



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Steeds maar nieuwe rechten. Over de schaduwzijden van een wijdverbreide praktijk

Cliteur, P.B.

Citation

Cliteur, P. B. (2000). Steeds maar nieuwe rechten. Over de schaduwzijden van een wijdverbreide praktijk. *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie*, 29, 20-32. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/20014>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/20014>

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

Steeds maar nieuwe rechten. over de schaduwzijden van een wijdverbreide praktijk¹

P.B. Cliteur

Enkele weken geleden werd ik gebeld door de voorzitter van onze vereniging met het verzoek een coreferaat te houden bij het preadvies van Mark Bovens over informatierechten. Ik heb toen geantwoord dat ik niets weet van informatierechten, maar dat ik wel het preadvies zou kunnen doorlezen op de vraag of enkele algemene kanttekeningen zijn te maken bij het betoog. Ik heb dat – met genoegen – gedaan en constateerde dat Bovens een pleidooi houdt voor het opnemen van een nieuw recht in de grondwet. De meest voor de hand liggende kritiek is dat zoiets geen zin heeft. Wij hebben immers in art. 120 Gw een toetsingsverbod dat aangeeft dat rechters wetten niet mogen toetsen aan de grondwet. Onze grondwettelijke grondrechten hebben derhalve de status van niet-gesanctioneerde aanbevelingen aan de wetgever. En waarom zou je zo'n aanbeveling in de grondwet zetten? Dan kan je net zo goed (en eigenlijk beter) via de politieke kanalen vragen aan de wetgever om iets te regelen.² Je zou dan ook met enige regelmaat kunnen informeren in hoeverre de regering vorderingen heeft gemaakt met haar eventuele toezegging. Maar dan zou mijn kritiek wel heel snel gegeven zijn. Bovendien zou Bovens zijn pleidooi in die zin kunnen amenderen door te stellen dat hij een pleidooi wil houden voor verandering van het EVRM of een ander verdrag met ieder verbindende bepalingen. Laat ik daarom een andere weg proberen, namelijk iets zeggen over wat ik maar enigszins theatraal zal noemen de 'politieke wereldbeschouwing' die ik meen in het preadvies te herkennen. Ik doe daarmee beslist geen recht aan de rijkdom aan onderwerpen die het preadvies behandelt, maar niettemin heb ik wel de pretentie iets te zeggen dat de kern raakt, of liever: de onuitgesproken premissen van het gehele betoog.

Laat ik beginnen met wat in occulte kringen 'synchroniciteit' wordt genoemd. Op 6 november 1999 kreeg ik het mooie preadvies dat vandaag centraal staat met de post toegestuurd. Diezelfde dag viel ook de ochtendkrant op de deurmat, een meer alledaagse gebeurtenis. Maar in de krant – het gaat om het dagblad *Trouw* – stond deze keer een bericht dat in zekere zin samenhangt met het te bespreken onderwerp van vandaag. De journalist Marcel ten Hooven doet daarin verslag van de opvattingen van het VVD-kamerlid Niederer.³ Niederer belijdt in het stuk zijn opvattingen over het belang van mobiliteit. Mobiliteit is 'een van de cementlagen

1. Coreferaat bij: M.A.P. Bovens, *Informatierechten*, Preadvies voor de Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht, in: R&R 1999/3, p. 102-124.

2. Opperrechter Marshall achtte het 'too plain to be contested' dat een grondwet die geen rechterlijke sanctie zou kennen van nul en generlei waarde was. Dat gaat wat ver, maar er zit iets in. Vgl. Clinton, Robert L., "Precedent as Mythology: A Reinterpretation of *Marbury v. Madison*", in: *The American Journal of Jurisprudence*, 1990, p. 55-86 en Prakke, Lucas, *Toetsing in het publiekrecht*, Van Gorcum & Comp. N.V., Assen 1972, p. 96.

3. Hooven, Marcel ten, 'VVD geeft auto politiek-filosofische lading', in: *Trouw*, 6 november 1999.

van de samenleving', zegt hij. Het is fundamenteel voor ons bestaan en voor ons welbevinden. Niet alleen voor de economie en de welvaart, nee mobiliteit is werkelijk van fundamenteel belang.

Nu vervult ten aanzien van die mobiliteit één vervoersmiddel een sleutelrol (u voelt het al aankomen), namelijk het automobiel. Voor driekwart van alle kilometers in Nederland kiezen mensen de auto. Daarmee geven ze aan, zegt Niederer, dat de auto het belangrijkste vervoermiddel is.

Naar zijn oordeel moet de auto dan ook 'ruim baan' krijgen. Gebeurt dat niet, dan zullen mensen hun toevlucht zoeken in virtuele mobiliteit, via internet en via de telefoon. Nu mag dat wel, zegt hij coulant, maar 'het mag niet te veel ten koste gaan van de fysieke mobiliteit, als middel om elkaar écht te zien'.

Hier, in deze zaal, gevuld met academisch gevormde rechtsfilosofen, zal – naar ik verwacht – Niederer niet veel handen op elkaar krijgen. Bij de intelligentsia van de universiteiten is het niet echt reçu de zegeningen van de auto te bezingen of een klaagzang aan te heffen over een tekort aan parkeergarages en een overmaat aan files. Wanneer ik zelf in een gesprek over dit onderwerp verzeild raak – bij de kapper of in een taxi, dat zijn zo de situaties waarin je de standpunten hoort waarvan je weet dat ze bestaan, maar die je in eigen omgeving toch zelden hoort – dan zeg ik altijd: 'Ik heb geen auto, ik reis met de trein, en ik heb dus nergens last van'.

