: (a) dat het parlement volgens de Engelse constitutie het recht heeft om elke wet te maken of naar believen af te schaffen ('the right to make or unmake any law whatever'); (b) dat geen enkel persoon of orgaan volgens het Engelse recht het recht heeft wetgeving die door het parlement is gemaakt af te schaffen.

Dicey geeft ook een formulering van de doctrine van de soevereiniteit waaruit de verhouding tot de rechterlijke macht blijkt: iedere daad van wetgeving van het parlement zal door de rechters worden gehoorzaamd.<sup>35</sup>

Dat Dicey in zijn opvattingen beïnvloed is door de traditie van Bentham en Austin geeft hij overigens onomwonden toe. Alle bezwaren die tegen de leer van de soevereiniteit van het parlement kunnen worden aangevoerd zijn al overtuigend weerlegd door Austin en door Holland,<sup>36</sup> meent Dicey.

We hebben echter hiervoor gezien dat tegenover de traditie van onbegrensde soevereiniteit van Bentham een ander perspectief tot ontwikkeling kwam. Het is de traditie van Burke die de politiek die door George III en zijn ministers ten opzichte van Amerika werd gevoerd afwees. De 'very source of govern-

onderkennen is dat Bentham beperkingen van de soevereine macht 'mischievous and absurd' noemde, terwijl Austin ze 'inconceivable' achtte, een verschil tussen een praktische verwerpelijkheid en logische ondenkbaarheid. Het resultaat is echter hetzelfde: men wijst die beperkingen af. Vgl. H.L.A. Hart, 'Sovereignty and Legally Limited Government', in: *Essays on Bentham*, Studies in Jurisprudence and Political Theory, Clarendon Press, Oxford 1982, pp. 220-243.

34. Dicey, A.V., *Introduction to the law of the constitution*, tenth edition, with introduction by E.C.S. Wade, Macmillan Education, London 1987 (1885), p. 70. Vgl. tevens: Hartley, T.C., en Griffith, J.A.G., *Government and the Law, An Introduction to the Working of the Constitution in Britain*, Second Edition, Weidenfeld and Nicolson, London 1981 (1975), p. 9. Vgl. over Dicey tevens: Craig, P.P., *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*, Clarendon Press, Oxford 1990, p. 12 e.v. en verschillende artikelen in het speciale nummer over soevereiniteit van *Theoretische Geschiedenis*, december 1991.

35. Dicey, *An Introduction*, p. 40.

36. Sir (Thomas) Erskine Holland (1835-1926) schreef *Elements of Jurisprudence* (1880), een invloedrijk handboek waarin het perspectief van Austin tot uitgangspunt werd genomen.

ment' wordt vergiftigd, aldus Burke, wanneer men uitgaat van de 'unlimited and illimitable nature of supreme sovereignty'. En voor Burke en diegenen die zichzelf plaatsen in de traditie van limited government is daarom met het dominant worden van de gedachte van onbeperkte wetgevingsmacht de cultuur van de vrijheid in Engeland verloren gegaan en heeft deze de wijk genomen naar de (voormalige) kolonieën.<sup>37</sup>

### 3. De derde fase in de ontwikkeling van mensenrechten

#### 3.1. Eerste aspect van de derde fase: *Mensenrechten als cultuurrecht*

Voor een uitwerking van dit perspectief zouden we aansluiting kunnen zoeken bij auteurs als Friedrich Hayek en Chaïm Perelman en anderen die, zonder te vervallen in de fouten van de klassieke natuurrechtsdenkers, niettemin menen dat het mogelijk is het skepticisme ten aanzien van de normatieve grondslag van het recht te vermijden. Perelman heeft gesproken over de wenselijkheid van een 'meer bescheiden' natuurrechtelijk denken.

Dit 'meer bescheiden' natuurrechtelijke denken heeft zich niet alleen doorgezet in de theorievorming, schrijft Perelman, maar ook in de rechtspraak.<sup>38</sup> Na de Tweede Wereldoorlog en na het proces van Neurenberg doen de rechtbanken steeds vaker een beroep op algemene rechtsbeginselen die gemeenschappelijk zijn voor alle beschaafde volkeren.<sup>39</sup> Als voorbeelden van dat soort beginselen noemt hij het *legaliteitsbeginsel* (geen feit is strafbaar zonder een daaraan voorafgaande wet) en het *beginsel van hoor een wederhoor*. Bij deze beginselen gaat het niet om een willekeurige schepping, ook niet om een eenvoudige vaststelling, maar om een tussensituatie.

