

Uit: P.B. Cliteur, *De filosofie van mensenrechten*, tweede druk, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1999, pp. 43-64.

Hoofdstuk 1. Wat zijn mensenrechten?

1. Drie benaderingen van het concept "mensenrechten"

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

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

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

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

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

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

³ Piechowiak, Marek, "Human Rights: How to understand them?", in: Patricia Morales,

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

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

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

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

Dat laatste levert een aanzienlijke beperking op. Wat niet in het positieve recht is vastgelegd, valt buiten het mensenrechtenbegrip van Alkema. Dat is overigens niet

ed., *Towards global human rights*, International Centre for Human and Public Affairs, Tilburg 1996, p. 25.

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

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

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

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

bezwaarlijk en niet het product van een minachting voor de filosofische benadering, zoals de auteur ook zelf vermeldt, maar een kwestie van arbeidsverdeling. Men zou in die positiefrechtelijke verenging zelfs nog verder kunnen gaan. Alkema schrijft dat mensenrechten door middel van het recht *gehandhaafd* moeten kunnen worden. Dat roept de vraag op: wie moet dat doen? In de meeste gevallen is hier de rechter de aanwezen partij.⁸ Zo zou men dus nog een verdere specificatie van het begrip van mensenrechten kunnen bepleiten: mensenrechten zijn rechten die in documenten van hoger rechtskracht zijn neergelegd en die *door de rechter kunnen worden gehandhaafd*.

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

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

In dit boekje wordt noch de filosofisch-ethische benadering, noch de positiefrechtelijke benadering consequent gevolgd, maar een soort tussenweg bewandeld. Het concept van mensenrechten dat hier centraal staat, heeft trekken van het eerste concept en trekken van het tweede concept. We gaan hier uit van mensenrechten, zoals deze voornamelijk na de Tweede Wereldoorlog in verdragsteksten zijn vastgelegd en die zich kenmerken door een universaliteitspretentie. Met name in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (1948) komt dit goed naar voren. We zouden dit het "moderne concept van mensenrechten" kunnen noemen.

Dat moderne concept van mensenrechten heeft natuurlijk een lange ontwikkeling achter de rug. Er is in de historische ontwikkeling een evolutie te onderkennen van natuurrecht naar mensenrechten. De geschiedenis van mensenrechten vormt daarmee een centrale rol in dit verhaal. Echter weer niet in de zin waarin dat doorgaans in de boeken over mensenrechten het geval is. Doorgaans laat men aan de verdragsteksten een historisch overzicht voorafgaan waarin wordt uiteengezet wat John Locke, Immanuel Kant, Hugo de Groot en andere belangrijke ideologen van het mensenrechten-concept

⁸ Aldus Meuwissen, D.H.M., "Verantwoording en inleiding", in: in: E.A. Alkema e.a., *Mensenrechten*, Een publicatie van het Nederlands Gesprekcentrum, 1990, pp. 7-36, p. 10.

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

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

hebben gezegd. Hier wordt het iets anders aangepakt. Hier wordt als uitgangspunt het moderne concept van mensenrechten genomen en vervolgens gaan we op zoek naar de historische wortels van de verschillende elementen daarvan. Daarbij wordt ook de vergelijkende rechtswetenschap, met name het vergelijkend constitutioneel recht betrokken.¹¹ Laten we die evolutie maar eens in hoofdlijnen volgen.

2. De natuurrechtstraditie als voorloper van de traditie van mensenrechten

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

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

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

¹¹ Inspiratiebronnen voor een dergelijke benadering zijn: Haines, Charles Grove, *The Revival of Natural Law Concepts, An Study of the Establishment and the Interpretation of Limits on Legislatures with special reference to the Development of certain phases of American Constitutional Law*, Russell & Russell Inc., New York 1965 (1958); Cappelletti, Mauro, *Judicial review in the contemporary world*, The Bobbs-Merrill Company, inc., Indianapolis 1971; Corwin, Edward S., *The 'Higher Law' background of American constitutional law*, Great Seal Books, Cornell University Press, Ithaca, New York 1955.

