Maastricht University

RechtSpreken : mensenrecht in openbare orde

Citation for published version (APA):

Bost, R. (1999). *RechtSpreken : mensenrecht in openbare orde*. [Doctoral Thesis, Maastricht University]. Datawyse / Universitaire Pers Maastricht. https://doi.org/10.26481/dis.19990111rb

Document status and date:
Published: 01/01/1999

DOI:
10.26481/dis.19990111rb

Document Version:
Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

• A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
• The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
• The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

Link to publication

General rights
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

• Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
• You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
• You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the “Taverne” license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Download date: 19 Apr. 2024

RechtSpreken

Mensenrecht in openbare orde

Foto's omslag:
voor: "The Kid", Charles Chaplin (1921)
achter: Het Limburgs Dagblad,
Rie als Charlie's Angel in de carnavalsoptocht in Kerkrade (1978)

RechtSpreken

Mensenrecht in openbare orde

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Universiteit Maastricht,
op gezag van de Rector Magnificus,
prof. dr. A.C. Nieuwenhuijzen Kruseman,
volgens het besluit van het College van Decanen,
genomen op 11 januari 1999

door

Rie Bost

UNIVERSITAIRE PERS MAASTRICHT

Promotores:
Prof. Mr. N.H.M. Roos
Mr. M.J. Cohen

Beoordelingscommissie:
Prof. Mr. drs. G.E. van Maanen (voorzitter)
Prof. Mr. C. Flinterman
Prof. Mr. G.R. de Groot
Prof. Mr. D.H.M. Meuwissen (Rijksuniversiteit Groningen)
Prof. Mr. A.Q.C. Tak

Voorwoord

Het boek is af. Na ruim tien jaar hard werken, veel lezen, schrijven en stevig discussiëren ligt er nu een werk dat als proeve van bekwaamheid is goedgekeurd voor het verkrijgen van de doctorstitel.

Je persoonlijke geschiedenis tekent de totstandkoming van dit boek. Steeds gesteund door je promotor-van-begin-af-aan Job Cohen en door je man Jo en je kinderen Britta, Bart en Kara, heb je voortdurend doorgewerkt, ook al zat het soms niet mee. In 1996 word je ziek, maar dat belet je niet om na een tijd de draad van het onderzoek weer op te pakken. Daarnaast werk je als docent/tutor aan de Maastrichtse juridische faculteit.
In de loop van 1998 word je opnieuw – ernstig - ziek. Het lijntje met het proefschrift wordt wel heel dun, totdat Nico Roos, die als jouw voornaamste begeleider in de latere fasen van het onderzoek is opgetreden, de hoofdstukken van het tweede deel van het boek naar inhoudsdeskundige collega's stuurt. Na bemoedigende reacties van hun zijde, kruipt hij achter de computer om nog wat te sleutelen aan het eerste deel, en met name in het vierde hoofdstuk de samenhang aan te brengen zoals die in jullie onderlinge discussies al min of meer was vastgesteld. Jullie bespreken zijn aanpassingen. Je leest het manuscript nog eens door en geeft het dan, met wat opmerkingen die slechts kleine wijzigingen betreffen, uit handen.

Na de goedkeuring door de beoordelingscommissie vormen Nico Roos en wij, je paranimfen, een team en gaan aan de slag om die dingen te doen die horen bij de afronding van een proefschrift: voorwoord, nawoord, samenvatting, Synopsis, literatuurlijst, notenapparaat, tikfouten, drukker. Daarbij wordt het werk in beperkte mate geactualiseerd. De lezer zal merken dat tot en met 1995 veel literatuur en voorbeelden in de tekst zijn verwerkt. Daarna zijn slechts de verwijzingen naar handboeken in de noten bijgewerkt tot recente drukken. Secretariële hulp komt van Monique Destreel van de capaciteitsgroep Metajuridica, die het werk camera-ready maakt. Je familie draagt zorg voor de mooie omslag en Uitgeverij Datawyse levert buitengewoon snel werk. Namens jou bedanken wij iedereen die aan het verschijnen van dit boek een bijdrage heeft geleverd. Een bijzonder woord van dank gaat nog uit naar Alma van Bers, die je vanaf het begin van je studie uitdaagde om rechtsfilosofische onderwerpen aan te pakken.

We feliciteren je, vanuit een diepe verbondenheid in collegiale vriendschap, van harte met het afronden van je boek en het behalen van de titel.

Elsloo/Maastricht, januari 1999

Annemiek Derks
Ria Wolleswinkel

Inhoudsopgave

Deel I Mensenrecht en discursieve rechtvaardigheid

HOOFDSTUK 1 INLEIDING

1.	Een onderzoeksthema dient zich aan	1
2.	De kwestie Geertruidenberg: is dit recht?	2
3.	Begrippen: Recht, rechtsorde en rechtsidee	5
4.	Openbare orde als algemeen inzetbaar rechtsbegrip	7
5.	Mensenrecht als morele kern van recht	9
6.	Overzicht van de opbouw van dit boek	11

HOOFDSTUK 2 OP ZOEK NAAR EEN THEORETISCH KADER

1.	Een gespreksmodel van recht	13
2.	Barendrecht: recht als model van rechtvaardigheid	14
3.	Bespreking van Barendrechts theorie	15
4.	De vraag naar het primaat: mensenrecht of democratie?	19
5.	Ideeënhistorische voedingsbodem voor interne samenhang tussen mensenrecht en democratie?	20
6.	Publieke autonomie en de morele kern van het recht	24

HOOFDSTUK 3 RECHT "SPREKEN"

1.	Inleiding	27
2.	Private en publieke autonomie...	27
3.	...een niet operationeel te maken concept?	29
4.	De samenhang van private en publieke autonomie met politieke macht	31 31
5.	Openbaarheid	33
6.	Openbaarheid en gesprek in de rechtszaal	36
7.	Dimensies van rationeel handelen	41
8.	De ontkoppeling van systeem- en leefwereld in het recht	44

HOOFDSTUK 4 IN ALPARTIJDIG PERSPECTIEF: DRIE BEGINSELEN VAN MENSENRECHT

1.	Inleiding	45
2.	Alpartijdig stellen en toepassen van rechtsnormen	45
3.	Alternatieve concepties van alpartijdigheid	48
4.	Bruggen tussen private en publieke autonomie	52
5.	Drie beginselen van rechtens behoorlijk handelen	55
6.	Drie beginselen van mensenrecht	58

Deel II Mensenrecht en openbare orde in het Nederlands recht

HOOFDSTUK 5 INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT

1.	Inleiding	61
2.	Opkomst van het openbare orde begrip in het ipr	63
3.	"Eenige opmerkingen..." uit 1895	64
4.	Na 1895: via zedelijke en algemene rechtsbeginselen...	67
5.	en in samenhang met voorrangsregels...	69
6.	naar doorwerking van drie beginselen van mensenrecht	70
7.	Openbare orde als ingang voor toetsing van vreemd recht aan het Europees mensenrechtenverdrag?	73
8.	Openbare orde als laatste kwaliteitstoets in het ipr	78

HOOFDSTUK 6 PRIVAATRECHT

1.	Inleiding	81
2.	Ontstaan van het Nederlandse privaat- en publiekrecht	82
3.	Het begrippenpaar openbare orde en goede zeden in het contractenrecht	84
4.	Doorwerking van moraal via het begrippenpaar openbare orde en goede zeden	85
5.	Drie beginselen van contractenrecht en drie beginselen van mensenrecht: een vergelijking	89
6.	Doorwerking van drie beginselen van mensenrecht in drie fasen: voor, tijdens en na het sluiten van het contract	91

HOOFDSTUK 7 PUBLIEKRECHT

1.	Inleiding	97
2.	Het openbare orde begrip in het verenigingsrecht van politieke partijen	97
3.	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in verhouding tot drie beginselen van mensenrecht	104
4.	Het politiebegrip openbare orde	109
5.	Misdrijven en overtredingen betreffende de openbare orde en de zeden in het Wetboek van Strafrecht	114

HOOFDSTUK 8 INTERNATIONAAL PUBLIEKRECHT

1.	Inleiding	121
2.	De ontwikkeling van de vrijheid van geweten tot klassiek mensenrecht	122
3.	Zet "oeverloosheid" van het geweten het vrijheidsbeginsel opzij?	126
4.	Drie beginselen van mensenrecht als hulpmiddel bij het opheffen van de tweedeling in klassieke en sociale mensenrechten?	131
5.	Staatsverplichtingen: uitbanning van rassen-discriminatie tegenover respect voor uitingsvrijheid van journalisten	133
6.	Een universele bemiddelende functie van het begrip openbare orde ten aanzien van mensenrecht	136
7.	Mensenrecht in de context van Europees Gemeenschaps-recht	139
8.	Openbare orde in de context van Europees Gemeenschaps-recht	144

HOOFDSTUK 9 EEN RICHTSNOER VOOR IEDER?

1.	Inleiding	149
2.	Samenvattende vergelijking Nederlands recht	149
3.	Houdbaarheidstest in Nederlands recht geslaagd	153
4.	Een proef met de kwestie Geertruidenberg: is dit recht?	155
5.	Drie beginselen van mensenrecht als universeel richtsnoer voor ieder in een wereldorde in wording?	156

Inhoudsopgave

Samenvatting 159

Synopsis 169

Literatuurlijst 181

Nawoord 189

DEEL I

MENSENRECHT EN DISCURSIEVE RECHTVAARDIGHEID

Hoofdstuk 1

INLEIDING

1. Een onderzoeksthema dient zich aan

In 1982 had ik als bijna vijftigjarige het genoegen te behoren tot de eerste lichting van de in dat jaar in Maastricht gestarte juridische faculteit. Vol enthousiasme en verwachting begonnen wij aan de "revolutionaire" opleiding van deze nieuwe faculteit. Ik viel, zo weet ik nu, met mijn neus in de juridische boter. Volgens een probleemgestuurde afspraak met medestudenten las ik ter kennismaking met jurisprudentie een uitspraak van de Hoge Raad die bekend staat als het tweede Geertruidenberg-arrest.[1] Het arrest verbaasde mij in hoge mate en boeide mij aanzienlijk meer dan overeenkwam met de overige in de onderwijsgroep aanwezige belangstelling en met de voor bespreking beschikbare tijd. Job Cohen was tutor in die onderwijsgroep. "We kunnen er nog wel een keertje over praten", zei hij terloops in de wandelgang na afloop van de bijeenkomst. Dat was het begin van een reeks kostelijke discussies door de jaren heen, zowel voor als na de voltooiing van mijn studie.