Niederers pleidooi zou ons hier dan ook verder niet bezig behoeven te houden ware het niet dat hij zich bedient van een verrassend vocabulaire. Hij spreekt wat de Amerikanen noemen 'rights-talk'. Hij zegt niet alleen dat mobiliteit *van fundamenteel belang is*, hij beschouwt het ook als *een recht*. Hij zegt: 'Ik vind het een sociaal grondrecht dat in de grondwet thuishoort en zou daar graag een discussie over willen'. Met die discussie was hij overigens al begonnen, want in het kamerdebat over de begroting van Verkeer en Waterstaat had hij ook gezegd dat mobiliteit een fundamenteel recht is. Omdat we hier met een fundamenteel recht te maken hebben, 'zal de overheid de auto onverkort moeten faciliteren met meer wegcapaciteit', zegt Niederer. Hij vindt ook dat alle meevallers, óók die bij andere ministeries, geheel aan de aanleg van snelwegen moet worden uitgegeven. Zijn voorbeeld is Amerika. Kijk eens naar het rustige en ontspannen verkeer daar. 'Dat komt doordat ze daar wél voldoende ruimte bieden voor de uitoefening van het fundamentele recht op mobiliteit'.

Tot zover Niederer. De journalist Ten Hooven geeft het volgende concluderende commentaar: 'Met de verheffing van het gebruik van de auto tot "fundamenteel recht" geeft de VVD voor het eerst een diepere, politiek-filosofische lading aan haar pleidooi voor méér wegen'. Daar zit iets in.

Menig VVD-lid die denkt dat onder de vorige fractieleider de VVD haar imago van een Suske en Wiske-lezende partij (zowel leiding en electoraat) van zich heeft afgeschud, zal de woorden van Niederer met angst en beven gadeslaan. Maar – en dat is voor ons belangrijker – zijn pleidooi geeft in zekere zin wel te denken.

Wat we hieraan kunnen zien is dat 'rights-talk', het formuleren van beleidsdoelstellingen in een rechten-discours, niet altijd progressieve politiek behoeft te dienen. Dat is voor ons een beetje vreemd. We zijn eraan gewend het 'taking rights seriously' nog steeds enigszins welwillend te bezien als het implementeren van een lijst met progressief-sociale desiderata. Zo was het ook in de tijd van de Amerikaanse civil-rights beweging en in de rechtsfilosofische verwoording daarvan bij Ronald Dwor-

kin.⁴ Nu zien we ineens dat 'rights-talk' verschillende kanten kan opwerken, zoals het multicultureel ideaal van bescherming van eigen cultuur ook ineens heel anders klinkt wanneer leden van de Ku Klux Klan zich ter bescherming van hun racistische cultuur daarop gaan beroepen.

Maar, zoals gezegd, het roept wel de vraag op: 'Wanneer moeten we een gewoon recht verheffen in de adelstand van constitutioneel beschermde rechten?'

Bezwaren tegen een recht op automobilititeit

Spontaan komen ten aanzien van Niederers verhaal' natuurlijk bedenkingen op als de volgende.

– Allereerst: zijn recht op mobiliteit – wat overigens ten onrechte geruisloos overgaat in een recht op *automobilititeit* – is te plat, te triviaal om als een constitutioneel recht te mogen gelden. Recht op vrijheid van meningsuiting, op cultuur, op informatie eventueel (daar zullen we het nog over hebben) – dat zijn de meer verheven waarden waarop je als overheid een constitutioneel recht moet vestigen. Maar niet op zoiets plats als de wens om in je Opel het land te kunnen doorscheuren. Daar zit iets in, maar het antwoord van Niederer is natuurlijk ook snel bedacht. Hij zal zeggen: 'dat zegt ú, maar de overgrote meerderheid van de mensen wier opvattingen ik vertolk hebben helemaal geen boodschap aan uw verheven meningsuitingen, informatie en cultuur. Wij hebben maar één mening: wij willen in onze auto blijven rondrijden en niet paternalistisch door de overheid daaruit worden gejaagd om te kunnen genieten van die cultuurgoederen waarom wij niet hebben gevraagd'.

– Een tweede bezwaar dat zich opdringt tegen Niederers pleidooi is dat hij alleen de belangen van de autobezitters dient en niet van de mensen die, zoals ik, de trein nemen. Een recht kan alleen maar een constitutioneel recht zijn, wanneer *iedereen* daarvan de vruchten kan plukken. Een constitutioneel recht dat wezenlijk discriminatoir is, weerlegt zichzelf. Maar, zo zal natuurlijk het antwoord van de protagonist voor automobilititeit luiden: 'Het belang van een recht op informatie of een recht om een mening te uiten werkt veel sterker discriminatoir dan mijn recht op automobilititeit. Automobilititeit is een wens van velen, het recht op informatie is er slechts voor de happy few, voor de highbrows, de academici – het pleidooi daarvoor is ook een typische academische aangelegenheid'.

– Een derde invalshoek waaronder we Niederers *Vindication of the Rights of Drivers* zouden kunnen kritiseren, is dat we zouden kunnen stellen: 'Jouw recht op automobilititeit kan geen grondrecht zijn, want het botst met de rechten van anderen, zoals een recht op schone lucht, op gezondheid, op ruimte, rust, stilte, veiligheid, privacy desnoods'.

Maar ook daarvan zal hij niet erg onder de indruk zijn, denk ik, want die bal kaatst hij gewoon terug. Het recht op vrijheid van meningsuiting botst óók met de godsdienstvrijheid, zoals we in de cases Van der List en Leen van Dijke hebben gezien.⁵ Dat betekent dat het volgens mij nog steeds 3-0 voor Niederer is. Valt op zijn betoog dan niets af te dingen? Ik denk het wel, maar het is een heel algemeen punt.

4. Vgl. Kelly, J.M., *A Short History of Western Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford 1992, p. 425/426.

5. Rosier, T.E., 'Tolerantie en religie. Over de zaak Van Dijke en de visie van het EHRM inzake godslastering', in: *RMThemis*, 2000/1, p. 3-14.