Wat denkers als Perelman en Hayek (waarbij vooral de laatste Burkiaans geïnspireerd is) naar voren schuiven als de normatieve grondslag van het recht zijn wat we zouden noemen *rechtsbeginselen*, *grondrechten* en *mensenrechten*. Dat het hierbij niet gaat om 'natuurrecht' met een absolute gelding is duidelijk. Het gaat om een normatieve consensus over basiswaarden van de westerse rechtsstaten, een consensus die tot op zekere hoogte plaats- en tijdgebonden is. Kenmerkend voor rechtsbeginselen, grondrechten en mensenrechten is echter dat het gaat om recht met een groter normatief appel dan de willekeurige wetgeving van alle dag. Bijvoorbeeld van het bovengenoemde *legaliteitsbegin-*

37. Vgl. Bailyn, Bernard, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1967. Vgl. over de invloed van Burke op de founding fathers: Kirk, Russell, *The Conservative Constitution, Regnery Gateway*, Washington D.C. 1990.

38. Vgl. hierover: Abraham, Henry J., *The judicial process*, An introductory analysis of the courts of the United States, England and France, Fifth edition, Oxford University Press, New York Oxford 1986 (eerste druk 1962), p. 7 en D'Entrèves, A.P., *Natural law*, An introduction to legal philosophy, Hutchinson's University Library, London 1951, p. 96.

39. Perelman, Chaïm, *Juridische logica als leer van de argumentatie*, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, Antwerpen/Amsterdam z.j., p. 113.

*sel* en het beginsel van *hoor en wederhoor* zou men kunnen zeggen dat deze beginselen de status van 'natuurrecht' dicht naderen.

Om oude associaties met het begrip natuurrecht te vermijden en duidelijk te maken dat het om iets anders gaat dan het rationalistische natuurrechts- en mensenrechtendenken dat door Burke en Bentham bekritiseerd werd, zou men wellicht beter kunnen spreken van een 'cultuurrecht'. Cultuurrecht is dan het geheel van rechtsbeginselen, grondrechten en mensenrechten waarover men in de westerse samenleving een zekere mate van consensus heeft bereikt.

De Tweede Wereldoorlog brengt de mensenrechten weer in het centrum van de belangstelling. De Nazi-wreedheden tegen de mensheid veroorzaken een heftige reactie in de rest van de wereld. Churchill en Roosevelt zijn in 1942 van mening dat een volledige overwinning van de vijand nodig is voor het garanderen van een fatsoenlijk leven, voor de garantie van vrijheid en onafhankelijkheid, en voor de bescherming van de mensenrechten in hun eigen land en in de rest van de wereld.<sup>40</sup> De Nazi-leiders worden in Neurenberg veroordeeld wegens hun misdaden tegen de mensheid, waarbij de rechters hun veroordeling baseren op een grove schending van fundamentele rechtsbeginselen en mensenrechten. Na de oorlog wijden de Verenigde Naties zich aan het herstel van het geloof in de mensenrechten, in de menselijke waardigheid en in gelijke rechten voor alle mensen. Daartoe wordt in 1948 de *Universele Verklaring van de Rechten van de Mens* opgesteld.

De nieuwe belangstelling voor hoger recht manifesteert zich ook in een constitutionalistisch streven. Constitutionalisme, schrijft Friedrich, heeft het meest aangeslagen in landen waar totalitarisme tijdelijk aanhang heeft gevonden.<sup>41</sup> De bedoeling van het naoorlogse constitutionalisme was het onmogelijk te maken dat een land eens opnieuw in de totalitaire barbarij zou verzinken. Men ging gewone wetgeving onderscheiden van constitutionele wetgeving en maakte de laatste moeilijker te wijzigen dan de eerste.

### 3.2. *Tweede aspect van de derde fase: Rechterlijk toetsingsrecht als voltooiing van de mensenrechtenidee*

#### 3.2.1. *Toetsing in Engeland*

We zullen nu aandacht besteden aan een tweede aspect van de derde fase van de ontwikkeling van mensenrechten: de effectuering daarvan door de rechterlij-

40. Wild, Richard, 'Human Rights in Retrospect', in K.J. Keith (ed.), in: *Essays on Human Rights*, Sweet and Maxwell, Wellington 1968, p. 4.