Omdat "Geertruidenberg" het onderzoek op gang heeft gebracht en om de lering die er uit te trekken valt, wordt deze strafzaak in de volgende paragraaf kort besproken (par. 2). Bij eerste lezing riep het Geertruidenberg-arrest bij mij de vraag op: is dit recht? Die vraag had niet veel te maken met de formele technisch-juridische kwaliteit van de uitspraak. Ze had vooral te maken met inhoudelijk-morele kwaliteit. Anders gezegd: het ging niet om de legaliteit maar om de legitimiteit van de uitspraak van de rechter. Na de verbazing rond het tweede Geertruidenberg-arrest kreeg de term openbare orde voor mij een signaalfunctie voor de problemen met betrekking tot orde en rechtvaardigheid. "Openbare orde" leek een soort toverspreuk waarmee taaltovenaars in het rechtsbedrijf praktisch elke gewilde richting uit kunnen. Daarbij leek het ordeperspectief nogal eens te domineren ten koste van rechtvaardigheid.[2] Dat heeft in dit onderzoek geleid tot een opvatting van het begrip recht (par. 3) die beide kanten omvat en waarin de spanning te onderkennen is tussen "recht" en "orde" zoals die begrippen in de centrale onderzoeksthese gebruikt worden.

De centrale these van dit onderzoek luidt als volgt. Er is een morele kern van recht aan te wijzen die dienst kan doen als richtsnoer voor een niet alleen legale maar ook legitieme interpretatie van (openbare) orde in een democratische rechtsorde. Deze morele kern cor-

1 HR 19 januari 1962, NJ 1962, 107.

2 Tegen het einde van de studie schreef ik onder begeleiding van Alma van Bers en Job Cohen een artikel met als titel "Openbare orde: een toverspreuk" en als ondertitel "Beschouwingen naar aanleiding van de Geertruidenberg-arresten". Zie Maastrichtse wandelingen door het Recht, 10 scripties van de eerste lichting afgestudeerden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Maastricht, september 1986, p. 6-20.

respondeert met presupposities van het menselijk discours zoals geanalyseerd door Jürgen Habermas. Deze discursieve rechtvaardigheid is ten nauwste verbonden met de idee van de universele mensenrechten en ik duid hem daarom ook aan als mensenrecht. In het tweede deel van deze studie zal de praktische houdbaarheid van een in het eerste deel te ontwikkelen richtsnoer worden getest in het Nederlandse recht.

De notie "mensenrecht" is wellicht niet de eerste associatie die door de term openbare orde zal worden opgeroepen. Bij de term openbare orde denkt men onwillekeurig aan ordehandhaving zelfs al zou dat ten koste gaan van mensenrechten, bijvoorbeeld wanneer de politie optreedt bij wanordelijkheden. Toch zal uit deze studie blijken dat beide noties ten nauwste met elkaar verbonden zijn. Om dat voorlopig enigszins plausibel te maken zeg ik het een en ander over de algemene inzetbaarheid van het politiek-juridische begrip openbare orde (Stelling I; par. 4). In de daarop volgende paragraaf (par. 5) zet ik uiteen hoe de notie mensenrecht refereert aan de morele kern van het moderne westerse recht (Stelling II).

In de afsluitende paragraaf van deze inleiding wordt aangegeven hoe het betoog verder zijn beslag krijgt (par. 6).

2. De kwestie Geertruidenberg: is dit recht?

Alleen al het bestaan van de Geertruidenbergse kwestie als strafzaak deed mij als eerstejaars rechtenstudent in 1982 gekunsteld aan, om nog maar te zwijgen van de wijze waarop de Hoge Raad de kwestie afdeed. Juridisch ging het om een eis van openbare orde als "noodzakelijke" beperking van de uitoefening van "de openbare godsdienst" als mensenrecht. Feitelijk kwam de eis van openbare orde neer op een aan de Nederlandse grondwet ontleend verbod om in de Noord-Brabantse plaats Geertruidenberg een rooms katholieke processie te houden. Verbazingwekkend voor mij was dat de "noodzaak" van het zogenaamde processieverbod niet werd aangetoond met het oog op de lokale toestand in de tijd waarin de processie gehouden werd, dat wil zeggen de toestand in de plaats Geertruidenberg in het jaar 1957. Nee, deze "noodzaak" werd beredeneerd met het oog op plaatselijke gebruiken die via een grondwetsbepaling uit 1848 teruggevoerd werden tot 1795 en eerder. Met een in mijn studentenogen bizarre vasthoudendheid werd deze strafzaak door het openbaar ministerie tot in hoogste nationale rechtsinstantie gevoerd in een geschil dat eenvoudig niet in het tolerante Nederland van de tweede helft van de twintigste eeuw leek te passen. Als sluitstuk bleek de Hoge Raad bereid een mij bizar voorkomende openbare orde-formule uit te spreken. Als gevolg daarvan bleef de eis van het openbaar ministerie betreffende de openbare orde overeind en faalde het beroep van de verdachte op het mensenrecht. Mijn vraag was: is dit recht?

Zie hier de toedracht. Een kapelaan van de rooms-katholieke St. Gertrudisparochie te Geertruidenberg houdt op 23 juni 1957 aldaar een openbare godsdienstoefening in de vorm van een door hem georganiseerde processie. Een strafrechtelijke vervolging tegen de kapelaan is het gevolg. Volgens de tenlastelegging heeft hij "de R.K. openbare godsdienst uitgeoefend op een andere plaats of op andere plaatsen, dan waar de openbare godsdienstoefening, naar art. 184 lid 2 (art. 107 lid 2 oud) der Grondwet volgens de bij de uitvaardiging der Grondwet van 1848 bestaande wetten en reglementen was toegelaten." De

kapelaan roept artikel 9 van het voor Nederland in 1954 in werking getreden Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) in, dat dateert van 4 november 1950. Volgens de tekst van artikel 9 lid 2 EVRM is een beperking van de in het eerste lid neergelegde godsdienstvrijheid slechts toegelaten als die niet alleen bij wet is voorzien in een democratische gemeenschap, maar ook "noodzakelijk" is voor de bescherming van de openbare orde.

De Rechtbank Breda komt aan het beroep op artikel 9 EVRM niet toe. Bij vonnis van 25 februari 1958 wordt de verdachte kapelaan vrijgesproken.[3] De rechtbank oordeelt dat het openbaar ministerie niet geslaagd is in het te leveren bewijs dat in 1848 de openbare godsdienstoefening in Geertruidenberg niet gebruikelijk was. Op 9 december 1958 bevestigt het Hof 's-Hertogenbosch in hoger beroep de uitspraak van de rechtbank. Op 15 mei 1959 vernietigt de Hoge Raad de uitspraak van het Hof op grond van onzuivere vrijspraak en verwijst de zaak voor afdoening naar het Hof Arnhem.[4] De Hoge Raad overweegt onder andere "dat, waar het Hof te dezen slechts beslissend heeft geacht de vraag, of bewezen is dat in de gemeente Geertruidenberg in 1848 de openbare godsdienstoefening, in den ruimsten zin genomen, buiten gebouwen en besloten plaatsen niet gebruikelijk was, en het Hof daarnevens nog slechts heeft overwogen dat ook geen enkel bewijs geleverd is aangaande den plaatselijke feitelijke toestand en deszelfs gebruiken te Geertruidenberg in 1822, het college aan de hierboven uit de te laste legging aangehaalde woorden een onjuiste betekenis heeft toegekend."

Om de processie in Geertruidenberg als geoorloofd te kunnen beschouwen is volgens de Hoge Raad niet alleen nodig dat die vorm van godsdienstoefening bij de uitvaardiging van de Grondwet 1848 in die gemeente gebruikelijk was, maar ook "dat dit gebruik steun vond in het Besluit van 23 april 1822, met andere woorden dat plechtigheden van dien bepaalden vorm te Geertruidenberg tot 1822 "zonder interruptie altijd" - zowel voor als na 1795 - hebben plaats gehad." Door niet verder terug te denken dan 1822, is het Hof volgens de Hoge Raad tekort geschoten.

Hoe valt een overweging over oeroude gebruiken met voorbijgaan aan de reële plaatselijke situatie in 1957 te rijmen met een moderne verdragseis als die van artikel 9 lid 2 EVRM? Een eis van openbare orde moet volgens dat artikel toch "noodzakelijk" zijn om een beperking van de godsdienstvrijheid te rechtvaardigen? In zijn eerste arrest komt de Hoge Raad aan een antwoord op deze vragen nog niet toe.

Na de verwijzing door de Hoge Raad klaart het Hof Arnhem het toetsingskarwei in een uitspraak van 8 maart 1961.[5] Het Hof stelt het grondwettelijk processieverbod buiten werking als onverenigbaar met artikel 9 EVRM en ontslaat de verdachte van rechtsvervolging. Het Hof oordeelt dat de in het tweede lid van artikel 184 Grondwet neergelegde beperking niet geacht kan worden noodzakelijk te zijn voor de openbare orde.

3 Rechtbank Breda 25 februari 1958, NJ 1959, 254.
4 HR 15 juni 1959, NJ 1959, 560 met noot B.V.A.R.
5 Hof Arnhem 8 maart 1961, NJ 1961, 424.

En dan komt het tweede Geertruidenberg-arrest. Daarin draait de Hoge Raad de beslissing van het Hof Arnhem terug, tegen het advies van de procureur-generaal Langemeijer in. De Hoge Raad maakt daarbij gebruik van de volgende toetsingsformule. Alleen dán mag de rechter volgens de Hoge Raad een beperking van de vrijheid van godsdienst door de wetgever als *niet* noodzakelijk voor de bescherming van de openbare orde beschouwen "indien het ten enen male ondenkbaar zou moeten worden geacht dat een wetgever, gesteld voor de noodzaak met het oog op de bescherming van de openbare orde te dien aanzien een regeling te treffen, daartoe een zodanige regeling in redelijkheid zou kunnen treffen of handhaven."