– Een vierde argument tegen Niederer lijkt mij het sterkste, zo niet vernietigend. Ik denk dat we hem zouden kunnen zeggen: ‘Als jij meer auto’s in het land wilt faciliteren, dan moeten we daar maar eens een geduchte discussie over voeren in het parlement. Dáár moet die discussie gevoerd worden. Een recht op automobilititeit erkennen, betekent de discussie vanuit het parlement overhevelen naar de raadkamer. En dat zadelt de rechter alleen maar op met heikele politieke kwesties’. ‘From real laws come real rights’, zouden we Bentham citerend Niederer kunnen toevoegen.⁶ En hij moet eerst maar eens een ‘real law’ door het parlement zien te krijgen; daar komt hij ons dan weer tegen. Ook bij dit laatste bezwaar is echter onmiddellijk duidelijk dat het niet alleen het pleidooi van Niederer treft, maar tevens ieder ander pleidooi voor de introductie van nieuwe categorieën rechten – ook dat van Bovens, ben ik bang. Het verheffen van een recht in de adelstand van de constitutionele bescherming heeft een prijs: een verlies aan democratie, tenminste wanneer het recht voor de rechter kan worden afgedwongen – en dat lijkt toch de enig zinvolle reden tot het constitutionaliseren van rechten.

– Daarmee zijn wij bij *des Pudels Kern*: tegen het constitutionaliseren van rechten zijn zwaarwegende argumenten aan te voeren. Men kan het ook als volgt stellen: vóór het constitutionaliseren van rechten moeten zeer zwaarwegende argumenten worden aangevoerd. Doorgaans laten mensen die een pleidooi houden voor een recht op mobiliteit, culturele identiteit, informatie, vrije tijd, humanitaire interventie, schone lucht of, zoals art. 27 van de UVRM luidt, een recht ‘om te genieten van kunst’ dat na. Men denkt dat men zijn punt gemaakt heeft door te laten zien dat het goed of het belang dat wordt aangevoerd *belangrijk is*. Maar men zou veel meer moeten bewijzen. Men zou moeten bewijzen dat de waarde die men bepleit zó fundamenteel is dat men het beslist niet aan de volksvertegenwoordiging kan overlaten om de regering daarop aan te spreken. Die stap in de argumentatie wordt doorgaans niet genomen. Men kijkt de scepticus verwachtingsvol aan met de suggestie: “Ga jij nu eens beargumenteren dat het belang dat ik zeker wil stellen *niet* fundamenteel is”.

Bezwaren tegen het constitutionaliseren van rechten

Aan het verheffen in de adelstand van een gewoon recht tot constitutioneel recht of tot mensenrecht zijn op zijn minst een drietal bezwaren verbonden.⁷

– Allereerst: de vergroting van het democratisch deficiet. Dat manifesteert zich op twee punten. Als eerste in het feit dat onze grondwet een *rigide* grondwet is.⁸ Dat wil zeggen: alleen wijzigbaar met tweederde meerderheid. Als tweede in het feit dat de rechter over die rechten een laatste oordeel geeft.⁹ Men spreekt wel van de

6. Vgl. het commentaar bij: Allison, Lincoln, “Rights”, in: Lincoln Allison, *Right Principles*, Basil Blackwell, Oxford, 1984, p. 87-99.

7. Vgl. Groenveld, K., red., *Proliferatie van mensenrechten*, Prof. mr. B.M. Teldersstichting, Den Haag 1996; Cliteur, P.B., *De filosofie van mensenrechten*, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1999; Huls, N.J.H., red., *Grenzen aan mensenrechten*, Stichting NJCM-boekerij, Leiden 1995.

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

9. Vgl. hierover: Bork, Robert H., *Slouching towards Gomorrah*. Modern Liberalism and American Decline, Harper Collins, New York 1996 en Bork, Robert H., *The Tempting of America*, The Political Seduction of the Law, Sinclair-Stevenson, London 1990. Vgl. tevens: Holmes, Stephen, “Precommitment and the paradox of democracy”, in: J. Elster & R. Slagstad, eds., *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, New York 1988, p. 103-131, ook in: Stephen Holmes, *Passions & Constraint*. On the Theory of Liberal Democracy, The University of Chicago Press, Chicago and London, p. 134-177.

'counter-majoritarian dilemma' dat verbonden is aan elke vorm van 'judicial review',¹⁰

– Een tweede bezwaar tegen het constitutionaliseren van rechten is de inflatiegevoeligheid van hoger recht. Hoger recht is alleen 'hoger' krachtens het feit dat ook lager recht bestaat.¹¹ Iedereen in de eredivisie, is niemand in de eredivisie. Alle jongens de schoonheidswedstrijd gewonnen, niemand de schoonheidswedstrijd gewonnen. Alle sergeants generaal, niemand generaal.

– Een derde bezwaar vloeit uit het voorgaande voort. Wat was het doel van het verheffen van bepaalde waarden in de constitutionele status? We wilden ze daarmee in feite verheffen boven de gewone, utilistische afweging van beleidsdoelstellingen tegenover elkaar. De rechter zou als 'constitutional judge' het hogere recht kunnen laten prevaleren, omdat het reeds door het volk, werkzaam in zijn constitutiebepalende status, tot grondrecht is verheven. Maar wanneer de verhouding tussen hoger en lager recht verstoord raakt, dan moet een rechter al die botsende hogere rechten gewoon tegen elkaar gaan afwegen. Dat moet hij nu al,¹² maar met de vergroting van de hoeveelheid hoger recht moet hij dat helemaal. En daarmee zijn we dan weer terug bij af: wat een *hoger recht leek* is vanwege de praktische problemen rond de toepassing weer een gewoon recht geworden.¹³

Waarom we iets tot hoger recht verheffen

Er zijn derhalve goede redenen hoogst terughoudend te zijn in het constitutionaliseren van rechten. Enigszins lijkt Bovens zich daarvan ook wel bewust te zijn, zij het dat dit inzicht – naar mijn idee – bij hem onvoldoende gewicht krijgt. Bovens is – als ik zo vrij mag zijn – 'op het goede spoor' als hij naar aanleiding van mijn boekje de 'Cranston-test' bespreekt. Maar hij doet daar eigenlijk niet veel mee. Hij noemt die test 'inherent conservatief'. Nu is dat juist. Maar dat is natuurlijk *geen sterk argument* tegen die test. Retorici weten dat voor de overtuigingskracht van een argument het auditorium van grote betekenis is en voor sommigen is de waarschuwing dat iets 'inherent conservatief' is even weinig alarmerend als voor anderen dat iets 'inherent sociaal-democratisch' is (en vice versa). Maar ook wanneer men het 'conservatief' niet zou opvatten in de ideologische of partijpolitieke betekenis, maar zoals de Britten het gebruiken wanneer zij het hebben over een 'conservative esti-