41. Friedrich, C.J., *Limited government*, a comparison, Prentice-Hall, Inc., Englewood Cliffs, New Jersey 1974, p. 5 en Rosenthal, Albert J., 'Afterword', in: *Constitutionalism and Rights, The Influence of the US Constitution Abroad*, ed. Louis Henkin and Albert J. Rosenthal, Columbia University Press, New York 1990, pp. 397-403 en Richards, David A.J., *Foundations of American Constitutionalism*, Oxford University Press, New York 1989.

ke macht. In de woorden van Cappelletti: 'Through modern constitutionalism, in short, natural law, put on an historical and realistic footing, has found a new place in legal thought'.<sup>42</sup> De moderne constituties zijn een positivering van hogere waarden en rechterlijke toetsing is een methode om deze waarden ook werkelijk effectief te maken.<sup>43</sup> Op dit punt hebben zich de meest spectaculaire ontwikkelingen voorgedaan in de achttiende eeuw na een herleving van het achttiende eeuwse constitutionalisme in de twintigste eeuw, met name na de Tweede Wereldoorlog. Maar ook hiervoor geldt natuurlijk weer dat in de geschiedenis van het constitutionele denken verschillende sporen zijn te vinden van een 'toetsingsvriendelijke' stemming die verder teruggaan dan de achttiende eeuw.

Zelfs in Engeland, tot voor kort het grote voorbeeld van een systeem dat geen behoefte voelde aan een rechterlijke controle op de naleving van het fundamentele recht,<sup>44</sup> vinden we sporen van een toetsingsvriendelijk denken. Opvallend is dat men daarmee weer terugkeert naar de grote voorvechter van het toetsingsrecht uit de Engelse constitutionele geschiedenis: de legendarische rechter Sir Edward Coke.<sup>45</sup>

Tegenwoordig associëren we constitutionele toetsing vooral met toetsing aan een geschreven constitutie. Dat was echter niet altijd het geval, zoals de Engelse geschiedenis leert. Coke bepleitte een toetsing aan ongeschreven constitutionele beginselen.

Coke was niet alleen een zeer bekwaam rechter, maar ook een scherp waarnemer van de politiek die aanvoelde dat in zijn tijd er een conflict zou ontstaan tussen kroon en parlement. Hij geloofde eigenlijk al in dezelfde oplossing die Marshall twee eeuwen na hem zou voorstellen: 'The solution which Coke found was in the idea of a fundamental law which limited Crown and Parliament indifferently'.<sup>46</sup> Maar wat was dat voor recht? Wat Coke ervan zegt is dat het bij dat recht zou gaan om 'reason'.

In de zogenaamde Dr. Bonham's Case kreeg Coke een gelegenheid om zijn opvattingen uit te werken en te toetsen aan de praktijk. De Bonham's Case is een van de meest spectaculaire gevallen uit de Engelse constitutionele geschie-

42. Cappelletti, Mauro, *Judicial review in the contemporary world*, The Bobbs-Merrill Company, inc., Indianapolis 1971, p. viii.

43. Cappelletti, *Judicial review*, p. x.

44. Vooral Ronald Dworkin en Lord Scarman hebben zich krachtig verzet tegen de Engelse traditie die toetsing verbiedt. Vgl. Dworkin, Ronald, *A Bill of Rights for Britain*, Chatto & Windus, London 1990; Scarman, Leslie, *English Law - The New Dimension*, Stevens & Sons, London 1974.

45. Ook Blackstone wordt wel genoemd als een voorstander van het toetsingsrecht, maar dat is - hoewel sommige Amerikaanse auteurs inspiratie bij hem vonden - veel twijfelachtiger. Vgl. over diens tweeslachtige houding: Barker, Ernest, 'Blackstone on the British Constitution', in: *Essays on Government*, Oxford at the Clarendon Press, Oxford 1965 (1945), pp. 120-154. Vgl. over Blackstone en Coke en de tegenstelling tot de traditie van Bentham ook: Postema, Gerald J., *Bentham and the common law tradition*, Clarendon Press, Oxford 1989 (1986).

46. Plucknett, Theodore F.T., 'Bonham's Case and Judicial Review', in: *Harvard Law Review*, Vol. 40 (1926-1927), p. 31.

denis, omdat daarin de rechter het toetsingsrecht aan zich trekt, precies zoals later zal gebeuren door Marshall in *Marbury versus Madison*. Coke zou hierdoor echter in een groot conflict komen met de naar absolute macht strevende koning James I.