Als beginnend rechtenstudent wist ik niet dat ik te maken had met een omstreden staaltje Nederlandse jurisprudentie. Ik dacht: waaróm laat de Hoge Raad die mensen met hun mensenrecht in de kou staan? Voor het ordelijk verloop van het gemeenschapsleven in Geertruidenberg is een strafvervolging op grond van het oeroude processieverbod ongetwijfeld niet nodig en juridisch gezien staat artikel 9 EVRM de rechter als "hoger" recht ter beschikking om het processieverbod buiten werking te stellen. Ik dacht verder: de toepassing ervan is niet "noodzakelijk" maar de rechter is kennelijk niet bereid het processieverbod buiten toepassing te verklaren. De consequentie dat het in het EVRM gewaarborgde mensenrecht dan geen bescherming biedt neemt de rechter op de koop toe. En tenslotte dacht ik: de toverspreuk die de rechter deze keuze biedt in dit taalspel dat rechtspraak heet is: "openbare orde".

Met de intussen bereikte distantie is niet alleen mijn verbazing begrijpelijk, maar ook de terughoudendheid van de Hoge Raad wat betreft de toepassing van het Europees mensenrechtenverdrag. Dat het processieverbod als eis van openbare orde niet in een gewone wet maar in de grondwet verpakt zat, heeft de Hoge Raad uiteraard parten gespeeld. In 1962 was toetsing van een bepaling van de hoogste nationale wetgever - en dan nog wel een bepaling met een historisch gewicht als het processieverbod - aan een piepjonge verdragsbepaling voor de Hoge Raad een onwennig karwei.
In het licht van de klassieke scheiding van overheidsmachten leek het toepassen van een internationale verdragsbepaling door de rechter ten koste van een bepaling van de nationale grondwet in die tijd wellicht heiligschennend. In de ogen van de rechter kon het rechtsbelang van een processie in het Noord-Brabantse Geertruidenberg daar kennelijk niet tegenop. Dat de houding van de Hoge Raad achteraf gezien begrijpelijk is, wil echter nog niet zeggen dat deze achteraf ook goed te praten valt. Maar er is méér.

Opmerkelijk is dat het processieverbod pas in 1983 uit de Nederlandse grondwet en - in verband met uitvoeringswetgeving - pas in 1988 uit het Nederlandse recht is verdwenen. Laten we aannemen dat het processieverbod in 1815 nodig was, gelet op de toen gevoelige geloofsverhoudingen tussen protestanten en katholieken in dit land. Tegen welke tijd had het dan als grondwettelijke maatregel van openbare orde realiter geschrapt kunnen worden? De grondwetsherziening in 1848 komt daarvoor niet in aanmerking. Ook bij de grondwetsherziening in 1917, toen tijdens de eerste wereldoorlog een "godsvrede" de pacificatie van openbaar en bijzonder onderwijs mogelijk maakte, was politiek Nederland er blijkbaar niet aan toe om het processieverbod uit de grondwet te halen.

Na de tweede wereldoorlog, rond de tijd van de Universele Verklaring van de rechten van de mens (1948) en het mede daardoor geïnspireerde Verdrag van Rome, het EVRM (1950), moet de tijd ongetwijfeld wél rijp zijn geweest om het processieverbod uit de grondwet te halen en als museumstuk bij te zetten. Dat het ook dán nog tientallen jaren met grondwettelijke status kon blijven voortbestaan zou eenvoudig toegeschreven kunnen worden aan het feit dat het politiek niet interessant was en aan het tijdrovende van een herziening van de grondrechtencatalogus die leidde tot de grondwetsherziening 1983. Het vervallen van het processieverbod was een onderdeel van die herziening.

Leerzaam vind ik het, te constateren dat in een tijd waarin een regel niet alleen duidelijk "uit de tijd" is, maar het met het oog op een nieuwe regel ook voor de hand ligt om ze buiten toepassing te laten, gezagsdragers te vinden zijn die bereid zijn verbaliserend, vervolgend en rechtsprekend zo'n achterhaalde bepaling "in rechte" zijn werk te laten doen. In rechte? Mijn vraag blijft: is dit recht?

3. Begrippen: recht, rechtsorde en rechtsidee

Volgens Meuwissen zijn de belangrijkste kenmerken van recht: a) het tot stand brengen van recht door daartoe bevoegd gezag; b) de algemene gelding; c) de gerichtheid op uiterlijk waarneembaar menselijk gedrag; d) de kenbaarheid, algemeen-toegankelijkheid en rationaliteit van recht; e) de formele structuur; f) de rechtsidee.[6] Op elk van deze kenmerken ga ik hierna kort in.

Ad a) Het proces van rechtsvorming en rechtshandhaving wordt op gang gehouden door daartoe bevoegd gezag. Het bevoegd gezag, de overheid met als overheidsorganen wetgever, rechter en overheidsbestuur, wordt door het recht binnen een rechtsstelsel aangewezen en georganiseerd en is zelf ook aan het recht gebonden.

Ad b) Met de gelding van recht is de aanspraak bedoeld op algemene verbindendheid van het recht. In die aanspraak kan onderscheid gemaakt worden tussen drie facetten van gelding: de sociale, de juridische en de morele gelding.[7] Deze drie facetten maken in onverbrekelijke samenhang de normatieve gelding van het recht uit. Sociale gelding wil zeggen dat het recht feitelijk wordt toegepast en nageleefd. Juridische gelding betekent dat het recht op een door het recht zelf geregelde manier is tot stand gekomen. Dit facet van gelding komt overeen met het begrip legaliteit. De morele gelding betreft de eerder al ter sprake gekomen legitimiteit, het moreel gerechtvaardigd zijn van recht.De algemeenheid van de gelding van recht betekent dat het voor overheidsgezag en burgers binnen een rechtsorde gelijkelijk verbindend is.

6 D.H.M. Meuwissen, Recht en vrijheid, Inleiding in de rechtsfilosofie, Utrecht/Antwerpen 1982, p. 13 v.

7 Zie Meuwissen 1982, p. 216, die voor de drie geldingsmomenten verwijst naar R. Dreier, "Recht und Moral", in Recht, Moral, Ideologie 1981, p. 180.

Ad c) Recht doen is gericht op het reguleren van uiterlijk waarneembaar menselijk gedrag. Dat wil niet zeggen dat persoonlijke opvattingen en gevoelens van mensen door het recht nooit beschermd worden. Integendeel, denk maar aan de mensenrechtelijke erkenning van de vrijheid van geweten, godsdienst en levensovertuiging. Waar het om gaat is dat de regulerende taak van het recht niet verder gaat dan uiterlijk waarneembaar gedrag, ongeacht door welke geestelijke instelling dat gedrag geïnspireerd is.

Ad d) Kenbaarheid, algemeen-toegankelijkheid en rationaliteit zijn kenmerken die nauw samenhangen met de algemene gelding van recht. Naarmate recht minder bekend en toegankelijk is en minder vrij van willekeur, kan het in de praktijk moeilijker door ieder toegepast en nageleefd worden. Recht drijft als het ware op een openbaarheid waarin rationeel geregelde procedures voorzien in rationele argumentaties en afwegingen voor het behandelen of oplossen van maatschappelijke problemen.

Ad e) Op haar beurt hangt de formele structuur van het recht nauw samen met de kenbaarheid, algemeen toegankelijkheid en rationaliteit van het rechtsstelsel als geheel. Globaal kan onderscheid worden gemaakt tussen rechtsnormen (zoals wettelijke regels en rechterlijke beslissingen), rechtsfiguren of rechtsinstituties (zoals eigendom of contract) en rechtsinstituten (zoals verenigingen).

Ad f) Met uitzondering van de morele legitimiteit als één van de drie facetten van gelding (zie onder b), hebben alle hiervoor besproken kenmerken van recht betrekking op procedurele en structurele kanten van recht. In termen van recht en orde in een rechtsorde zou je dat de formeel ordenende kant van recht kunnen noemen. De rechtsidee daarentegen heeft betrekking op de inhoudelijk ordenende kant van recht. Preciezer gezegd verwijst de rechtsidee naar de pretentie die het recht als geheel heeft om een bepaald einddoel te verwerkelijken. Op dat finale doel ga ik in deze korte bespreking van kenmerken van recht nog niet nader in. Voldoende is hier de constatering dat de morele gelding van recht direct betrokken is op de rechtsidee.

Formeel-technisch dient recht voor het in stand houden van een uiterlijke ordening van menselijk samenleven volgens een in recht uitgedrukt organisatiepatroon. Zo gezien correspondeert de component "orde" in het begrip "rechtsorde" met de formeel-technische aspecten van recht. Om volwaardig als "recht" te kunnen gelden moeten uiterlijke ordening en het organisatiepatroon daarachter echter niet alleen op de aspecten feitelijke en technisch-juridische gelding maar ook op het aspect morele gelding betrokken zijn. Wat feitelijk of technisch-juridisch aan rechts*ordening* wenselijk of nodig lijkt kan in strijd zijn met de rechtsidee. Daardoor kan deze ordening morele gelding ontberen en daarmee als rechts*ordening* te kort schieten. Via deze studie over openbare orde en rechtvaardigheid, wil ik pogen tot een nadere bepaling te komen van de rechtsidee zodanig dat er een praktisch richtsnoer kan worden gehanteerd om te controleren of beide elementen van de term rechtsordening de juiste nadruk hebben gekregen. Dit richtsnoer, dat ontwikkeld wordt in het eerste deel van deze studie, bestaat uit drie beginselen: *vrijheid*, *trouw* en *zorg*. Via de analyse van de ontwikkeling van het begrip openbare orde in het Nederlandse recht zal blijken dat ook het begrip "openbare orde" alleen als rechtsbegrip adequaat kan

worden begrepen als het ordenende aspect van het recht wordt onderworpen aan deze drie morele beginselen.

4. Openbare orde als algemeen inzetbaar rechtsbegrip

Stelling I: "Het begrip *openbare orde* is als kwalificatie van dwingend recht in beginsel in iedere rechtsregel of rechtsbeslissing toe te passen."