10. Vgl. hierover: Brewer-Carias, Allan R., *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge etc. 1989. Een indringende kritiek op het toetsingsrecht door de Amerikaans auteur is: Commager, Henry Steel, "Judicial Review and Democracy", in: *Virginia Quarterly Review*, 19 (Summer 1943), p. 417-428. Vgl. ook Griffith, J.A.G., "The Political Constitution", in: *The Modern Law Review*, Vol. 42, No. 1, 1979, p. 1-21 en Waldron, Jeremy, 'Moral Truth and Judicial Review', in: *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 43, 1998, p. 75-97.

11. Constitutionele rechten behoren niet tot de goederen van Finnis die een intrinsieke waarde vertegenwoordigen. Vgl. Finnis' lijst in: Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Clarendon Press, Oxford 1980.

12. Vgl. de bijdrage van H.M. Vos in Huls, O.c.

13. Ik ken één Nederlandse auteur die enige aandacht heeft voor deze problematiek: Steyger, E., 'Over staatsaken, sociale grondrechten en mensenrechten', in: Coomans, A.P.M., Heringa, A.W., Westendorp, I., red., *De toenemende betekenis van economische, sociale en culturele rechten*, Maastricht Centrum voor de Rechten van de Mens en Stichting NJCM-Boekerij, Leiden 1994, p. 23-29. De overgrote meerderheid van de auteurs over grondrechten en mensenrechten bestaat echter uit enthousiastelingen voor steeds meer nieuwe rechten.

mate¹⁴, dan blijft nóg de vraag of het *gegeven de aard van de werkelijkheid* niet als een compliment moet worden opgevat. Immers het systeem van hoger en lager recht kan alleen blijven functioneren wanneer we zeer terughoudend, conservatief, zo men wil, omspringen met het verlenen van de constitutionele status.

De vraag is dus: Met welke argumenten verdedigen de advocaten van 'rights-talk' hun zaak? Welke argumenten dragen zij aan voor hun stelling dat een bepaalde waarde aan de democratische besluitvorming moet worden onttrokken om deze in handen van niet-democratisch gelegitimeerde rechters te leggen? En hoe sterk zijn die argumenten? Ik denk dat men hier minstens drie antwoorden kan onderscheiden. De eerste twee zijn bekend, voor het laatste geldt dat niet.

– (i) *Het Sinäi-model*. Een eerste antwoord op de vraag waarom een bepaald recht een hogere status zou moeten krijgen dan als ontleend aan de alledaagse wetgeving, is dat het een recht is dat *door God is geproclameerd*. De manier van denken die hierachter schuilt zou men het Sinäi-model kunnen noemen. Op de berg Sinäi ontving Mozes van God de Tien Geboden. Nu zijn dat niet tien aanbevelingen, tien suggesties of 'tips', nee, tien categorisch geformuleerde eisen van God aan de mens. Waarom moeten wij ons daaraan houden? Omdat zij de wil van God weergeven. Dit model levert natuurlijk allerlei vragen op, zoals de volgende: 'Als God had geproclameerd dat we zouden moeten roven en stelen, zoals een Viking-god zou kunnen doen, zou dát dan de inhoud zijn van die absolute zedewet?'¹⁵

Maar wij behoeven ons hier natuurlijk niet bezig te houden met de tekortkomingen van het Sinäi-model. Voldoende is vast stellen dat de invloed daarvan in de Westerse beschaving immens groot is geweest. 'We hold these truths to be self-evident. That all men are *created equal*', zeiden de Amerikanen nog in 1776. Op een Nietzscheaanse vraag waarom die gelijkheid dan wel zo belangrijk zou zijn, kunnen de Amerikaanse kolonisten antwoorden: omdat mensen zo zijn *geschapen*.

– (ii) *Het beroep op zelf-evidentie*. Een tweede basis voor hoger recht is de 'zelf-evidentie' van bepaalde waarden. Men zou dat misschien met de fenomenologie, met G.E. Moore, met Plato of met het natuurrecht in verband kunnen brengen. Men beroept zich hier op de aarde van de werkelijkheid.¹⁶ Daarbij is dan de grote vraag of we zelf-evidente waarheden kunnen onderscheiden anders dan tautologische waarheden. Dat 'een vrijgezel ongetrouwd is', is zelf-evident. Maar dat bedoelen diegenen die zich op dit soort waarheden beroepen natuurlijk niet.

Ik laat ook dit punt voor wat het is om plaats te maken voor een derde manier waarop men het bestaan van hoger recht beargumenteert.

– (iii) *Aansluiten bij als onvermijdelijk gepercepteerde trends*. Een derde wijze waarop men pleidooien voor hoger recht heeft onderbouwd, is betrekkelijk nieuw en daarom gaat het mij in dit verband. Ik wil een paar kritische opmerkingen maken over juist déze strategie voor het proclameren van hoger recht. Als men daaraan een

14. Vgl. American Heritage Dictionary: conservative: 1. Favoring traditional views and values; tending to oppose change; 2. Traditional or restrained in style: *a conservative dark suit*; 3. Moderate; cautious: *a conservative estimate*; 4. a. Of or relating to the political philosophy of conservatism. b. Belonging to a conservative party, group, or movement; 5. Conservative. Of or belonging to the Conservative Party in the United Kingdom or the Progressive Conservative Party in Canada; 6. Conservative. Of or adhering to Conservative Judaism; 7. Tending to conserve; preservative: *the conservative use of natural resources*.