Aanleiding tot het conflict was het volgende. In april van het jaar 1606 werd Thomas Bonham aangezegd dat hij voor het Royal College of Physicians diende te verschijnen, omdat hij zonder toestemming van het College de geneeskunst zou hebben uitgeoefend. Weliswaar had Dr. Bonham dat gedaan, maar hij achtte zich tot een dergelijke uitoefening volkomen gerechtigd. Hij stelde dat hij een doctor in de geneeskunde was van de universiteit van Cambridge en dat het Royal College derhalve geen jurisdictie over hem had. Vervolgens nam het College de beslissing Bonham gevangen te laten nemen. Daarop stelde Bonham echter weer een actie in op grond van ongegronde in hechtenis neming tegen de leidende leden van het College.

Deze laatsten verweerden zich - en daarmee zijn we aan het relevante punt gekomen voor de toetsingskwestie - met de stelling dat zij van Hendrik VIII het patent hadden gekregen om in Londen praktiserende geneesheren te beboeten die niet de toestemming zouden hebben gekregen van het Royal College om het ambt van geneeskundige uit te oefenen. De bevoegdheid van het College was dus gebaseerd op een wet.

Van de boete zou de ene helft naar het College gaan, de andere helft naar de koning.

Coke concentreerde zich in zijn beoordeling van de zaak op twee dingen: in de eerste plaats stelde hij dat het College geen bevoegdheden had tegenover diegenen die het ambt van geneeskundige zonder hun toestemming uitoefenden; als tweede bracht Coke naar voren dat het College, zelfs wanneer het die bevoegdheid *wel* zouden hebben, deze niet op de juiste wijze had uitgeoefend.

Ter ondersteuning van zijn stellingen voert Coke vijf argumenten aan, waarvan het vierde zeer bekend is geworden. Coke stelt daarin dat aangezien het College de helft van alle boetes opstrijkt het College *niet alleen de rechtspreekende partij is, maar ook belanghebbende*. Het is echter een 'established maxim of the common law that no man can be judge in his own case'.

And it appears in our books that in many cases the common law will control acts of parliament and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an act of parliament is against common right or reason or will repugnant or impossible to be performed, the common law will control it and adjudge such act to be void.<sup>47</sup>

Het zijn woorden, aldus Plucknett, die zowel voor de kroon als het parlement een provocatie inhielden en die controverses hebben opgeroepen tot aan onze eigen tijd toe.

47. Plucknett, 'Bonham's Case and Judicial Review', p. 34.

Coke werd in 1613 van King's Bench verwijderd en dat was slechts het begin van verdere beperkende maatregelen. In 1616 werd hij van zijn ambt ontheven en werd hem aangezegd dat hij zijn *Reports* zou moeten herzien. In oktober van hetzelfde jaar kreeg Coke door de Koning vijf vragen voorgelegd, waarbij de vierde betrekking had op de stelling van Coke in de Bonham's Case (waarschijnlijk op suggestie van Francis Bacon, zijn grote rivaal)<sup>48</sup> dat de common law 'acts of Parliament' moest controleren. Het antwoord van Coke is bewaard gebleven en toont aan dat Coke niet alleen overtuigd was van de juistheid van zijn opvattingen, maar ook van de historische basis daarvan. Hij schrijft dat zijn theorieën niets nieuws bevatten en vervolgens citeert hij de gewraakte passage met daarbij de middeleeuwse precedents. Coke heeft altijd geweigerd iets terug te nemen van zijn stellingen 'repeating the offending passages word by word as he first wrote them', aldus Plucknett.<sup>49</sup>

Ten aanzien van de historische betekenis van het oordeel van de Bonham's Case merkt Plucknett op dat in 1688 met de Glorious Revolution de gedachte van het hogere recht werd verlaten. Het probleem met de common law als een middel om de macht van de koning te breidelen was dat de koning alles te winnen had door een verwijzing naar de common law. Immers het prerogatief waarop hij zich beriep was deel van de common law. Zelfs de voorstanders van Coke's visie konden niet anders dan erkennen dat de soevereiniteit van het parlement een aantrekkelijker perspectief leek te bieden dan een geloof in de common law waarvan het prerogatief van de koning deel uitmaakte.