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

3. Eerste kenmerk van mensenrechten: hoger recht

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

(a) Een vroege manifestatie van het natuurrechtsdenken: Antigone

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(b) Een latere manifestatie van mensenrechten: de Onafhankelijkheidsverklaring

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

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

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

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

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

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

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

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

Maar laten we die grondslag van mensenrechten verder laten rusten. Gemeenschappelijk aan de proclamatie van Antigone en aan die van de Amerikanen is dat zij stellen dat we die rechten niet ontlenen aan de staat. Het is geen positieve

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

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

wetgeving die zijn geldigheid ontleent aan het feit dat deze door de wetgever is geproclameerd. Dat ligt natuurlijk voor de hand, want het gaat bij dat hogere recht juist om recht dat de grenzen aangeeft van wat de staat vermag en waarover de staat niet zelfstandig mag beschikken.

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

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

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

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

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

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

But when a long train of abuses and usurpations, pursuing invariably the same Object evinces a design to reduce them under absolute Despotism, it is their right, it is their duty, to throw off such Government, and to provide new Guards for their future security. - Such has been the patient sufferance of these Colonies; and such is now the necessity which constrains them to alter their former Systems of Government. The history of the present King of Great Britain is a history of repeated injuries and usurpations, all having in direct object the establishment of an absolute Tyranny over these States.

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

We, Therefore, the Representatives of the United States of America, in General Congress, Assembled, appealing to the Supreme Judge of the world for the rectitude of our intentions, do, in the Name, and by Authority of the good People of these Colonies, solemnly publish and declare, That these United Colonies are, and of Right ought to be Free and Independent States; that they are Absolved from all Allegiance to the British Crown, and that all political connection between them and the State of Great Britain, is and ought to be totally dissolved; and that as Free and Independent States, they have full Power to levy War, conclude Peace, contract Alliances, establish Commerce, and to do all other Acts and Things which Independent States may of right do. And for the support of this Declaration, with a firm reliance on the protection of Divine Providence, we mutually pledge to each other our Lives, our Fortunes and our sacred Honor.

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

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

En toch, ondanks alle indrukwekkende retoriek kan men zich natuurlijk twee vragen stellen ten aanzien van die proclamatie van hoger recht dat het gewone recht van alledag zou beperken. Allereerst de vraag of er wel zo iets als een natuurrecht bestaat. Want stel nu eens dat het allemaal maar op inbeelding berust, dan kan dat wel verontrustend zijn, maar men zal daar toch rekening mee moeten houden. Het heeft aan skeptici op dit terrein niet ontbroken: van Bentham¹⁷ tot Bergbohm¹⁸ tot Kelsen¹⁹ is het bestaan van

¹⁷ Waldron, Jeremy, (ed.), *Nonsense upon stilts*, Bentham, Burke and Marx on the rights of

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

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

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

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

man, Methuen, London and New York 1987; Hol, A.M., "Jeremy Bentham (1748-1832)", in: P.B Cliteur, A.A.M. Kinneging, G.A. van der List, red., *Filosofen van het klassieke liberalisme*, Kok Agora, Kampen 1993, pp. 149-167, p. 156.

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

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

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

The most pernicious laws, and therefore those which are most opposed to the will of God, have been and are continually enforced as laws by judicial tribunals. Suppose an act innocuous, or positively beneficial, be prohibited by the sovereign under the penalty of death; if I commit this act, I shall be tried and condemned, and if I object to the sentence, that it is contrary to the law of God (...) the court of justice will demonstrate the inconclusiveness of my reasoning by hanging me up, in pursuance of the law which I have impugned the validity. An exception, demurrer, or plea, founded on the law of God was never heard in a Court of Justice, from the creation of the world down to the present moment.²¹

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

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

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

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

- (i) Maak het zichtbaar;
- (ii) Maak het stabiel;

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

(iii) Maak het effectief.

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

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

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

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

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

6. Tweede kenmerk van mensenrechten: gecodificeerd hoger recht

Het streven om het hogere recht zichtbaar te maken heeft geleid tot codificatie. Alvorens op de codificatie van hoger recht in te gaan moet echter eerst een opmerking worden gemaakt over de betekenis van het woord in het algemeen. "Codificatie" is het optekenen van recht. Zo heeft men in de vorige eeuw de codificatie van het strafrecht, het privaatrecht en het staatsrecht in het algemeen kunnen onderkennen. Codificatie verschaft rechtszekerheid.