15. Men spreekt wel van het "Euthyphro-probleem", omdat Plato het in de gelijknamige dialoog voor het eerst door Socrates laat formuleren (10d). Vgl. over deze problematiek: Rachels, James, "God and Human Attitudes", in: *Religious Studies*, 7 (1971), p. 325-37, reprinted in: Rachels, James, *Can Ethics Provide Answers? And Other Essays in Moral Philosophy*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc. Lanham, Boulder, New York, London 1997, p. 109-123.

16. Vgl. hierover: Stace, W.T., *The Concept of Morals*, MacMillan, London 1937, p. 28 e.v. en Westermarck, Edward, *Ethical Relativity*, Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., London 1932, p. 44.

label zou willen hangen dan zou men het 'historistisch' kunnen noemen. Hoewel deze manier van denken, voorzover mij bekend, zelden expliciet als zodanig wordt gepresenteerd (en verdedigd), is het als een impliciete denkneiging bij velen zeer dominant. Wat men doet, is een pleidooi houden voor rechten door deze op te voeren als *passend bij als onvermijdelijk gepercepeerde trends*. Nu bedoel ik met een 'trend' niet zoiets als het dragen van een ringetje door neus of lip, zoals je die tegenwoordig ook al tot de collegezaal ziet doordringen. Ik heb meer het oog op grootse sociaal-culturele bewegingen. Bijvoorbeeld de overgang van *Gemeinschaft* naar *Gesellschaft*, zoals beschreven door Tönnies. Of de overgang van *charismatisch* en *traditioneel* gezag naar *legaal-rationeel* gezag, zoals beschreven door Weber. Of de beweging van *status* naar *contract*, zoals bij Maine. Dat soort dingen.

Ook in de rechtswetenschap worden dit soort bewegingen geconstateerd. Maar – en dat is voor ons onderwerp belangrijk – in het kielzog van zo'n trend wordt dan vaak een heel andere claim gemaakt, *namelijk dat bij de nieuwe trend een nieuw soort van rechten past*. De bron van veel hedendaagse proliferatie van hoger recht is het impliciet historisme.

Voorbeelden van productie van rechten op basis van trends

Een mooi voorbeeld van deze benaderingen vinden we bij de volkenrechtsgeleerde Karel Vasak. Vasak meende dat we drie soorten revoluties zouden kunnen onderscheiden: de Franse revolutie, de socialistische revoluties van rond 1848 en de revolutie als gevolg van de dekolonisatie na de Tweede Wereldoorlog.¹⁷ De Franse revolutie bracht ons de klassieke rechten, de revolutie van 1848 bracht ons de sociale rechten. En welke rechten corresponderen dan met de revolutie van de dekolonisatie? De collectieve rechten.

De logica die inherent is in dit soort historistisch denken, is verleidelijk. Wanneer je het eens bent met de trend die beschreven wordt komt men al snel in de verleiding om te denken: 'ja dan zal ook die derde categorie rechten wel nodig zijn, we willen immers niet de Franse Revolutie teruggedraaien; of "blijven hangen" in die Franse Revolutie terwijl om echt bij de tijd te zijn we een volgende fase moeten ingaan'.

Het historistisch argument voor de acceptatie van een nieuwe categorie rechten appelleert dus wel aan een soort van vooruitgangsgevoel. Misschien moet men het ook geen vooruitgangsgeloof noemen, maar slechts een *gevoel*, omdat men zich zelden rekenschap geeft van dat gevoel. Zo is het vooruitgangdenken niet wijd verbreid. Weinigen zullen in een cynische tijd het Victoriaanse vertrouwen uitspreken dat het steeds beter gaat met de wereld.¹⁸ Zelfs Fukuyama doet dat – ondanks alle tegenberichten ten spijt – niet.¹⁹ Vooruitgangdenken is een veel te grote claim voor een sceptisch-relativistisch-postmoderne cultuur. Maar ondertussen is men daarvan wel door en door doortrokken. We horen voortdurend dat bepaalde opvattingen als 'verouderd' moeten worden beschouwd en dat men 'de klok niet kan teruggedraaien'. In dat soort kwalificaties manifesteert zich het 'vooruitgangsgevoel'.

En om terug te keren naar Vasak: omdat ook de relatie tussen de Franse Revo-

17. Vgl. Vasak, Karel, 'Pour une troisième génération des droits de l'homme', in: Swinarski, C., red., *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, Martinus Nijhoff Publishers, Martinus Nijhoff, Dordrecht 1984, p. 837-845.

18. Vgl. over het vooruitgangsgeloof de nog steeds klassieke studie: Bury, J.B., *The Idea of Progress. An Inquiry into its Origin and Growth*, MacMillan, St. Martin's Street, London 1920.

19. Vgl. het pessimistisch einde van Fukuyama, Francis, "The End of History?", in: *The National Interest*, Summer 1989.

lutie en die klassieke grondrechten zo evident lijkt, lijkt het ook evident dat een relatie te leggen moet zijn tussen de derde revolutie en een categorie grondrechten. Toch is dat natuurlijk helemaal niet zo vanzelfsprekend en op het moment dat men het psychologisch mechanisme achter dit denken heeft blootgelegd, dringen de bezwaren zich op.

Een tweede discussie waarin men het historistisch argument aantreft, is die over *ambtelijke uitingsvrijheid*. Wanneer een minister verantwoordelijk is voor niet alleen het *handelen* van zijn ambtenaren maar ook voor hun *spreken*, zou het erkennen van vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren natuurlijk een flagrante contradictie opleveren. Het is dus kiezen: óf men zegt dat de minister niet meer verantwoordelijk is voor het ambtelijk spreken óf men ontkent de ambtelijke uitingsvrijheid.