De gedachte dat alle macht, ook die van de wetgever, beperkt zou moeten worden door fundamentele principes van de common law ging echter niet verloren in de Angelsaksische wereld, maar werd overgenomen door de Amerikanen. Toen James Otis, Sam Adams en Patrick Henry in 1767 hoorden dat het Britse parlement de 'parliamentary sovereignty' aanvaardde als onbeperkt en niet te beperken, beschouwden zij dit als een schending van de beginselen van de Magna Charta en alle constitutionele principes waarvoor hun voorouders hadden gevochten. De Amerikaanse revolutionairen werden sterk geïnspireerd door de traditionele opvattingen over de vrijheden van de Engelsen en Burke had dan ook volkomen gelijk toen hij schreef dat de kolonisten niet alleen voor *vrijheid* waren, maar voor *vrijheid volgens de Engelse ideeën en beginselen*.<sup>50</sup> In *An Appeal from the New to the Old Whigs* (1791) schreef Burke dat de Amerikanen ten tijde van de revolutie in dezelfde relatie tot Engeland stonden

48. Vgl. Kocher, Paul, 'Francis Bacon and the Science of Jurisprudence', in: *Journal of the History of Ideas*, Vol. XVIII (1957), pp. 3-26 en voor een verdere ontwikkelingen van deze traditie: Yale, D.E.C., 'Hobbes and Hale on Law, Legislation and The Sovereign', in: *Cambridge Law Journal*, 31 (1), April 1972, pp. 121-156.

49. Plucknett, 'Bonham's Case and Judicial Review', p. 51.

50. Vgl. Berger, Raoul, 'Doctor Bonham's Case: Statutory Construction or Constitutional Theory?', in: *University of Pennsylvania Law Review*, February 1969, Vol. 117, No.4, pp. 521-545 en Hayek, F.A., *The Constitution of Liberty*, Routledge and Kegan Paul, London and Henley 1976 (1960), p. 177.

als Engeland in 1688 stond tegenover King James the Second.<sup>51</sup> Zij konden zich in feite beroepen op de principes van de Whig-revolutie van 1688, principes die na de overwinning van Parliamtent op de conceptie dat alle macht moet worden beperkt door hoger recht, verloren waren gegaan. Dit dreigt men te vergeten wanneer men alleen maar benadrukt dat de Amerikanen ontevreden waren over het feit dat zij niet vertegenwoordigd waren in het Britse parlement, schrijft Hayek.

### 3.2.2. *Toetsing in de Verenigde Staten*

#### *De Founding Fathers*

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

De founding fathers waren intellectuele afstammelingen van het Engels republicanisme en daarom tegen willekeurige heerschappij en voor soevereiniteit van het volk. Zij vreesden niet alleen de democratie, maar ook extreem rechts, zoals Hofstadter zegt in zijn beeldende beschrijving van de idealen van de founding fathers.<sup>52</sup> De jurist James Wilson, later lid van het Supreme Court in Washington, zei dat de macht uiteindelijk bij het volk zou moeten liggen en de fathers accepteerden dat.

Enerzijds was de massa dus turbulent en gevaarlijk, anderzijds kon men zich niet voorstellen dat er een andere legitimatie voor een regering zou kunnen worden gevonden dan volkssoevereiniteit. Wat kon men in een dergelijke situatie doen? Eén ding was voor hen uitgesloten, namelijk dat men zou proberen om de menselijke natuur te veranderen. De mens is wat hij is en kan niet veranderd worden. Wat de founding fathers daarom deden is 'checking vice with vice'. Madison gaf dat tamelijk pessimistische denkbeeld op een indrukwekkende manier gestalte in de Federalist no. 51 waar hij schrijft:

Ambition must be made to counteract ambition (..) It may be a reflection on human nature that such devices should be necessary to control the abuses of government. But what is government itself, but the greatest of all reflections on human nature? If men were angels, no government would be necessary (..). In framing government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this; you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself.<sup>53</sup>

51. Hayek, *The Constitution of Liberty*, p. 470.

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

53. Madison, James, Hamilton, Alexander, and, Jay, John, *The Federalist Papers*, edited by Isaac

Vanuit een 'humanistisch' gezichtspunt bekeken is dat allemaal nogal vreemd, merkt Hofstadter op. De founding fathers hadden een pessimistische mensbeschouwing. Zij zagen de mens als een wezen dat wordt geleid door eigenbelang en toch wilden zij dat hij vrij was. Zij hadden een Hobbesiaans mensbeeld, maar probeerden de oorlog van allen tegen allen te stabiliseren en deze daardoor minder desastreus te maken.