In dit stadium van het betoog zou ik de stelling ook kunnen vereenvoudigen tot de bewering dat de uitdrukkingen "dit is van openbare orde" en "dit is dwingend recht" in het Nederlandse recht synoniem zijn. Daarbij wil ik het niet laten. Met een korte algemene plaatsbepaling en enkele voorbeelden uit het Nederlandse recht wordt de stelling hier alvast iets nader toegelicht.

In het begrip openbare orde komt uiterlijke ordening als oerfunctie van recht tot uitdrukking. Deze functie raakt de meest essentiële grenzen van en binnen een rechtsorde en daarmee de kernproblemen van recht. Extern gericht markeert het begrip de grenzen van binnen een rechtsorde geldend recht. Zo kan een nationaal georiënteerd openbare orde begrip in het internationaal privaatrecht functioneren als effectief afweermiddel tegen vreemd recht.[8] En moeizame discussies over internationalisering van openbare orde begrippen binnen de Europese Gemeenschap lopen parallel met een even moeizame ontwikkeling van een Europese rechtsorde zelf.[9] Intern, binnen een rechtsorde, raakt het begrip openbare orde eveneens wezenlijke grenzen, zoals die tussen het publieke en het private en die tussen dwingend recht en aanvullend recht.

In het Nederlandse recht heeft het begrip openbare orde uiteenlopende betekenissen. Die betekenissen variëren van het ordelijk verloop van het alledaagse leven op straat of ander openbaar terrein tot een samenvallen van openbare orde met rechtsorde, van trivialiteiten in het leven van alledag tot de als meest fundamenteel gedachte beginselen van de sociale en democratische rechtsstaat. Globaal zijn twee soorten betekenissen aan te geven. De ene soort betreft zeer veelzijdige, maar per geval beperkte, aan een concrete context gebonden betekenissen. De andere soort heeft betrekking op de rechtsorde als geheel.

De aloude politietaak tot het handhaven van de openbare orde lijkt de meest duidelijke toepassing van het begrip openbare orde in beperkte, feitelijke contexten. Maar wat rest nog van die duidelijkheid als blijkt dat de politietaak sterk verweven is met bestuurlijke handhaving van de rechtsorde als geheel?[10]

In het privaatrecht is het contract als private rechtshandeling een klassiek voorbeeld van de rekbaarheid van het begrip openbare orde (en goede zeden), als instrument in handen van

8 Zie hfdst. 5.
9 Zie hfdst. 8, par. 7 en 8.
10 Zie hfdst. 7, par. 4.

de burgerlijke rechter. Bij de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1838 werd bepaald dat een overeenkomst niet in strijd mag zijn met de openbare orde en de goede zeden. De interpretatie van dit begrippenpaar in de loop van de tijd weerspiegelt fraai de evolutie van de contractsvrijheid in de zich van klassiek liberaal tot verzorgingsstaat ontwikkelende Nederlandse rechtsstaat.[11]

Dat het begrip openbare orde een sleutelpositie kan innemen bij problemen die het democratisch functioneren van de rechtsstaat raken, illustreert de geschiedenis van de verenigingsvrijheid van politieke partijen. Bij het grondrecht tot vereniging functioneert het begrip openbare orde vanouds als beperkingscriterium. Maar ook de meer recente geschiedenis van de Wet van 17 maart 1988 inzake "verboden rechtspersonen" laat zien hoe zich tot in onze tijd hevige dilemma's in parlementaire discussies afspelen rond het begrip "openbare orde". Die bewogen geschiedenis laat óók zien hoe ondanks of juist dankzij hevige controverses het open begrip openbare orde als criterium ter beperking van het recht tot vereniging gehandhaafd wordt.[12]

Het materiële strafrecht kan als een met directe sanctiedreiging opgelegde en gehandhaafde publieke ordening in zijn geheel worden opgevat als openbare orde in de zin van dwingend recht. En het Nederlandse strafprocesrecht telt een groot aantal procesregels die "van openbare orde" zijn, dat wil zeggen dat ze wegens hun functie als waarborg voor een deugdelijk proces van dwingende aard zijn.[13]

Als passend sluitstuk van het voorlopig aannemelijk maken van de algemene juridische inzetbaarheid van het begrip openbare orde volgt hier een passage uit het parlementair debat rond het verdwijnen van het eerder besproken processieverbod uit de Nederlandse grondwet. In dat debat gaat het over nieuwe criteria ter beperking van de vrijheid van godsdienst en levensbeschouwing. De Raad van State is weinig gelukkig met "gezondheid, verkeer en wanordelijkheden". Vooral "verkeer" als mogelijke beperking van een grondrecht, vindt de Raad niet fraai. Hij geeft in overweging te volstaan met: "De wet kan regels stellen ter handhaving van de openbare orde." Daar zou volgens de Raad het verkeer zo nodig onder vallen.[14]

In hun commentaar geven de verantwoordelijke ministers als hun mening te kennen dat het voorstel van de Raad van State een aanmerkelijke uitbreiding van de beperkingsbevoegdheid en dus een verzwakking van het grondrecht zou inhouden. Dan volgt deze passage: "Het begrip "openbare orde" is er een, dat zich bijzonder ruim laat uitleggen." Nagenoeg alle beleidsdoeleinden laten zich eronder brengen (...). Hantering van een begrip als wanordelijkheden is veel duidelijker en verdient, waar nodig aangevuld met andere beperkingsgronden, naar onze mening de voorkeur."[15] De ministers hebben gelijk. Het begrip openbare orde is er inderdaad een dat zich bijzonder ruim laat uitleggen, zodat "nagenoeg

11 Zie hfdst. 6.
12 Zie hfdst. 7, par. 2.
13 Zie hfdst. 7, par. 5.
14 Kamerstukken II 1975/76, 13872, nr. 4, p. 65.
15 Kamerstukken II 1975/76, 13872, nr. 6, p. 31.

alle beleidsdoeleinden" eronder te brengen zijn. Sterker nog: het woord "nagenoeg" kan wat mij betreft uit het citaat vervallen, zodat niet "nagenoeg alle", maar "alle" beleidsdoeleinden in het begrip openbare orde zijn onder te brengen. Deze gedachte is wat het begrip openbare orde betreft het uitgangspunt van mijn betoog.

5. Mensenrecht als morele kern van recht

Stelling II: "De notie *mensenrecht* omvat de morele kern van recht naar westerse traditie."

In deze stelling gaat het over de *notie* mensenrecht. Daarmee wil ik duidelijk maken dat het niet gaat om mensenrecht in een betekenis van concreet geldend recht zoals dat in internationale verdragen of nationale wetten te vinden is. Het gaat om de *idee* mensenrecht, die als invulling van de eerder besproken *rechts*idee de morele gelding van iedere specifieke juridisering van rechten van de mens bepaalt. Om de stelling voorlopig aannemelijk te maken plaats ik de historische ontwikkeling van rechten van de mens tegen de achtergrond van de beweerde algemene juridische inzetbaarheid van het begrip openbare orde.

Als eerder aangegeven is het ordenen en op orde houden van een menselijke samenleving als oerfunctie van recht herkenbaar in het politiek-juridisch begrip openbare orde. Ordenende macht is in iedere samenleving aanwezig. Dat is niet alleen een ervaringsfeit, het kan ook gezien worden als een zekere behoefte van mensen. Ordening kan zekerheid en daardoor bescherming bieden. Maar ordenende macht kan óók in de eerste plaats beschouwd en gebruikt worden in het belang van machthebbers zélf. Niet alleen degenen die aan macht onderworpen zijn, ook machthebbers zelf hebben behoefte aan legitimatie van hun machtspositie. In een eerste juridische dimensie in de Westerse traditie is dit het "recht" op regeermacht.[16] Een tweede juridische dimensie is het "recht" van besturen, door middel van organisatie en de inzet van een passend geacht instrumentarium. Een derde dimensie in de hier zeer grof geschetste ontwikkeling is juridische normering van de ordenende machtsuitoefening zélf. In deze dimensie is de vraag: wát doet het gezag door middel van zijn organisatie en instrumentarium en hóe doet het dat in een rechtsverhouding met de bestuurden? In deze fase gaat het om de rechtspositie van de burger ten opzichte van de overheid.

De notie mensenrecht is aan de oppervlakte gekomen en uitgegroeid in vrijheidsbewegingen als reacties tegen overheidsmacht. Dat heeft geleid tot de ontwikkeling van klassieke grond- of mensenrechten, die als functie hebben om op vrijheid gerichte belangen van leden van een samenleving tegen overheidsinmenging te beschermen. Dat daarbij vanouds de morele kern van vrijheid in het geding is geweest, daarvan getuigt de historische ontwikkeling van de vrijheid van geweten. In 1579 heeft deze morele vrijheid in de Unie van Utrecht als eerste de juridische status van mensenrecht bereikt.[17]

16 J. van der Hoeven, De drie dimensies van het bestuursrecht, Alphen a.d. Rijn 1989, p. 11 v.
17 Zie hfdst. 8, par. 2.

In de historische ontwikkeling van klassieke rechten van de mens past het begrip openbare orde als een machtsinstrument dat overheden speelruimte geeft om zich *niet* te onthouden, om in naam van het algemeen belang legaal inbreuk op rechten van de mens te kunnen maken. Het beeld van een zich zowel op het gebied van klassieke als op dat van sociale rechten van de mens actief inmengende overheid is na enkele wereldoorlogen een verschijnsel van onze tijd. Naar de mate waarin in de ordening van de samenleving de notie mensenrecht in gejuridiseerde vormen is doorgedrongen, heeft dit in inhoud en werking van het begrip openbare orde weerspiegeling gevonden.

Het overheidsoptreden en parallel daaraan het openbare orde begrip bestrijkt steeds meer ook situaties waarin sprake is van horizontale werking van rechten van de mens, tussen burgers onderling. Tenslotte bestrijkt het juridisch openbare orde begrip ook actieve overheidsinmenging bij het feitelijk verwezenlijken van zowel klassieke als sociale rechten van de mens. In naam van openbare orde gaat dit desnoods ten koste van rust en veiligheid zoals die in een klassieke invulling van het openbare orde begrip werden opgevat. Denk bijvoorbeeld aan het zo nodig inzetten van een grootscheepse politiebescherming voor het waarborgen van vrijheid van meningsuiting bij een controversiële betoging. In een klassieke opvatting van het handhaven van de openbare orde zou het toelaten van zo'n betoging eenvoudig niet aan de orde zijn geweest.