De eerste optie, het ontkennen van ministeriële verantwoordelijkheid voor het ambtelijk spreken, wordt door zelfs de meest onverschrokken denkers niet verdedigd. Maar niettemin menen bijna alle auteurs over dit onderwerp dat men toch kan vasthouden aan ambtelijke uitingsvrijheid.²⁰ Wie die vrijheid ontkent als onverenigbaar met de ministeriële verantwoordelijkheid voor het ambtelijk spreken wordt steevast geconfronteerd met het vooruitgangsgevoel dat inherent verbonden is aan het historistisch denken. De 'trend' waarop men dan een beroep doet, is die van een ontwikkeling die zou hebben plaatsgevonden van een 'bevelshuishouding' naar een 'onderhandelingshuishouding'. Men vraagt overigens niet wat deze woorden mogen betekenen. Men vraagt ook niet of het wel zo is dat die ontwikkeling heeft plaatsgevonden. Nee, de ontwikkeling heeft *plaatsgevonden* en deze wordt als *onvermijdelijk gepercepieerd*. Vervolgens wordt daar een rechtencatalogus aan gehangen: ook ambtenaren hebben vrijheid van meningsuiting, want van het omgekeerde uitgaan betekent vasthouden aan de 'bevelshuishouding'.

Als ik mij niet vergis speelt de 'historistische verleiding' ook een rol in het preadvies van Bovens. De als onvermijdelijk gepercepieerde trend bij hem is niet die van Vasak, maar die van T.H. Marshall (overigens lijken die trends van Vasak en Marshall wel een beetje op elkaar). Marshall onderscheidt drie elementen van burgerschap: 'civil, political and social'.²¹ En met elk van die elementen correspondeert dan weer een groep rechten die, in de woorden van Bovens, 'in een andere eeuw en tegen een andere maatschappelijke achtergrond tot wasdom kwamen'. Met organi-

20. Vgl. voor een overzicht van de verschillende opvattingen: Verhulp, E., *Vrijheid van meningsuiting van werknemers en ambtenaren*, NV SdU, Den Haag 1996. Helaas corrigeert Verhulp niet de mythe dat vrijheid van meningsuiting een typisch modern standpunt is. Men vindt het eigenlijk ook al honderd jaar geleden verdedigd bij vele auteurs. Vgl. Krabbe, H., "Welke is de aard der rechtsverhouding van den Staat tot zijn ambtenaren; moet zij wettelijk worden geregeld; en zoo ja, hoe in hoofdzaak?", in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, 1897, 28ste jrg., I, F.J. Belinfante, 's-Gravenhage 1897, p. 63-102 en Fokker, E., "Welke is de aard der rechtsverhouding van den Staat tot zijn ambtenaren; moet zij wettelijk worden geregeld; en zoo ja, hoe in hoofdzaak?", in: *Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, 1897, 28ste jrg., I, F.J. Belinfante, 's-Gravenhage 1897, p. 136-255 en de daarop gevolgde discussie. In een van de eerste geschriften over dit onderwerp wordt vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren verdedigd met dezelfde verkeerde argumenten die tegenwoordig courant zijn. Vgl. Ferf, *De regten der ambtenaren*, diss. Leiden 1864.

21. Vgl. Marshall, T.H., 'Citizenship and Social Class', in: T.H. Marshall, *Class, Citizenship and Social Class*, Doubleday 1963, hier aangehaald in: Robert E. Goodin en Philip Pettit, *Contemporary Political Philosophy. An Anthology*, Blackwell, Cambridge (Mass.) en Oxford 1997, p. 291-319. Het is overigens de vraag of men Marshall kan inroepen ter ondersteuning van een pleidooi voor het introduceren van hoger recht waaraan de rechter zou mogen toetsen. Marshall schreef in een tijd waarin de premissen van Dicey nog onbetwist overeind stonden. Wanneer hij spreekt over sociale rechten heeft hij het ook niet over wat wij grondrechten of mensenrechten noemen, maar over gewone wetgeving waarin sociale beleidsdoelstellingen worden geformuleerd. Maar dat punt laat ik hier verder rusten want ook wanneer Marshall wél een pleidooi zou hebben gehouden voor sociale grondrechten in de zin waarin wij dat verstaan, dan kan men nog steeds met hem van mening verschillen.

sche metaforen van groei en 'tot wasdom komen' worden we uitgenodigd om ons maar bij die ontwikkelingen aan te sluiten. Maar is dat wel goed? Moeten we al die rechten wel erkennen? Lenen die verschillende elementen van dat burgerschap zich wel voor het introduceren van nieuwe categorieën rechten? Moeten we bijvoorbeeld de sociale rechten niet construeren als plichten van de staat in plaats van als rechten van het individu? Dit soort vragen worden door Marshall niet gesteld. Hij lijkt zich geheel te willen aansluiten bij het historisch gegroeide: Whatever is, is right.

Nu moet ongetwijfeld het recht zich soms aanpassen bij nieuwe ontwikkelingen (in een bepaald jargon: responsief zijn). Maar niet altijd. Soms moet het recht weerstand bieden en we moeten de als onvermijdelijk gepercepeerde ontwikkelingen in ieder geval kritisch onder de loep nemen. Gebeurt dat wel bij Bovens?

Een pleidooi voor een conservatief constitutionalisme

Wat mij een verstandige strategie lijkt ten aanzien van nieuwe pleidooien voor hoger recht, is de houding van mijn favoriete bijbelse figuur: de ongelovige Thomas (Joh. 20 : 29). De ongelovige Thomas is geen atheïst. Maar hij wil de claims die gemaakt worden zeer zorgvuldig onderzoeken. Hij neemt het allemaal niet zo snel aan. Hij vraagt naar meer argumenten en hij stelt zich op het 'agnostisch' standpunt in de enigszins excentrieke betekenis waarop dit begrip door T.H. Huxley is geijkt.²² Het beeld van de ongelovige Thomas lijkt ook om die reden treffend omdat hij iets *niet* gelooft wat de meesten in zijn omgeving *wel* geloven. In het bijzonder de derde manier waarop men rechten in de constitutionele adelstand verheft, op basis dus van als onvermijdelijk gepercepeerde trends, zouden we kritischer moeten gaan bezien.