Dit laatste is ook de kern van de Burkiaanse traditie. Terecht heeft men altijd gewezen op het pessimistische mensbeeld van Burke en anderen die zich in zijn voetspoor begaven. Maar men dient nooit over het hoofd te zien dat dan weliswaar het individu niet veel vermag, maar dat de soort heel wat tot stand kan brengen. De gecultiveerde mens kan projecten voltooien, zaken tot stand brengen die het individuele vermogen verre overstijgen. Ook bij de founding fathers vinden we dit besef.<sup>54</sup> Terecht laat Judith Shklar zien hoe Madison en Hamilton zich veel moeite getroostten om aannemelijk te maken dat de Amerikaanse constitutie niet door één persoon gemaakt was, maar deze als een product van samenwerking moest worden gezien. Juist omdat hun constitutie niet het product was van één wijze wetgever, zoals Lycurgus, zou deze superieur zijn aan de constituties uit de oudheid.<sup>55</sup>

### *Marshall*

Hoezeer ook de toekenning van een rechterlijk toetsingsrecht in de filosofie van de founding fathers zou passen, 'judicial review' werd niet geregeld in de Amerikaanse grondwet. Pas in 1803, in *Marbury v. Madison*, werd het via rechterlijke interventie geïntroduceerd.<sup>56</sup> Van groot belang is de legendarische figuur van John Marshall, Chief Justice in het Hooggerechtshof.

Het is aardig om te zien hoe het Supreme Court aanvankelijk weinig voorstelde. Men vergaderde slechts een paar weken per jaar en in de eerste drie jaar van haar bestaan waren er geen zaken die om een beslissing vroegen. Het prestige was dan ook laag. Alexander Hamilton en Patrick Henry die voor een benoeming werden benaderd sloegen de uitnodiging af.<sup>57</sup> Pas onder de leiding van Marshall ontwikkelde het hof zich tot een belangrijk politiek instituut.

De theoretische grondslag van judicial review kan men echter vinden in de Onafhankelijkheidsverklaring die in feite een proclamatie van de gedachte van het hogere recht is:

We hold these Truths to be self-evident, that all Men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty, and the Pursuit of Happiness. - That to secure

Kramnick, Penguin Books, Harmondsworth 1987, p. 319.

54. Interessante beschouwingen hierover vindt men bij: Kronman, Anthony T., 'Precedent and Tradition', in: *The Yale Law Journal*, Vol. 99 (1990), pp. 1029-1068.

55. Shklar, Judith N., 'The Federalist as Myth', in: *The Yale Law Journal*, Vol. 90 (1981), p. 943.

56. 1 Cranch 137 (1803).

57. Melone, Albert P., and Mace, George, *Judicial Review and American Democracy*, Iowa State University Press/Ames 1988, p. 9.

these Rights, Governments are instituted among Men, deriving their just Powers from the Consent of the Governed, - That whenever any Form of Government becomes destructive to these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness<sup>58</sup>

Op de naturrechtelijke inspiratie van een dergelijk denken is herhaaldelijk gewezen. 'Our judicial, executive, and legislative branches all were grounded in a belief that they were bound by the authority of a clear and universally acceptable natural law, revealed by man's reason and always and everywhere the same', schrijft Robert Jackson.<sup>59</sup>

Lange tijd is de heersende mening geweest dat pas met *Marbury v. Madison* de naturrechtelijke inslag van het Amerikaanse constitutionele denken naar voren is gekomen, maar recente commentatoren accentueren terecht dat dit standaardarrest van het Amerikaanse Hooggerechtshof veel minder een breuk met de traditie vormde dan men heeft doen voorkomen.<sup>60</sup>

Enig inzicht in de historisch-politieke context waarin de uitspraak gedaan werd is in dit geval van groot belang. Vanaf 1789 waren de federalisten aan de macht geweest, maar bij de verkiezingen van 1800 behaalden de republikeinen onder aanvoering van Jefferson de overwinning. Bij de republikeinen ging het om gewone lieden die zich verzetten tegen de meer aristocratische federalisten. De federalisten probeerden om in de enkele weken waarin zij nog aan de macht waren zoveel mogelijk rechters te benoemen en daarmee hun invloed voor de komende jaren veilig te stellen. Zelfs wanneer de nieuwe president geen federalist zou zijn of de meerderheid in het Congres uit republikeinen zou bestaan, dan nog zou de federale politiek invloed kunnen hebben via de rechterlijke macht. De republikeinen probeerden deze benoemingen van het laatste moment zoveel mogelijk te blokkeren. Het volgende probleem deed zich voor. Het bewind van de federalisten zou op 3 maart 1801 ten einde lopen. De scheidende president John Adams had echter op 2 maart nog enkele tientallen

58. Citaat in: Brinton, Crane, *The portable age of reason reader*, edited, and with an introduction by Crane Brinton, The Viking Press, New York 1975 (1956), p. 195. Over de relatie naturrecht en het Amerikaanse constitutionele denken zijn nog steeds interessant de beschouwingen van: Corwin, Edward S., *The 'Higher Law' background of American constitutional law*, Great Seal Books, Cornell University Press, Ithaca, New York 1955.