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

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

- (a) Dat men altijd een broer mag begraven;
- (b) Dat men altijd een familielid mag begraven;
- (c) Dat men een broer of een familielid mag begraven wanneer deze broer of dit familielid is gevallen in een strijd voor een goede zaak;
- (d) Dat het nooit mag worden verboden dat iemand begraven wordt;

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

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

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

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

Nog één opmerking over de noodzaak tot codificatie. Het werd tot nu toe sterk gepresenteerd als een antwoord op de vraag van burgers welke rechten tot de categorie mensenrechten zouden moeten worden erkend. Men kan het echter ook vanuit het perspectief van de vorst of de wetgever bezien. Kreon zou aan Antigone kunnen tegenwerpen dat het allemaal heel mooi is wat zij als hoger recht proclameert, maar dat *hij* een andere opvatting heeft *dan zij* over wat het recht van de goden van ons vraagt. Misschien dat hij, Kreon, het helemaal niet in strijd acht met het recht van de goden om te verbieden dat landverraders onbegraven worden gelaten. We komen dan op een

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

interpretatiekwesitie uit, waarin de mening van Antigone tegenover die van de vorst staat. In een dergelijk geval zou het uitkomst bieden wanneer men kon verwijzen naar een codificatie van hoger recht die voor beide partijen aanvaardbaar zou kunnen zijn.

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

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

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

7. Derde kenmerk van mensenrechten: rigide recht

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

In zekere zin is dat juist. Het is juist dat door optekening het hogere recht een onderdeel is gaan vormen van het positieve recht. Maar het is ook onjuist, omdat het opgetekende hogere recht een speciale status heeft behouden die het onderscheidt van het gewone recht van alledag. Het hogere recht zoals opgetekend in een constitutie verschilt niet alleen *inhoudelijk* van het gewone recht van alledag, maar ook *formeel*. Het recht van de constitutie heeft men moeilijker veranderbaar gemaakt en daarmee proberen te beschermen tegen de waan van de dag. Dit hogere recht (grondrechten en mensenrechten) is van zo'n grote betekenis dat het in speciale documenten op een plechtstatige manier wordt opgetekend en beschermd. Zo wordt de verheven status van grondrechten tot uitdrukking gebracht in de eerste artikelen van de grondwet (die door

Thorbecke de wet der wetten werd genoemd). Dat hogere recht wordt echter niet alleen opgetekend, maar er wordt vaak ook gesteld dat het *niet* kan worden gewijzigd of niet kan worden gewijzigd *via de normale wetgevingsprocedure*. Met de normale wetgevingsprocedure wordt dan de procedure bedoeld, waarbij voor een verandering niet meer vereist is dan een gewone meerderheid, dat wil zeggen de helft + één. Dat is de normale wijze waarop we veranderingen aanbrengen in de sociale werkelijkheid: we stemmen. En wanneer 51 personen vóór stemmen en 49 tegen, dan zetten we de verandering door. Nu zou men zich kunnen afvragen of dat hogere recht niet zó belangrijk is dat daarvoor moet gelden dat het niet of slechts met een grotere meerderheid dan de helft + één veranderd zou moeten kunnen worden. Men kan eigenlijk drieërlei houding aannemen tegenover dat hogere recht.²⁴

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

Daartegen is overigens wel geprotesteerd. Een belangrijk tegenstander van rigide grondwettelijk recht was de Nederlandse rechtsgeleerde Hugo Krabbe.²⁵ Wat hij wil, zo schrijft hij, is aan de grondwet "hare volle heerschappij te hergeven".²⁶ Van de grondwet mag men namelijk verwachten dat zij levend recht bevat, recht dat heerst. De belangen waarover de grondwet haar beschermende hand uitstrekt behoren tot de meest waardevolle: de troonopvolging, de drukpersvrijheid, onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, de ministeriële verantwoordelijkheid - allemaal zaken van het grootste belang, schrijft Krabbe. Toch staat de grondwet niet hoog in aanzien. Waarom heeft de grondwet zo'n zwakke gelding? Krabbe voert dan onder andere aan dat voor de herziening van de grondwet een versterkte meerderheid is voorgeschreven, namelijk twee derde van de stemmen in tweede lezing. De versterkte meerderheid verhindert daarmee de normale doorwerking van een zich openbarende veranderde rechtsovertuiging, aldus zijn harde oordeel. De fout die men maakt, is dat men het gezag van een bestaande wet afmeet aan het gezag dat zij had op het moment van haar vaststelling. Een wet die in