We moeten ons ervan bewust worden dat het denken in termen van hoger recht ook iets kost, namelijk op de drie punten die ik hiervoor heb genoemd. Ook dat is weer een 'inherent conservatieve' opmerking, maar daardoor nog niet onjuist. Constitutioneel conservatisme zou ik best als geuzennaam willen oppakken. Ik denk dat veel constitutionele veranderingen sinds de jaren zestig een 'achteruitgang' zijn en geen vooruitgang. Zij zijn een achteruitgang in de zin dat zij een bedreiging vormen voor de grondslagen van de democratische rechtsstaat. Zelfstandige bestuursorganen, een gepolitiseerd en de minister tegensprekend ambtelijk apparaat, een onafhankelijk Openbaar Ministerie – het zijn veeleer tekenen van decadentie dan de wenselijke constitutionele veranderingen waarvoor zij verkocht worden.²³ Er is ook wel vooruitgang overigens. Als zodanig waardeer ik de openstelling van het huwelijk voor gelijkgeslachtelijke partners.²⁴ Maar dan gaat het om de verdere door-denkning van reeds geaccepteerde beginselen, zoals, in dit geval, het gelijkheidsbeginsel. Maar als het gaat om het introduceren van nieuwe principes dan zijn die vaker een misser gebleken dan een verbetering.

Gelukkig zien we dat veel van constructies uit de jaren zestig geruisloos worden verlaten. (Zo doen wij dat in Nederland. Wij zeggen niet dat we van mening veranderd zijn, we praten er gewoon niet meer over). ZBO's hebben niet meer zo'n

22. Vgl. over deze discussie: Pyle, Andrew, ed., *Agnosticism*, Contemporary Responses to Spencer and Huxley, Thoemmes Press, Bristol 1995.

23. Het is de verdienste van Kennedy dat hij het impliciet vooruitgangsgeloof als dominant kenmerk van de Nederlandse cultuur naar voren heeft geschoven. Vgl. Kennedy, James C., *Nieuw Babylon in aanbouw*. Nederland in de jaren zestig, tweede druk, Boom, Amsterdam/Meppel 1997 (1995).

24. Vgl. Waaldijk, K., 'De voorgestelde Wet openstelling huwelijk', in: *Tijdschrift voor Familie en Jeugdrecht*, nr. 10, oktober 1999, p. 198-207.

goede pers als in de tijd dat Scheltema daarover zijn euforische oratie schreef. Vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren vindt weliswaar *in academia* grote aanhang, maar is in de politieke praktijk vergaand teruggedrongen (ook hier zien we weer dat de doctrine niet leidt, maar volgt). Het zelfstandig OM is in een periode van vijf jaar helemaal verdwenen en zelfs legislatief afgeschaft.²⁵ (De woorden van Von Kirchmann: 'Drei Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zum Makulatur' dringen zich op).

Recht op automobilititeit en recht op informatie

Ik ben deze bijdrage begonnen met het recht op automobilititeit van Niederer. Ik hoop niet dat ik daarmee de indruk heb gewekt dat ik Bovens' voorstel wil ridiculiseren. Misschien ben ik het ten aanzien van een aantal punten die hij bepleit wel met hem eens. Ik weet alleen niet of ik de weg die hij kiest zo gelukkig vind, namelijk het houden van een pleidooi voor nieuwe rechten, i.c. de erkenning van een vierde groep van burgerrechten: de informatierechten. Neem zijn wens dat regelgeving en jurisprudentie gemakkelijk toegankelijk wordt op een speciale site. Prima. Maar is het nodig en verstandig daarvoor het register van de 'informatierechten' open te trekken? Jeremy Waldron, Mary Ann Glendon, Amitai Etzioni zouden zeggen: nee.²⁶ Zou niet onze vertegenwoordiger in de Tweede Kamer eens bij een verantwoordelijk minister hierop kunnen aandringen? Ik denk dat het laatste meer geschikt is (en dat gebeurt overigens al).

Dat is niet helemaal een kwestie van smaak, want het verraadt een dieper engagement aan een bepaalde benadering over hoe onze constitutionele orde het beste kan functioneren. Bovens spreekt met veel respect over de directe democratie die door de ICT weer mogelijk zou worden. Ik weet niet of dat een ideaal moet zijn. Het denken van Hannah Arendt en haar Nederlandse adepten werd naar mijn idee aan het begin van de vorige eeuw aardig ondergraven door Benjamin Constant.²⁷ Hij meende dat we de utopie van de directe democratie zouden moeten verlaten. Waar we ons op moeten bezinnen is op de voorwaarden waaronder een indirecte, in ons geval, parlementaire democratie goed kan functioneren. En dan is het opvallende dat al die plannen die gelanceerd worden door hedendaagse bestuurskundigen eerder een ondermijning dan een versterking van de parlementaire democratie betekenen. De vermeende verplaatsing van de politiek moet men niet fatalistisch *beschrijven*, men dient een argumentatie te presenteren over hoe men dat kan *vermij-*

25. De discussie over vrijheid van meningsuiting voor ambtenaren hangt nauw samen met die over het onafhankelijk OM. De voorstanders van het laatste hebben vaak als een minimalistische vorm van onafhankelijkheid gepleit voor vrijheid van requisitoir voor de officier van justitie. Naar mijn smaak is zelfs dát ten onrechte, want een officier staat niet ter zitting als een privé-persoon maar als een ambtenaar van de staat om – onder volledige democratische controle en daarmee ministeriële beheersing – namens de staat een straf te vorderen.

26. Deze auteurs hebben gemeen een zekere scepsis ten aanzien van het proclameren van telkens nieuwe categorieën hoger recht. Vgl. Glendon, Mary Ann, *A Nation under Lawyers*, How the Crisis in the Legal Profession is transforming American Society, Farrar, Strauss and Giroux, New York 1994, maar vooral: Glendon, Mary Ann, *Rights Talk*. The Impoverishment of Political Discourse, The Free Press, New York 1991; Etzioni, Amitai, *The Spirit of Community*. The Reinvention of American Society, A Touchstone Book, Simon & Schuster 1993; Waldron, Jeremy, 'A Right-Based Critique of Constitutional Rights', in: *Oxford Journal of Legal Studies*, 13 (1993), p. 18-51, ten dele ook in: Waldron, Jeremy, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford 1999, p. 211-232. Vgl. verder: Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, Cambridge 1999.