59. Jackson, Robert H., *The Supreme Court in the American System of Government*, Harvard University Press, Cambridge 1967, p. 3. Vgl. tevens: Berman, Harold J., 'Philosophical aspects of American Law', in: *Talks on American Law*, revised edition, Voice of America, Forum Lectures 1972, p. 321 en Learned Hand, *The Bill of Rights*, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1958, p. 2.

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

- (3) 'If they do afford him a remedy, is it a mandamus issuing from this court?'  
Die vraag werd door Marshall ontkennend beantwoord.

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

Dit vormde de achtergrond van een van de meest spraakmakende pleidooien voor het rechterlijk toetsingsrecht die sinds Lord Coke zijn gehouden. Marshall en Coke hebben gemeen dat zij de gedachte van het hogere recht en toetsing op elkaar betrekken, maar bij Marshall komt daar nog bij dat hij beargumenteert dat met name een *geschreven* constitutie die de *macht van de wetgever aan banden legt* toetsing impliceert.

Marshall zei:

The powers of the legislature are defined, and limited; and that those limits may not be mistaken, or forgotten, the constitution is written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may, at any time, be passed by those intended to be restrained? The distinction, between government with limited and unlimited powers, is abolished, if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed, are of equal obligation. It is a proposition too plain to be contested, that the constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by any ordinary act.<sup>62</sup>

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

De logische opbouw van de redenering van Marshall heeft veel indruk gemaakt.<sup>63</sup> Het argumentatieve talent van Marshall is dan ook zeer bekend (en

62. 1 Cranch 137 (1803), p. 8.

63. Vgl. hierover White, G. Edward, *The American Judicial Tradition, Profiles of Leading*

bij sommigen berucht) geworden.<sup>64</sup> Voorstanders van het toetsingsrecht hebben daarom wel gezegd dat Marshall een logisch sluitende redenering heeft gepresenteerd waarom toetsing en het idee van hoger recht noodzakelijk met elkaar samenhangen. Daarmee hebben de voorstanders van het toetsingsrecht hun zaak misschien geen goede dienst bewezen, want met logische noodzakelijkheid iets bewijzen kan men namelijk zelden in de rechtswetenschap. Charles Black debiteert alleen maar een gemeenplaats wanneer hij over Marshall schrijft: 'He set out (...) to perform a neat geometrical demonstration of the logical necessity of judicial review, and he failed'.<sup>65</sup> Black zou veel kunnen leren van Aristoteles en van Burke. Over staatkunde schrijvend merkt Aristoteles op: 'Onze uiteenzetting zal voldoen, indien zij zoveel klaarheid gebracht heeft als met betrekking tot de onderhavige stof mogelijk is. Men mag immers in alle verhandelingen niet eenzelfde exactheid eisen, evenmin als men dit op het gebied van het handwerk doet'.<sup>66</sup>

Deze passage heeft inspirerend gewerkt voor allerlei denkers, onder andere Edmund Burke, die het natuurwetenschappelijk kennisideaal ontoereikend achten voor de sociale en politieke wetenschappen.<sup>67</sup>

Dat betekent natuurlijk niet dat we in de sociale en politieke wetenschappen genoeg en mogen nemen met slordige redeneringen, maar wel dat we geen overspannen verwachtingen moeten hebben. We moeten ons bescheidener opstellen. Men kan de vraag opwerpen of Marshall wellicht heeft *aannemelijk gemaakt* dat het toetsingsrecht een voor de hand liggende conclusie is die men aan de gedachte van het hogere recht kan verbinden.<sup>68</sup> Zo gesteld lijkt het niet onverantwoord om deze vraag bevestigend te beantwoorden.

American Judges, Expanded Edition, Oxford University Press, New York/Oxford 1988 (1976), p. 23.