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

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

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

1848 werd aangenomen kan bijvoorbeeld toen hecht verankerd zijn geweest in het rechtsbewustzijn van het volk en daarmee een grote rechtswaarde hebben gehad. Maar dat wil niet zeggen dat dit later ook het geval is. Of een wet "veel of weinig rechtswaarde heeft", aldus Krabbe, kan uitsluitend worden beslist naar de rechtsovertuigingen die heersen op het moment dat men de vraag stelt. De misvatting van het door Krabbe gewraakte denken ligt dus daarin dat men de rechtsovertuiging van vroegere generaties tot maatstaf neemt voor de tegenwoordige waarde van het recht. Krabbe raadt ons aan beter naar Hobbes te luisteren: "The legislator is he, not by whose authority the law was first made, but by whose authority it continues to be a law".²⁷

Wanneer men dus zou willen verdedigen dat de meerwaarde van het grondwettelijke recht berust op de versterkte meerderheid waarmee het is vastgesteld, is dat een fictie. Immers die meerwaarde steunt op de rechtsovertuiging van vroegere generaties, terwijl dat bij de huidige generatie heel anders kan liggen. "De wetgever van heden is - waarom zulke onnoozele waarheden toch telkens herhaald - beter onderricht omtrent hetgeen op dit oogenblik een eisch des rechts is dan de wetgever van een kwart eeuw te voren, welke niet weet en niet kon weten wat de toestand van dit oogenblik vordert".²⁸

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

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

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

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

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

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

Geboden. De toon van de Tien Geboden is een kategorisch: "Gij zult niet" of een "Gij zult".

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

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

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

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

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

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

Regels en beginselen die op een dergelijke manier in een constitutie worden beschermd noemen we ook wel "verschanst" (in het Engels spreken we van "entrenchment"). Een bekende verschansing is die, zoals geregeld in art. 5 van de Constitutie van de Verenigde Staten. Daarin is bepaald dat amendementen (in de VS kan men de constitutie alleen wijzigen door daaraan amendementen toe te voegen) alleen kunnen worden aangenomen door een tweederde meerderheid in beide kamers van het Congres. Verder moet zo'n amendement dan nog met een drievierde meerderheid van de verschillende deelstaten worden aangenomen. In Duitsland vereist men voor wijziging

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

³¹ Art. 1 verklaart de menselijke waardigheid onaantastbaar. Vgl. Giese, Bernhard, *Das Würde-Konzept*, Duncker & Humblot, Berlin 1975; Maunz, Theodor, & Zippelius, R., *Deutsches Staatsrecht*, 27e druk, C.H Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1988, p. 173. De grondwet van Namibië verklaart de hele lijst van grondrechten die daarin is opgenomen als onveranderlijk. Vgl. art. 131 (met dank aan Peter Baehr).

van het fundamentele recht van de constitutie een meerderheid van tweederde binnen elke kamer van de volksvertegenwoordiging (bepaalde beginselen van de constitutie mogen echter nooit worden gewijzigd, zoals we reeds hebben gesteld).

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

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

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

8. Vierde kenmerk van mensenrechten: afdwingbaarheid voor de rechter

In de Verenigde Staten wordt het Congres op een tweeledige manier beperkt. Allereerst kan het alleen maar wetten maken over zaken die in de Constitutie expliciet worden genoemd, maar ook geldt dat wanneer het Congres de bevoegdheden zou overschrijden die men krachtens de Constitutie heeft, de producten van het Congres niet als juridisch geldig erkend worden. In feite is dat in overeenstemming met hoe men in verschillende rechtsstelsels de verhouding ziet tussen de centrale overheid en lagere overheden. Wanneer een lagere overheid een besluit neemt dat niet in overeenstemming is met hogere wetgeving dan wordt dit niet als een rechtsregel erkend. Deze regels zijn geen