27. Constant, Benjamin, *De la Liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*. Discours prononcé à l'Athénée royal de Paris en 1819, in: Benjamin Constant, *Écrits politiques*. Textes choisis présentés et annotés par Marcel Gauchet, Gallimard, Paris 1997, p. 591-619.

den of liever zelfs *terugdraaien*. Maar daar verraadt zich weer Nederlands geestesmerk: wij hebben het impliciete vertrouwen dat een verandering een verandering ten goede is. Bovendien denken wij dat een klok niet kan worden teruggedraaid, een overtuiging die direct gefalsificeerd kan worden door een experiment met ons polshorloge.

Allerlei ontwikkelingen die Bovens, Marshall en anderen betrekkelijk onbekommerd beschrijven, lijken mij geen processen die zich autonoom voltrekken. Het is veeleer iets dat door ons zelf wordt *bewerkstelligd*: bewerkstelligd door te geloven in de verkeerde dingen. En in welke dingen geloven we dan? We geloven dat elke vorm van centrale beheersing onmogelijk is. Dat deze tijd zich ingrijpend onderscheidt van de 'negentiende eeuw'. Dat we de klok niet kunnen terugdraaien. Dat het moderne denken zich onvermijdelijk aan ons opdringt. Dat daarin past dat we ambtenaren niet het zwijgen mogen opleggen. Dat de bevelshuishouding heeft plaatsgemaakt voor de onderhandelingshuishouding. Dat Kelsen hopeloos verouderd is en Castells verrassend modern. Dat iedereen in elke setting moet kunnen kritiseren. Dat we het gehele overheidsapparaat moeten veranderen in een netwerk van counterveiling powers. Maar, zo luidt de vraag van de ongelovige Thomas, is dat wel zo?

Schopenhauer kritiseert zijn tijdgenoten ergens met de mededeling dat zij zich gedragen als ezels. Zij staan eerst hard in het stof te trappelen en klagen daarna dat ze door de stofwolken niets meer kunnen zien. Ik geloof dat de postmoderne wereldbeschouwing die ons voorhoudt dat de werkelijkheid onbeheersbaar is, ook de politieke werkelijkheid, niet *waar is*, maar wel *waar wordt* doordat zo velen daarin zijn gaan geloven. Het is een self-fulfilling prophecy. Als men maar vaak genoeg herhaalt dat elke vorm van centrale sturing heeft afgedaan en plaatsgemaakt voor onbestuurbare netwerken, dan wordt dat inderdaad op een gegeven moment ook waar in de zin dat mensen zich daarnaar gaan gedragen. In plaats van dit maar als vanzelfsprekend aan te nemen en ons constitutionele bestel daaraan aan te passen, zouden we misschien het volgende moeten doen.

Allereerst bezien welke trends zich werkelijk voordoen. Zijn zij wel zo onvermijdelijk als ze worden gepresenteerd? Zien we het allemaal wel zo scherp in dat jachtig vocabulaire van netwerken, dynamiek en onbeheersbaarheid?

Vervolgens zouden we goed moeten waken dat we niet van het feitelijke op het normatieve overstappen. Soms moet je je verzetten tegen een ontwikkeling. Ook als een ontwikkeling wordt gepresenteerd als hoogst modern.²⁸

En tenslotte zouden we ons moeten bezinnen op de wenselijke verhouding tussen wetgever, parlement en rechter. Misschien ben ik een naïeve voluntarist, maar ik denk dat deze verhouding veel 'maakbaarder' is dan doorgaans wordt verondersteld. Het is zeker niet vanzelfsprekend dat we steeds meer beslissingsmacht overhevelen van de wetgever en van het parlement naar de rechter. We doen dat immers zelf. Onder andere door telkens nieuwe categorieën rechten te introduceren. Maar we doen het ook door te *geloven* dat de politiek-juridische werkelijkheid zich in een richting beweegt die geheel onafhankelijk is van wat wij denken en willen: een variant op de 'List der Vernunft' van Hegel.

De verplaatsing van de politiek is geen hard gegeven. Als de afgelopen tien jaar ons iets heeft geleerd is het zelfs dat de politiek ten dele weer is *teruggezet op haar*

28. Ook staatsrechtgeleerden ziet men tegenwoordig het normatieve karakter van hun wetenschap miskennen. Men put zich uit in empirisch sociologische analyses over de richting waarin de werkelijkheid zich ontwikkelt en vervolgens lanceert men de suggestie dat het recht zich daaraan dan maar moet aanpassen.

plaats, zoals de voorbeelden van het OM, de ambtelijke uitingsvrijheid en de ZBO's leren. Volgens Fukuyama zijn we over 'The Great Disruption' heen.²⁹ Sinds het begin van de jaren negentig zien we weer dat soms centrale sturing nodig is. Dat netwerken niet alleen maar voordelen hebben. Zelfs dat hiërarchie niet altijd uit den boze is, immers men kan een bureaucratisch apparaat niet anders beheersen dan door middel van, jawel, *een zekere hiërarchie*. Weber en Kelsen zijn dus misschien ook helemaal niet zo verouderd. En misschien zijn de als onvermijdelijk gepercepeerde trends die bestuurskundigen ons voorhouden helemaal niet zo onvermijdelijk. Misschien zien zij wel de verkeerde dingen. Zoiets is meer voorgekomen in de geschiedenis.

Met alle bewondering die ik voor het preadvies heb, zou ik de centrale aanbeveling – het constitutionaliseren van een recht op informatie – niet willen honoreren. Maar het gevaar dat het daar ook ooit nog eens van zal komen lijkt overigens minimaal. Voor constitutionele veranderingen is in Nederland bijna nooit een gekwalificeerde meerderheid te vinden. En als het wel lukt dan maakt art. 120 Grondwet een dergelijke bepaling krachteloos. Geen reden tot zorg dus.

29. Fukuyama, Francis, *The Great Disruption. Human Nature and the Reconstruction of Social Order*, Profile Books, London 1999.