Als in het begrip openbare orde tenslotte ook bescherming van burgers tégen de overheid tot uitdrukking komt - de eerder geschetste derde dimensie van juridische normering - dan is de cirkel van juridische inzetbaarheid van het begrip openbare orde in samenhang met rechten van de mens rond. In dit verband beschouw ik de term openbare orde in artikel 4 lid 2 van de Wet Persoonsregistraties - als uitwerking van het sedert 1983 in de Nederlandse grondwet opgenomen recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer - als een historisch moment in de juridisering van de spanningsrelatie tussen openbare orde en mensenrecht in het Nederlandse recht. Ter bescherming van de beslotenheid van zijn persoonlijke levenssfeer kan de burger nu juist het bij uitstek publieke begrip openbare orde niet alleen tegen mede-burgers, maar ook tegen de overheid als zodanig in stelling brengen. Daarmee heeft de notie mensenrecht zich in een juridische uitwerking in de kern van het juridisch begrip openbare orde genesteld.

De geschetste ontwikkeling heeft het oorspronkelijk probleem van bescherming van onderdanen tegen overheidsmacht niet uit de wereld geholpen, al kan geconstateerd worden dat onderdanen zich tot steeds mondiger wordende burgers ontwikkeld hebben. Geheel afgezien van goede of minder goede bedoelingen ontstaan in naam van zorg, bescherming, bemiddeling op het gebied van rechten van de mens nieuwe machtsafhankelijkheden waar evenwichtige machtsverdeling met gelijkwaardige vrijheid voor ieder de inzet is. Bovendien ontstaat naast overheidsmacht ook groeiende overheidsonmacht. Dat wordt in de hand gewerkt door factoren als steeds verder gaande maatschappelijke democratisering en een internationalisering die het gevolg is van groeiend besef van afhankelijkheden in het licht van mondiale problemen. Het beeld dringt zich op van een onoverzichtelijke verwevenheid van machtscentra op uiteenlopende levensgebieden. Dat maakt rechtsbescherming door en tegen overheden bepaald niet minder roblematisch. Het machtsprobleem zelf is onoplos-

baar. Het kan hooguit in de loop van de tijd telkens weer vertaald worden in een probleem waar beter of minder goed mee te leven valt.

Met het oog op individuele rechtsbescherming lijkt het feit dat rechten van de mens in gejuridiseerde vormen steeds meer *in* het algemene juridisch begrip openbare orde tot uitdrukking komen op het eerste oog een onverdeeld prima ontwikkeling: het "machtige" begrip openbare orde komt steeds meer expliciet in dienst te staan van rechten van de mens. Maar zit hier niet een addertje onder het gras? Dreigt het moreel appèl van de notie mensenrecht tot behoorlijk handelen in de samenleving niet op de achtergrond te raken naar mate deze notie in steeds meer alledaagse vormen juridisch "ingelijfd" wordt in de ordenende macht van "openbare orde"? Dreigt daardoor het gevaar dat de notie mensenrecht als morele kern van het moderne recht onherkenbaar wordt, zonder dat daar voldoende compenserende rechtsbescherming voor in de plaats komt? Ik denk van wel.

Om de herkenbaarheid en werkbaarheid van de notie mensenrecht te bevorderen probeer ik ze in deze studie te vertalen in een richtsnoer dat bestaat uit drie beginselen van mensenrecht. In de loop van het betoog hoop ik aannemelijk te maken dat deze beginselen *vrijheid*, *trouw* en *zorg* zijn en geen andere.

6. Overzicht van de opbouw van dit boek

Na dit inleidend hoofdstuk komen in het tweede hoofdstuk enkele kwesties rond de keuze van een theoretisch kader aan bod. Als deze besproken zijn lijkt een aan de theorie van Jürgen Habermas aanknopend gespreksmodel van recht en democratie een voor dit onderzoek geschikte keuze. Als theoretisch kader lijkt het precies de *interne* spanning tussen legaliteit en legitimiteit van rechtsvorming in de democratische rechtsstaat aan het licht te kunnen brengen, waar het in dit onderzoek om gaat. In hoofdstuk drie wordt vervolgens de vruchtbaarheid voor dit onderzoek beproefd van Habermas' discourstheorie van het recht en de democratische rechtsstaat.[18] De aandacht gaat daarbij vooral uit naar Habermas' concept van private en publieke autonomie, dat naar het mij voorkomt precies in mijn onderzoek past. Daarop aansluitend wordt de notie mensenrecht in hoofdstuk vier nader geanalyseerd en uitgewerkt in de drie bovengenoemde beginselen.

In het tweede deel probeer ik de potentiële praktische bruikbaarheid van het in het eerste deel ontwikkelde richtsnoer aannemelijk te maken in het Nederlandse recht. In de hoofdstukken vijf tot en met acht spits ik dit onderzoek toe op het internationaal privaatrecht (hoofdstuk 5) en belangrijke deelgebieden in privaatrecht (hoofdstuk 6), publiekrecht (hoofdstuk 7) en internationaal publiekrecht (hoofdstuk 8).

In hoofdstuk 9 worden de resultaten van het onderzoek in het Nederlandse recht vergeleken. Vervolgens beoordeel ik, - da capo al fine - aan de hand van het door mij voorgestelde richtsnoer het rechtsgehalte van het tweede Geertruidenberg-arrest, de uitspraak van de

18 Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, Frankfurt am Main 1992.

Hoge Raad waar deze studie mee begonnen is.

In een korte slotbeschouwing waag ik mij aan enkele speculaties over universaliteit van drie beginselen van mensenrecht als richtsnoer voor ieder in een Europese en wereldorde in wording. De technische kwaliteit van recht mag dan het terrein van juridische specialiste zijn. Dat wil niet zeggen dat ook de morele kwaliteit van recht aan specialisten mag, moet of kan worden overgelaten. Algemene aanvaardbaarheid van openbare ordening in een *rechts*orde in een kwestie die ieder als lid van die *rechts*orde rechtstreeks aangaat.

Hoofdstuk 2

OP ZOEK NAAR EEN THEORETISCH KADER

1. Een gespreksmodel van recht

Kort gezegd is dit onderzoek een zoektocht naar een operationeel te maken kern van de rechtsidee in een democratische rechtsstaat. De combinatie van het zoeken naar een inhoudelijke kern van recht in een procedureel perspectief van democratie vraagt een theoretisch kader dat deze beide aspecten kan omvatten. Mijn voorkeur gaat uit naar een gespreksmodel van recht en democratie. Dat maakt het mogelijk, een theoretisch kader op te bouwen vanuit de realiteit van alledaagse levenservaring. Die realiteit betreft zowel ieders gesprekservaring op het microniveau van het leven van alledag als het maatschappelijk macroniveau van een in de westerse traditie gewortelde democratische rechtsvorming. Het is echter nog maar de vraag of in een consequent opgevat gespreksmodel van democratie sprake kan zijn van een onvervangbare inhoudelijke kern van recht.

Moet in een radicaal opgevatte democratie niet iedere *inhoud* van recht in beginsel door rechtsgenoten zélf als veranderlijk "in gesprek" kunnen worden gebracht? Stel dat dit inderdaad zo is, maakt dit mijn onderzoek dan niet overbodig? De dissertatie van Barendrecht, Recht als model van rechtvaardigheid, lijkt de overbodigheid van het zoeken naar een inhoudelijk-morele kern van recht te bevestigen.[1] Barendrecht zoekt niet op een zeer algemeen niveau naar een kerninhoud van de rechtsidee. Integendeel, hij stelt voor om geldend Nederlands recht, wetgeving en rechtspraak, te beschouwen als model van rechtvaardigheid. Waar ik uitga van rechtvaardigheid als model van recht gaat Barendrecht omgekeerd uit van recht als model van rechtvaardigheid. Zet een van ons beiden hier de zaak op zijn kop? Of getuigt Barendrechts aanpak eenvoudig van meer realiteitszin dan de mijne? Is het zoeken naar een zeer algemeen model van rechtvaardigheid een utopie?

Na een beschrijving (par. 2) en bespreking (par. 3) van Barendrechts theorie blijft mijn centrale onderzoeksvraag overeind. Maar de vraag of een gespreksmodel een passend theoretisch kader voor dit onderzoek kan bieden, is dan nog niet beantwoord. Een antwoord blijkt afhankelijk te zijn van de onderlinge verhouding tussen democratie en mensenrecht. Als het primaat bij mensenrecht ligt en democratie daaraan ondergeschikt is, dan is een gespreksmodel van recht in dit onderzoek niet consequent door te voeren. Als echter omgekeerd het primaat bij democratie ligt, dan is mijn onderzoek als geheel niet uitvoerbaar. Het rijmt immers niet de notie mensenrecht te beschouwen als inhoudelijk morele kern van legitieme rechtsvorming in de democratische rechtsstaat en die notie tegelijk op te vatten als ondergeschikt aan democratie.

1 J.M. Barendrecht, Recht als model van rechtvaardigheid, Deventer 1992.

Een onderzoek naar een eventuele prioriteitsverhouding (par. 4) zal een interne samenhang tussen de noties democratie, mensenrechten en rechtvaardigheid aan het licht brengen die de vraag naar het primaat irrelevant maakt. Nadat die samenhang ook in een theorieënhistorische schets getraceerd is (par. 5), is de weg vrij om een gespreksmodel van recht als theoretisch kader verder te bespreken. Dat gebeurt in het volgende hoofdstuk. Laten we nu eerst het model van Barendrecht nader bekijken.

2. Barendrecht: recht als model van rechtvaardigheid

Barendrecht gaat ervan uit dat rechtvaardigheid het doel is van recht. Hij ontwikkelt echter geen algemene maatstaf voor rechtvaardigheid. Rechtvaardigheid beschouwt hij als een hol en leeg en volledig waardevrij begrip, een werkbegrip dat staat voor "al datgene wat men met het recht wil bereiken."[2] Daarmee wil hij aangeven dat het recht niet te verwezenlijken is zonder acht te slaan op de inhoud ervan. Hij vindt het echter niet nodig meteen ook te bepalen welke die inhoud moet zijn.