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

³³ Bryce, James, *Modern Democracies*, II, MacMillan and Co., London 1921, p. 11. Vgl. over het thema van de zelfbinding ook Friedmann, Lawrence M., *American Law*, W.W. Norton & Company, New York and London 1984, p. 33 e.v.; Holmes, Stephen, "Precommitment and the paradox of democracy", in: Elster, J., and Slagstad, R., *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, New York 1988; Cliteur, P.B., "Traditionalism, Democracy, and Judicial Review", in: B. van Roermund, ed., *Constitutional Review, Verfassungsgerichtsbarkeit, Constitutionele toetsing*, Kluwer/W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer/Zwolle 1993b, pp. 55-77.

recht, maar "null and void", vermeldt men in de Amerikaanse literatuur.³⁴ Dat betekent ook iets voor de verplichting tot gehoorzaamheid. Aangezien men als burger alleen maar gehoorzaamheid is verschuldigd aan regels en bevelen die zijn uitgevaardigd binnen de kring van bevoegdheid van het orgaan of de persoon die de regels of bevelen heeft uitgevaardigd, is men ook niet gebonden aan wetgeving van een wetgever die zijn bevoegdheden heeft overschreden.

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

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

Degene die deze consequentie nog het meest helder en invloedrijk heeft verwoord, is de Amerikaanse opperrechter John Marshall (1775-1835).³⁵ Marshall zei in de bekende uitspraak *Marbury v. Madison* (1803), dat de macht van de wetgever is bepaald en afgeperkt.³⁶ Opdat deze beperkingen niet worden vergeten is de constitutie geschreven. En wat voor reden zou men hebben om de macht te beperken wanneer die beperkingen op elk moment kunnen worden overschreden? "It is a proposition too plain to be contested, that the Constitution controls any legislative act repugnant to it; or, that the legislature may alter the constitution by any ordinary act".³⁷

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

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

³⁶ Vgl. voor enkele recente commentaren: Clinton, Robert L., "Precedent as Mythology: A Reinterpretation of *Marbury v. Madison*", in: *The American Journal of Jurisprudence*, 1990, pp. 55-86; O'Fallon, James, M., "Marbury", in: *Stanford Law Review*, Vol. 44, 1992, pp. 219-260; Zoethout, C.M., *Constitutionalisme*, Een vergelijkend onderzoek naar het beperken van overheidsmacht door het recht, Gouda Quint, Arnhem 1995, pp. 218-223.

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

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

De mannen (het *waren* allemaal mannen) die in 1787 in Philadelphia de constitutie maakten, hadden een levendige voorstelling van het menselijk kwaad en zij waren met 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.³⁸ De jurist James Wilson, later lid van het Supreme Court in Washington, zei dat de macht uiteindelijk bij het volk zou moeten liggen en de fathers accepteerden dat.

Hun mens- en wereldbeeld was enigszins ambivalent. Enerzijds zagen zij de massa als onbetrouwbaar en gevaarlijk, anderzijds kon men zich niet voorstellen dat er een andere legitimatie voor een regering zou kunnen worden gevonden dan de 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 worden veranderd. Wat de founding fathers daarom deden is wat zij noemden "checking vice with vice". Madison gaf dat tamelijk pessimistische denkbeeld op een indrukwekkende manier gestalte in het eerste commentaar op de Amerikaanse grondwet, *The Federalist Papers*, 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.³⁹

Vanuit een humanistisch gezichtspunt bekeken is dat allemaal nogal vreemd, merkt de historicus Hofstadter op. De founding fathers hadden een pessimistische mensbeschouwing. Zij zagen de mens als een wezen dat wordt geleid door eigenbelang en toch

Books, New York 1991 (1952), p. 83.

³⁸ 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.

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

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.

10. John Marshall en de federalisten

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

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

Enig inzicht in de historisch-politieke context waarin de uitspraak gedaan werd, is in dit geval van groot belang. Er waren ten tijde van Marshall twee partijen. Vanaf 1789 waren de *federalisten* aan de macht geweest, maar bij de verkiezingen van 1800 behaalden de *republikeinen* onder aanvoering van Jefferson de overwinning. Bij de republikeinen ging het om gewone lieden die zich verzetten tegen de meer aristocratische federalisten. De federalisten probeerden om in de enkele weken waarin zij nog aan de macht waren zoveel mogelijk rechters te benoemen en daarmee hun invloed voor de komende jaren veilig te stellen. Zelfs wanneer de nieuwe president geen federalist zou zijn of de meerderheid in het Congres uit republikeinen zou bestaan, dan nog zou de federale