64. Jefferson zei eens tegen Judge Story: 'When conversing with Marshall, I never admit anything, so sure as you admit any position to be good, no matter how remote the conclusion he seeks to establish, you are gone. So great is his sophistry you must never give him an affirmative answer or you will be forced to grant his conclusion. Why, if he were to ask me if it were daylight or not, I'd reply, "Sir, I don't know, I can't tell"'. Vgl. Melone en Mace, *Judicial review and American democracy*, p. 38.
65. Black, Charles, L., *The People and the Court*, 1960, p. 27.
66. Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, vertaald en ingeleid door Lr. R.W. Thuijs O.P., De Nederlandse Boekhandel, Antwerpen 1954, p. 3 e.v. (1095b).
67. Vgl. wat Burke over Aristoteles schrijft. Aristoteles zou ons geleerd hebben: 'geometrical accuracy in moral arguments' is de meest 'fallacious of all sophistry'. Citaat en commentaar bij Waldron, *Nonsense upon stilts*, p. 175.
68. Vaak hoort men tegenwerpen dat de gedachte van het hogere recht nog geen *rechterlijke* toetsing impliceert, immers ook de wetgever kan een dergelijke toetsing verrichten. Reeds Kranenburg heeft erop gewezen dat hierop valt te repliceren dat strijdigheid van een wet met de grondwet alleen aan het concrete geval kan worden gevoeld. Met name denkers die altijd de nadruk hebben gelegd op de beperkte mogelijkheden van de mens om de werkelijkheid te kennen (Hayek, Hume, Popper, Burke enzovoort) zullen voor dit argument ontvankelijk zijn. Vgl. over dit punt: Cliteur, P.B., *Constitutionele toetsing*, Geschrift 74 van de Prof. mr. B.M. Teldersstichting, Den Haag 1991, p. 172/173 en 83.

#### 4. The story of modern constitutionalism

'American constitutionalism', schrijft Friedrich, 'though fundamentally derived from the British constitutional tradition, is in many ways its dialectical antithesis'.<sup>69</sup> En verder: 'the story of modern constitutionalism may in many ways be depicted as a great debate between the American and the British principles'.

We hebben geprobeerd om in deze bijdrage de grote lijnen van dit debat over het voetlicht te brengen en aan te geven hoe de relatie met het denken over mensenrechten ligt. Bij mensenrechten gaat het in feite om beperkingen op de macht van de staat. Het denken over die beperkingen heeft een bepaalde ontwikkeling doorgemaakt. Zocht men die beperkingen aanvankelijk in het ongeschreven natuurrecht,<sup>70</sup> later ging men deze beperkingen codificeren en weer later verbond men aan het bestaan van die gecodificeerde beperkingen van de macht van de wetgever de consequentie dat de rechter zou moeten toezien op de naleving.

Op de mensenrechtentraditie is ook kritiek naar voren gebracht. Allereerst de kritiek van Burke. Deze heeft echter - althans dat is de lijn van ons betoog - in een bepaald opzicht de mensenrechtentraditie eerder versterkt dan verzwakt, doordat de geuite kritiek kon worden geïncorporeerd in de mensenrechtentraditie. Als tweede is er de kritiek van Bentham, waarvoor geldt dat deze zich nog altijd antithetisch verhoudt ten opzichte van de mensenrechtentraditie. Nieuwe vertegenwoordigers van het standpunt van Bentham zijn naar voren gekomen, maar ook pleitbezorgers van de mensenrechten en van de fundamentele waarden die aan elk rechtssysteem ten grondslag zouden liggen, zoals de Amerikaanse rechtsfilosoof Dworkin. Hoe de 'story of modern constitutionalism' zich verder zal ontwikkelen is natuurlijk niet gemakkelijk te voorspellen. Wij hebben gezien dat in Engeland de doctrine van de Sovereignty of Parliament steeds sterker onder druk komt te staan. De Amerikanen konden indertijd de verklaringen van de Franse revolutionairen, evenals de mensenrechtenlijsten die in de Russische grondwet waren opgenomen, afdoen als 'just declarations'.<sup>71</sup> Ongeveer anderhalve eeuw heeft men in het Verenigd Koninkrijk vastgehouden aan het model van de ongebreidelde wetgevingsmacht van Austin en Dicey, maar dit vertrouwen in de wetgever is in de laatste decennia steeds verder onder druk komen te staan.<sup>72</sup>

69. Friedrich, Carl J., *The Impact of American Constitutionalism Abroad*, Boston University Press, Boston, Massachusetts 1967, p. 12.

70. Vgl. hierover: Babbitt, Irving, *Democracy and Leadership*, Liberty Classics, Indianapolis 1979 (1924).

71. Friedrich, *The Impact of American Constitutionalism Abroad*, p. 78.

72. Vgl. Ewing, K.D., en Gearty, K.D., *Freedom under Thatcher*, Civil Liberties in Modern Britain, Clarendon Press, Oxford 1990.