Barendrecht betoogt dat ook zonder rechtvaardigheid nader te omlijnen de constante spanning tussen recht en rechtvaardigheid geconstateerd kan worden. Volgens hem is men zich van de spanning tussen het stelsel van het geldende recht en de rechtvaardigheid altijd al bewust geweest. "Aristoteles signaleerde al dat rechtsregels hun gebreken kunnen hebben. De billijkheid als correctief op het wettenrecht is door hem uitgevonden."[3] In het kader van zeer algemene theorieën over rechtvaardigheid bespreekt Barendrecht naast Aristoteles ook Kant en Bentham. "Rechtvaardigheid zou volgens Aristoteles betekenen, dat ieder het zijne krijgt. Rechtvaardigheid zou volgens de categorische imperatief van Kant inhouden, dat men aldus moet handelen, dat men van zijn vrijheid zo gebruik maakt, dat zij kan samengaan met de vrijheid van een ander, op een wijze als volgens een algemene regel bepaald. Rechtvaardigheid zou volgens Bentham meebrengen, dat de grootste hoeveelheid geluk voor alle mensen tezamen wordt bereikt."[4] Volgens Barendrecht is dit soort algemene theorieën nooit in werkelijkheid aanvaard als de basis voor een rechtsstelsel. De kans dat dat ooit zal gebeuren acht hij uitermate gering "al kan men het nooit helemaal uitsluiten."[5]

In zijn theorie beschouwt Barendrecht het geldende positief recht als model van rechtvaardigheid. Wettelijke regels en rechterlijke uitspraken worden opgevat als weergave van de stand van de in de loop van de tijd verworven kennis over rechtvaardigheid op het desbetreffende deelgebied van het recht. Zijn vooronderstelling ten aanzien van het Nederlandse rechtsstelsel is dat daarin recht en rechtvaardigheid dicht bij elkaar liggen. Met zijn theorie keert Barendrecht zich in het bijzonder tegen het werken met vage normen in het huidige Nederlandse civiele recht. In zijn visie werken vage normen, als sluiproutes naar

2 Barendrecht 1992, p. 23.
3 Barendrecht 1992, p. 24, verwijst naar Aristoteles' Nicomacheische Ethiek V.10 en verder naar Paul Scholten, Verzamelde Geschriften I, p. 239-241.
4 Barendrecht 1992, p. 41.
5 Barendrecht 1992, p. 41.

rechtvaardigheid, belemmerend op het verwerven van kennis over rechtvaardigheid. Sterker nog, ze kunnen deze kennis vernietigen. Als alternatief pleit hij voor een stelsel met scherpere maar flexibele normen, die zowel door de wetgever als door de rechter gesteld kunnen worden.

Het zoeken naar rechtsregels als theorieën of modellen van rechtvaardigheid vergelijkt Barendrecht met het zoeken naar wetenschappelijke theorieën die een juiste beschrijving van de werkelijkheid geven. Met het oog op het ontbreken van een maatstaf voor rechtvaardigheid betoogt hij dat het verschil met de wetenschappelijke theorieën gradueel is. Ook daar berust de aanvaarding van een theorie uiteindelijk altijd op een keuze.[6] Barendrecht gaat uit van het standaardbeeld van wetenschappelijke activiteit. Aan Poppers kritisch-rationalisme ontleent hij het criterium van falsifieerbaarheid van wetenschappelijke theorieën, de eis van de mogelijkheid tot weerlegging. Aan Lakatos ontleent hij het criterium van behoud van informatie bij het vervangen van een theorie door een betere.[7] Geheel vage normen, zoals de norm van redelijkheid en billijkheid, voldoen niet aan het criterium van behoud van informatie en daardoor zijn ze niet te falsifiëren. Met het oog op kennis over rechtvaardigheid zijn ze waardeloos.[8]

Tegen het einde van Barendrechts betoog dient zich alsnog een mogelijke invulling van rechtvaardigheid aan, als democratische legitimatie van het recht ter sprake komt. Het resultaat van de rationele maatschappelijke discussie komt dan naar voren als een mogelijk criterium van rechtvaardigheid. "Neemt men het criterium van het resultaat van de maatschappelijke discussie als maatstaf, dan kiest men echter voor een bepaalde invulling van het begrip rechtvaardigheid, op welke keuze men kritiek kan hebben", aldus Barendrecht.[9]

3. Bespreking van Barendrechts theorie

In het kader van een voortdurende kritische discussie over de inhoud van recht spitst Barendrecht zijn studie toe op vage normen, die hij beschouwt als "sluiproutes naar rechtvaardigheid". Dat betekent in zijn visie dat ze als dragers van kennis van rechtvaardigheid waardeloos zijn. Die visie kan ik niet delen. Mij lijkt dat nu juist vage normen, zoals bijvoorbeeld de goede trouw, rechtstreeks de morele kern van recht kunnen raken. Dragen zulke normen geen kennis van rechtvaardigheid? Daarover gaat de eerste vraag. De idee van een voortdurende kritische discussie over de inhoud van recht acht ik mét Barendrecht essentieel voor de kwaliteit van recht. Daarover gaat de tweede vraag.[10]

6 Barendrecht 1992, p. 39-40.

7 Barendrecht 1992, p. 25 v. verwijst naar Popper: The logic of scientific discovery, 1968 (1959); The open society and its enemies delen 1 en 2, 1980 (1945); The poverty of historicism, 1986 (1957); Conjectures and refutations, 1989 (1963). Zie Barendrecht 1992, p. 61 v. over Lakatos, met verwijzingen naar Lakatos, Falsification and the methodology of scientific research programmes, in Lakatos c.s. (red.), Criticism and the growth of knowledge, 1988 (1970); Proofs and refutations, 1988 (1976).

8 Barendrecht 1992, p. 52.

9 Barendrecht 1992, p. 240.

10 Zie uitvoeriger R. Bost, Recht als model van rechtvaardigheid, in RAR nr. 1, 1994, p. 40-47.

Hoofdstuk 2

Eerste vraag: Kan Barendrecht tegen de achtergrond van zeer algemene theorieën over rechtvaardigheid vage normen als goede trouw en redelijkheid en billijkheid afdoen als normen die geen dragers zijn van kennis van rechtvaardigheid? Voorop gesteld: juridisch-technisch gezien kan Barendrecht in zijn theorie vage normen zonder meer afdoen als waardeloos op het gebied van kennis van rechtvaardigheid. Sterker nog, hij kán niet anders dan geheel vage normen afdoen als informatief waardeloos. Dat eisen de criteria die hij zelf in zijn theorie aanlegt. Aan de hand van deze criteria, falsifieerbaarheid (Popper) en het behoud van informatie (Lakatos) zoals Barendrecht die opvat, valt een norm als redelijkheid en billijkheid eenvoudig door de mand.

De vraag is of een voorbeeld als dat van de billijkheid - waarvan Barendrecht zelf zegt dat Aristoteles deze "uitgevonden" heeft als correctie op gebreken van wettenrecht - alleen al sterk genoeg is om een kennisbegrip dat alleen scherpe normen als dragers van kennis herkent als te beperkt door de mand te laten vallen. Laten we eerst wat verder kijken naar Barendrechts voorbeelden van algemene theorieën.

Over de theorieën van Aristoteles, Kant en Bentham spreekt Barendrecht als "vele prachtige natuurrechtelijke beginselen" die in de loop der eeuwen zijn ontwikkeld en die men kan beschouwen als zeer algemene theorieën over rechtvaardigheid.[11] Niet te ontkennen valt dan dat deze theorieën op zijn minst getuigen van een door de eeuwen heen zoeken naar algemene kennis van rechtvaardigheid. Aristoteles' beginsel "ieder het zijne" heeft als het ware het eeuwig leven. Onder privaatrechtelijk georiënteerde theoretici is het vanouds gemeengoed, ook al leidt het telkens weer tot kritische discussie over de invulling ervan.[12] Hoe kan dat? Wijst dit niet op het door de eeuwen heen overdragen, kritisch toetsen en steeds verder ontwikkelen van kennis van rechtvaardigheid? Ook al voldoet het beginsel niet aan Barendrechts criteria van falsifieerbaarheid en behoud van informatie? Gaat voor het vrijheidsbeginsel zoals Kant dat heeft gehanteerd en getransformeerd tot morele kern van recht niet dezelfde redenering op?

Ook Barendrechts laatste voorbeeld van een zeer algemene theorie - Benthams criterium van het grootste geluk voor alle mensen samen - is hier interessant. Het betreft de transformatie van Benthams criterium in de maatschappijfilosofie van Popper. In zijn theorie over de inrichting van de samenleving keert Popper de oude utilistische formulering van Bentham om. Hij gaat niet uit van het abstract vermeerderen van *geluk* maar van het concreet verminderen van *ongeluk*.[13] Ook dit voorbeeld illustreert fraai hoe het voortbouwen op zeer algemene theorieën te maken heeft met het verwerven van kennis over rechtvaardigheid.

11 Barendrecht 1992, p. 40-41, verwijst voor een overzicht van deze theorieën naar W. Luijpen, Rechtvaardigheid, tweede druk, Zwolle 1979.

12 Vgl. J.H. Nieuwenhuis, Ieder het zijne, RM Themis 1988, p. 73 v.; Arent van Haersolte, De mens en het zijne, Zwolle 1984, p. 1-16; Henk Simon, Publiekrecht of privaatrecht?, Zwolle 1993, p. 43.

13 Vgl. M.S. Groenhuijsen, De criticus bekritiseerd, NJB 1982, p. 161 v., in de door Barendrecht 1992, p. 31 gesignaleerde discussie over het belang van Popper voor de rechtswetenschap.