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

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

politiek invloed kunnen hebben via de rechterlijke macht. De republikeinen probeerden deze benoemingen van het laatste moment natuurlijk zoveel mogelijk te blokkeren. Het volgende probleem deed zich voor. Het bewind van de federalisten zou op 3 maart 1801 ten einde lopen. De scheidende president John Adams had echter op 2 maart nog enkele tientallen benoemingen verricht en daarvoor op 3 maart een bekrachtiging van de Senaat gekregen. De beschikkingen werden getekend en voor het grootste deel aan de betrokkenen persoonlijk ter hand gesteld, maar in alle haast waren enkele beschikkingen blijven liggen, waaronder die van rechter-in-spe Marbury. Dit vormde voor de republikeinen een mooie gelegenheid om nog enkele benoemingen te blokkeren. Jefferson gaf aan zijn minister van binnenlandse zaken, James Madison, het bevel om de benoemingsbrieven niet uit te reiken.

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

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

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

Marshall wierp drie vragen op:

- (1) "Has the applicant a right to the commission he demands?". Deze vraag beantwoordde Marshall bevestigend. Wanneer de benoemingsbrief is getekend en verzegeld, is de benoeming juridisch geëffectueerd. Het achterhouden van de benoemingsbrief is "an act deemed by the court not warranted by law, but violative of a vested right". Deze vraag dient men echter te onderscheiden van een tweede kwestie die Marshall aan de orde stelde:

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

- (2) "If he has a right, and that right has been violated, do the laws of this country afford him a remedy?". Ook deze vraag werd door Marshall bevestigend beantwoord, dit in tegenstelling tot de derde vraag die hij onderscheidde:
- (3) "If they do afford him a remedy, is it a mandamus issuing from this court?". Die vraag werd door Marshall ontkennend beantwoord.

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

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

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

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

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

De logische opbouw van de redenering van Marshall heeft veel indruk gemaakt.⁴⁴ Het argumentatieve talent van Marshall is dan ook zeer bekend (en bij sommigen berucht) geworden.⁴⁵ Voorstanders van het toetsingsrecht hebben daarom wel gezegd dat Marshall

⁴³ 1 Cranch 137 (1803), p. 8.

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

⁴⁵ Jefferson zei eens tegen Judge Story: "When conversing with Marshall, I never admit

een logisch sluitende redenering heeft gepresenteerd waarom toetsing en het idee van hoger recht noodzakelijk met elkaar samenhangen.

11. Het Nederlandse toetsingsverbod

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Maar, zoals gezegd, dat is dan wel de natuurrechtstraditie op zijn best. Het is de natuurrechtstraditie zoals deze zich heeft ontwikkeld tot een traditie van mensenrechten. In 1803 waren de hoofdlijnen ontwikkeld van een: *geïnstitutionaliseerde beperking van politieke*

1990.

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

macht door hoger recht, waarbij dat hogere recht is opgetekend in een formeel document en wordt afgedwongen, ook tegenover de wetgever, door de rechter.

In overeenstemming met de historische betekenis van het model zouden we daarvoor een eigen kwalificatie kunnen introduceren. Wat we nu hebben geschetst zou men, vrij naar Romein,⁵⁰ het Algemeen Constitutioneel Patroon van de Moderne Tijd (ACP) kunnen noemen. Het is het model dat binnen de westerse maatschappijen bijna (ik zal straks nog één kenmerk introduceren van het moderne concept van mensenrechten) als het voorlopig einde van de constitutionele ontwikkeling wordt gezien. Het is *algemeen* in de zin van universeel, *constitutioneel* in de zin dat het betrekking heeft op de grondslagen van de inrichting van de samenleving en het is een ACP *van de moderne tijd* in de zin dat het kenmerkend is voor het constitutionele denken zoals dat sinds de Verlichting op de voorgrond is getreden.⁵¹ Lange tijd heeft het concurrerende Britse model waarin men van gecodificeerde mensenrechten en een daarbij behorend rechterlijk toetsingsrecht niets wilde weten standgehouden, maar met de toenemende eenwording van Europa lijkt dat ook steeds meer te worden prijsgegeven.