Interessant in het voorbeeld Bentham/Popper in vergelijking met de theorie van Barendrecht is, dat Popper zich niet als Barendrecht toelegt op kennis van rechtvaardigheid, maar op het oplossen van problemen van *on*rechtvaardigheid. In dat licht verschijnen rechters niet primair als constructeurs van scherpe normen maar als probleemoplossers die in steeds veranderende omstandigheden moeten oordelen. In dat licht moeten rechters in de algemene context van een zich steeds verder ontwikkelend leerproces en in de bijzondere context van een concreet probleem hun weg zoeken, in directe confrontatie en discussie met de partijen in het proces.

Is het aannemelijk dat in het geschetste leerproces het gebruik van zich in de loop der jaren steeds verder uitkristalliserende vage normen getuigt van het belemmeren of vernietigen van kennis van rechtvaardigheid? Nee. Wie hier twijfelt raad ik aan de eerste casestudy die Barendrecht als test van zijn theorie over vage normen bespreekt, het afbreken van onderhandelingen, te vergelijken met de bespreking van de ontwikkeling van dit leerstuk bij De Kluiver.[14] Is het in de geschetste optiek van concrete probleemoplossing niet aannemelijk dat kennis van rechtvaardigheid óók opgeslagen ligt in zeer algemene normen als redelijkheid en billijkheid, in formules als ieder het zijne en in zeer algemene beginselen als het vrijheidsbeginsel? Zijn er verschillende soorten kennis? Ik denk van wel. De inhoudelijke opvatting van de redelijkheid en billijkheid, die in een compleet netwerk van algemene en specifieke bepalingen is vastgelegd in het huidige Nederlandse Burgerlijk Wetboek bevestigt deze gedachte. Barendrecht zelf noemt het BW het "beste voorbeeld" dat de wet de weergave vormt van regels "die door gestage groei van kennis op het gebied van rechtvaardigheid tot stand zijn gekomen, in een steeds voortdurend trial and error proces."[15] Al met al meen ik te kunnen concluderen dat de éénkennigheid ten aanzien van kennis van rechtvaardigheid in Barendrechts theorie onhoudbaar is. Daarmee is het gevaar geweken dat vage normen die de morele kern van recht tot uitdrukking brengen waardeloos zijn op het gebied van kennis van rechtvaardigheid.

Tweede vraag: Hinkt Barendrechts proefschrift op twee gedachten? Met verve verdedigt hij zijn theorie van recht als model van rechtvaardigheid. Tegen het einde van zijn betoog voorziet hij dit hol en leeg begrip rechtvaardigheid alsnog van een mogelijke inhoud. Dat brengt mij op de vraag: verdraagt Barendrechts theorie van recht als model van rechtvaardigheid zich met zijn voorstel voor invulling van het begrip rechtvaardigheid? Voor een antwoord volg ik Barendrecht op het terrein van Habermas' communicatietheorie.

Mét Barendrecht vind ik een op Habermas' werk geïnspireerd ideaalbeeld van een rationele maatschappelijke discussie over normen van samenleving een aantrekkelijk uitgangspunt voor het bepalen van de inhoud van het recht. Het smalle kennisbegrip dat Barendrecht hanteert sluit echter niet aan op het brede rationaliteitsbegrip dat in het hart van Habermas' communicatietheorie zit. Barendrecht zegt dat Habermas getracht heeft "om

14 Barendrecht 1992, p. 82-92.; H.J. de Kluiver, Onderhandelen en privaatrecht, Deventer 1992, p. 245 v. Zie ook Bost 1994, p. 46.

15 Barendrecht 1992, p. 238. Zie voor uitgebreide analyses van de redelijkheid en billijkheid in het oude en het huidige BW: L.K. van Zaltbommel, De betekenis van het recht als systeem, Amsterdam 1993, p. 45-62.

zowel voor wetenschappelijke waarheidsaanspraken als voor normatieve oordelen één rationaliteitsbegrip te formuleren."[16] Dat klopt ook wel, zij het dat Habermas' rationaliteitsbegrip nog breder is. Het bevat niet alleen criteria voor waarheid in de objectieve wereld van feiten en voor juistheid in de sociale wereld van normen. Het biedt ook ruimte voor criteria voor waarachtigheid in de subjectieve wereld van persoonlijke uitingen.[17]

Volgens Barendrecht biedt Habermas' leer de mogelijkheid om de inrichting van de maatschappij te doen bepalen op basis van kennis van de beste oplossing, maar ruimt ze ook een plaats in voor democratisch tot stand gekomen keuzes. En vervolgens zegt hij: "De kennis die is verworven, speelt immers een cruciale rol in de redelijke argumentatie."[18] Ongetwijfeld gebruikt Barendrecht hier het kennisbegrip zoals hij dat eerder in zijn proefschrift ontwikkeld heeft. Dit begrip is echter exclusief gericht op kennis die in zo scherp mogelijke juridische teksten is vast te leggen. Voor contextafhankelijke dialogische kennis die bij rechterlijke rechtsvorming komt boven drijven en die zich via vage normen en algemene rechtsbeginselen verder ontwikkelt is daarin geen plaats. Habermas' rationaliteitsbegrip vraagt echter een méérdimensionaal kennisbegrip, dat correspondeert met criteria voor waarheid, juistheid en waarachtigheid.

Het is van tweeën één: óf Barendrechts eng kennisbegrip, óf Habermas' ruim rationaliteitsbegrip. Een optie voor het laatste lijkt meer te beloven dan het vasthouden aan het eerste.[19] In deze optiek zou Barendrechts theorie gezien kunnen worden als een poging om te komen "Beyond Objectivism and Relativism"[20] in de richting van een reëel dialogisch karakter van rechtsvorming. Dat sluit aan bij een gespreksmodel als kritische discussie over de inhoud van recht. In het kader van dat model wordt het rationaliteitsbegrip in het volgende hoofdstuk nader besproken. Daarbij wordt ook bekeken in hoeverre een ruimere visie op kennis van rechtvaardigheid dan Barendrecht hanteert in combinatie met een invulling van rechtvaardigheid als resultaat van rationele maatschappelijke discussie aansluiten bij de procedurele en tegelijk inhoudelijke benadering van recht waar mijn onderzoek van uitgaat.

Hier kan geconcludeerd worden dat uit Barendrechts theorie niet blijkt dat realiter een procedurele benadering van recht niet te combineren valt met een inhoudelijke invulling van rechtvaardigheid. Maar voor mijn onderzoek zegt dat weinig. Het feit dat Barendrecht in zijn studie kiest voor een leeg rechtvaardigheidsbegrip maakt alleen duidelijk dat hij *niet* uitgaat van een interne samenhang tussen democratie en een bepaalde inhoud van de

16 Barendrecht 1992, p. 237.
17 Zie daarover verder hoofdstuk 3.
18 Barendrecht 1992, p. 237.
19 Barendrecht stelt het op Habermas' werk geïnspireerde criterium van het resultaat van de rationele maatschappelijke discussie niet slechts vrijblijvend als aantrekkelijk voor in zijn proefschrift. Hij onderbouwt deze optie uitgebreid in zijn preadvies voor de Nederlandse Juristen-Vereniging, "Het constitutionele toetsingsrecht van de rechter", Handelingen NJV 1992-I over het onderwerp Toetsing, Preadviezen van L. Prakke, T. Koopmans en J.M. Barendrecht, Zwolle 1992, p. 85-172.
20 Richard J. Bernstein, Beyond Objectivism and Relativism: Science, Hermeneutics, and Praxis, Oxford 1983, analyseert overeenkomsten en verschillen in het werk van Hannah Arendt, Hans-Georg Gadamer, Jürgen Habermas en Richard Rorty. Zie ook Van Zaltbommel 1993, p. 119 v.

rechtsidee. Mijn onderzoek gaat daar *wel* van uit. Het veronderstelt een zodanige interne samenhang tussen de notie mensenrecht en democratie, dat de vraag naar het primaat van een van beide irrelevant is. Is deze vooronderstelling houdbaar?

4. De vraag naar het primaat: mensenrecht of democratie?

Het rechtsgehalte van *openbare* ordening hangt af van de kwaliteit van *openbaarheid*.[21] In een gespreksmodel van recht correspondeert openbaarheid met *openheid* van publieke discussie. Deze openheid ziet niet alleen op vrijheid van meningsuiting en argumentatie in het publieke debat. Ze heeft ook te maken met de toegang tot het publieke debat, met het openhouden van formele gesprekskanalen en met tolerantie ten aanzien van informele kanalen. Dat laatste geldt óók als het informele publieke gesprek vanuit formele kanalen gelijk staat aan burgerlijke ongehoorzaamheid.[22] Tenslotte geldt openheid ook voor de manier waarop de resultaten van publieke discussie worden geëffectueerd. Zo ruim opgevat typeert het begrip openbaarheid een consequent aan open discussie georiënteerd democratisch perspectief.

Op het begrip openbaarheid kom ik verderop in het betoog uitgebreid terug. Hier gaat het om de associatie van openbaarheid met de openheid van gesprek. De veronderstelling dat de openheid van gesprek een principiële erkenning van menselijke waardigheid inhoudt wordt vanuit een filosofische invalshoek in verrassend directe termen bevestigd. Ik denk aan de manier waarop Levinas de ervaring beschrijft van een vóór het feitelijk gesprek liggende communicatieve relatie tussen mensen. Levinas typeert deze relatie, die alleen te kennen is door ze feitelijk te beleven, als *gesprek* "van aangezicht tot aangezicht".[23] Het feitelijk gesprek vindt in deze opvatting zijn oorsprong niet in woorden of andere *middelen* van communicatie. Het vindt zijn oorsprong in een *onmiddellijke* relatie "van aangezicht tot aangezicht". Deze communicatieve relatie is niet mogelijk zonder principiële erkenning van menselijke waardigheid.