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

13. Vijfde kenmerk van mensenrechten: universaliteit

Na 1803 moeten we een flinke sprong maken naar de periode van na de Tweede Wereldoorlog. In 1948 werd in het kader van de Verenigde Naties de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens aangenomen. Hier werd op basis van het uitgangspunt van de menselijke waardigheid een lijst van mensenrechten geproclameerd die universele strekking heeft. De Universele Verklaring werd geproclameerd als een "common standard of achievement for all peoples and all nations". Bij de Universele

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

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

Verklaring wordt deze pretentie nadrukkelijk uitgesproken, maar het is in feite inherent aan de gedachte van mensenrechten in het algemeen: mensenrechten beogen rechten te geven aan de mens in het algemeen. Zij gelden in beginsel voor iedereen die de status van mens heeft en moeten door een ieder worden gerespecteerd.

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

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

14. Vier soorten rechten

Men kan op vier verschillende manieren waarden en normen in verband brengen met rechten. De Amerikanen spreken van "rights-talk". "Rights-talk" komt voor op verschillende "niveaus" en het door elkaar halen van van de verschillende betekenissen waarin het woord "recht" gehanteerd kan worden, zorgt voor grote verwarring.⁵² Daarbij gaat het overigens niet om vier verschillende soorten rechten die iedereen zal erkennen, maar om vier manieren waarop in het alledaagse spraakgebruik een beroep op rechten wordt gedaan.⁵³ Zo kan men onderscheid maken tussen (a) gewone juridische rechten, (b) mensenrechten als constitutionele rechten, (c) gewone morele rechten en (d)

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

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

mensenrechten als universele of natuurlijke rechten. De eerste twee categorieën rekenen we doorgaans tot het positieve recht; de laatste twee categorieën tot de moraal.

(a) Gewone juridische rechten

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

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

(b) Mensenrechten als constitutionele rechten

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

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

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

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

(nog) geen rechterlijke toetsingsmogelijkheid aan hetzelfde grondrecht uit de grondwet, zoals hiervoor is uiteengezet.

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

(c) Gewone morele rechten

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

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

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

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

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

real laws come real rights"). In de rechtspositivistische traditie, zoals in Engeland geïnitieerd door Bentham en verder ontwikkeld door zijn leerling John Austin, wordt dan ook erg veel waarde gehecht aan het nauwkeurig onderscheiden tussen recht *zoals het is* en recht zoals het *moet zijn*.⁵⁹ Het zal niet verbazen dat Bentham en Austin om dezelfde redenen ook principiële bezwaren hebben tegen een vierde manier van "rights-talk".

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

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

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

Voor dit verhaal is nu vooral van betekenis dat na de Tweede Wereldoorlog de categorieën 2 en 4 zijn samengevloeid. De mensenrechten als constitutionele rechten waren reeds tot stand gekomen in 1803, toen Marshall de consequentie trok dat het geen

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

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

zin heeft hoger recht in een constitutie vast te leggen als het niet door de rechter wordt afgedwongen. Daarmee was het concept van de mensenrechten als constitutionele rechten "af". Maar de Amerikaanse grondwet bevatte rechten *voor Amerikanen*. Het was nog niet een verklaring voor de rest van de wereld. Het vijfde kenmerk van het moderne concept van mensenrechten, de universaliteitspretentie, kwam pas prominent naar voren na de Tweede Wereldoorlog. Toen werd het traditionele ideaal van een voor alle burgers van de wereldgemeenschap geldend recht waarvoor men in de natuurrechtstraditie had geijverd, werkelijk als een juridisch afdwingbare mogelijkheid naar voren gebracht.

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

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

Met het op de voorgrond treden van het vijfde kenmerk is het denken over mensenrechten *theoretisch* af. Het idee van (i) subjectieve rechten ontleend aan hoger recht, (ii) vastgelegd in formele documenten, (iii) moeilijker wijzigbaar gemaakt door verschansing, als (iv) toetsingsgrond voor de rechter en met (v) universele strekking is

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

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

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

daarmee tot een voorlopige voltooiing gekomen. Het verhaal is af. Het wordt ook in grote delen van de wereld geaccepteerd als constitutioneel ideaal. Daarom werd het hiervoor het een Algemeen Constitutioneel Patroon van de Moderne Tijd genoemd. Het moet alleen wel praktisch verder worden verwerkelijkt en op dat terrein is nog veel werk te doen.

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

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

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