De hier bedoelde communicatieve relatie kan ook getypeerd worden als intersubjectiviteit. In een antropologische betekenis is daarmee alles bedoeld wat zich in een vrije wederzijdse relatie tussen mensen afspeelt.[24] In tegenstelling tot een producerend type van handelen, waarin een subject in een eenzijdige relatie tegenover een te bewerken object staat, wordt intersubjectief handelen gekenmerkt door een wederkerige relatie tussen subjecten onderling. Op het niveau van gesprek komt deze relatie tot uitdrukking in het met elkaar spreken en naar elkaar luisteren. Verbreed tot het hele gebied van het intersubjectief

21 Vgl. Bost 1986, p. 17-18.

22 G.A. den Hartogh, Burgerschap en ongehoorzaamheid, RM Themis 1989, p. 5-33.

23 Emmanuel Levinas, Van aangezicht tot aangezicht, 1987; Het menselijk gelaat, Essays van Emmanuel Levinas, gekozen en ingeleid door Ad Peperzak, Bilthoven 1969; De totaliteit en het oneindige, Essay over de exterioriteit, vertaald door Theo de Boer en Chris Bremmers, met aantekening van Theo de Boer, Baarn 1961. Zie ook Theo de Boer, Tussen filosofie en profetie, de wijsbegeerte van Emmanuel Levinas, tweede herziene druk, Baarn 1988.

24 Vgl. Th.van Velthoven, De intersubjectiviteit van het zijn, Kampen 1988, p. 207 v.

handelen gaat het om geven en ontvangen. Let wel, het gaat niet om geven en *nemen*, maar om het over en weer geven en *ontvangen*. Intersubjectiviteit verdraagt zich niet met beheersing van de ander. Ze is aangewezen op het vrij handelen door de ander. Daardoor is de intersubjectieve relatie er onvermijdelijk een van onderlinge afhankelijkheid. Die onderlinge afhankelijkheid houdt echter tegelijk een onherleidbare individuele onafhankelijkheid in stand. Kortom: het erkennen van de ander *als* ander houdt de erkenning in van individuele menselijke vrijheid en waardigheid.

Op het empirisch niveau van het alledaagse gesprek zelf ligt een principiële erkenning van menselijke vrijheid en waardigheid besloten in de vooronderstellingen waarvan ieder altijd al uit moet gaan om een concreet op onderlinge verstandhouding gericht gesprek te kunnen voeren. Die vooronderstellingen zijn: afwezigheid van dwang, toegankelijkheid voor kritiek en oprechtheid. Wil er sprake zijn van een gesprek in een gewone alledaagse betekenis van onderlinge verstandhouding, dan moet aan deze voorwaarden zijn voldaan. Zo'n gesprek is niet mogelijk als gesprekpartners van elkaar weten dat ze dreigen, zich immuun maken voor tegenspraak of liegen.[25]

De principiële erkenning van individuele menselijke vrijheid en waardigheid is de morele kern van de notie mensenrecht en tegelijk de kern van een op het open gesprek gebaseerde opvatting van democratie. Dat is de grondgedachte van dit onderzoek. Die gedachte maakt de vraag naar het primaat van mensenrecht óf democratie irrelevant.

5. Ideeënhistorische voedingsbodem voor interne samenhang tussen mensenrecht en democratie?

Om te bezien of voor de opvatting van een interne samenhang tussen mensenrecht en democratie in politieke theorieën een historische voedingsbodem te vinden is, passeren hierna enkele in de politieke filosofie algemeen bekende denkers kort de revue, als voorlopers in de westerse ontwikkeling van mensenrecht en democratie.

De voedingsbodem voor de theorie van de politieke denker Thomas Hobbes (1588-1679) is het revolutionaire zeventiende eeuwse Engeland, in de overgang van een feodale naar een kapitalistische samenleving.[26] Hobbes ziet geen heil in democratie. In zijn hoofdwerk, de Leviathan[27] ontwikkelt hij een bevelstheorie.[28] Daarin zijn de wetten van de Leviathan, een soeverein heerser die effectief de centrale politieke macht heeft, geldend recht. In zijn in die tijd moderne mechanistische visie gaat Hobbes ervan uit dat leven niets anders is dan beweging. De mens heeft een ingebouwde drijfveer "to keep going". Doodgaan is het ergste dat een mens kan overkomen. Ieder mens heeft in de ogen van Hobbes een onver-

25 Vgl. Wouter Werner, De fundering van het juridisch discours, Recht en Kritiek 1992, p. 52-72.
26 Zie over deze achtergrond Graham Lock, Van Hobbes tot Hegel: 1640-1820, in: Van Gunsteren/Lock, Politieke theorieën, Alphen a.d. Rijn 1977, p. 56 v. Zie ook Lock/Van Gunsteren/Balibar, Sterke posities in de politieke filosofie, Leiden/Antwerpen 1989, p. 43-57.
27 Thomas Hobbes, Leviathan (1651), ingeleid door C.B. Macpherson, Penguin English Library, 1982.
28 Zie over dit type theorie G.M. van Asperen, De goede maatschappij, Assen 1978, p. 19 v. en 74 v.

vreemdbaar natuurrecht op zelfbehoud, dat onder alle omstandigheden overeind blijft. De fundamentele natuurwet is volgens Hobbes "that every man, ought to endeavour Peace, as far as he has hope of obtaining it; and when he cannot obtain it, than he may seek, and use, all helps, and advantages of Warre."[29]

Het model van het sociaal contract waarin Hobbes zijn theorie giet, drukt de fundamentele notie uit dat het gezag van een overheid niet van God en evenmin van de natuur afkomstig is. Het is mensenwerk. Het is de vrije mens zélf die de politieke macht als bevoegd gezag creëert. Als dat eenmaal is gebeurd eist Hobbes' politieke theorie gehoorzaamheid van mensen aan de soevereine macht. Het is echter geen blinde gehoorzaamheid. Hobbes koppelt de gehoorzaamheidsplicht niet aan de macht van de soeverein zonder meer, maar aan de macht "by which he is able to protect them."[30] Hobbes onderkent de te verwachten weerstand tegen de in zijn model ingebouwde absolute macht van de Soeverein. Met burgeroorlog als ergste schrikbeeld voor ogen is hij echter kort en krachtig: "Soveraigne Power is not so hurtfull as the want of it."[31]

Hobbes wordt wel eens voorgesteld als pleitbezorger van een onbeperkt absolutisme.[32] In zijn theorie kan de soeverein zijn bevelen echter niet geven dan in de taal van het *recht*.[33] Intern garandeert dat een rechtsorde die de onderdanen subjectieve vrijheden volgens algemene wetten garandeert. Het legitimiteitsprobleem komt in de theorie van Hobbes echter niet *binnen* de rechtsorde aan bod. Bij de constructie van de theorie lost dat zich in één klap op.

Gelet op het bevelskarakter van zijn theorie is bij Hobbes geen sprake van een interne samenhang tussen noties van mensenrecht en democratie. In het verlengde van zijn sociaal contractstheorie kunnen leden van een rechtsgemeenschap niet méér dan een stilzwijgend appèl doen op politieke machthebbers, tot erkenning van menselijke vrijheid en waardigheid. Maar door de kennelijke macht van de Leviathan en de kennelijke kwetsbaarheid van zijn onderdanen is dat wél een voortdurend dringend appèl. Het is immers duidelijk dat de macht van de Leviathan in deze theorie gebaseerd is op respect voor het onvervreemdbaar natuurlijk recht op zelfbehoud van de onderdanen. Zo gezien zijn in Hobbes' theorie wél een principieel respect voor menselijke vrijheid (tot zelfbehoud) en openbare ordening als *rechts*ordening intern met elkaar verbonden. Wat zijn sterke voorkeur voor een monarchie boven een aristocratie of een democratie betreft geeft Hobbes toe dat deze voorkeur voor de monarchie als "the most commodious government" door hem niet overtuigend beargumenteerd wordt "but only probably stated."[34]

29 Hobbes 1982/1651, p. 190.
30 Hobbes 1982/1651, p. 272.
31 Hobbes 1982/1651, p. 238.
32 Vgl. C.W. Van der Pot-Donner/Prakke, Handboek van het Nederlandse Staatsrecht, dertiende druk, Zwolle 1995, p. 17.
33 Zie hierover Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung, Zweite Auflage, Frankfurt am Main 1992, p. 118.
34 Thomas Hobbes, The Citizen, p. 104.

In vergelijking met de bevelstheorie van Hobbes komt in de bezitstheorie[35] van Locke (1632-1704) een omslag tot uitdrukking. Natuurrecht heeft niet meer de functie van het creëren van plichten van onderdanen en regeermacht van de overheid, zoals nog bij Hobbes. Natuurrecht krijgt de functie van rechten van de burger en plichten van de overheid. Behalve "life and liberty" regelt de natuurwet in de vorm van de rede ook eigendommen, in het verlengde van de mens als bezitter van zijn eigen persoon en arbeidskracht.[36] Locke ageert niet alleen tegen een traditioneel "goddelijk" of "natuurlijk" recht van vorsten op regeermacht. Met zijn model van het sociaal contract pleit hij expliciet voor vrijheid van de burger en een daarmee corresponderende waakplicht van de overheid.

Anders dan Hobbes past Locke zijn natuurrechtstheorie sterk aan de belangen van de bezittende klasse in het opkomend kapitalistisch systeem aan. Waar Hobbes zijn gelijkheidsbeginsel consequent doortrekt, accepteert Locke klasse-ongelijkheid. Sterker nog, in de manier waarop hij zijn eigendomstheorie uitwerkt krijgt klasse-ongelijkheid een extra accent. Economische vrijheden zijn expliciet en ruim bedeeld maar duidelijk niet weggelegd voor ieder. Slechts "freemen" zijn in de theorie van Locke partij bij het sociaal contract. Door positieve aansluiting zijn zij volwaardig lid van de politieke gemeenschap en kunnen zij hun belangen veilig stellen. De massa loonwerkers en werklozen acht Locke niet in staat tot het rationeel gedrag dat voor aansluiting bij het sociaal contract is vereist. De massa wordt geacht stilzwijgend in te stemmen omdat ze door het leven in de gemeenschap profijt trekt van het sociaal contract.[37]

In tegenstelling tot Hobbes geldt Locke tot de dag van vandaag als voortrekker van de klassieke grond- en mensenrechten. Aan de oppervlakte komt in zijn werk inderdaad de idee van mensenrecht naar voren die bij Hobbes verborgen blijft.
Bij nader toezien is echter eerder de theorie van Hobbes dan die van Locke gebaseerd op een principiële erkenning van menselijke vrijheid en waardigheid als kern van de notie mensenrecht. In de theorie van Hobbes worden alle onderdanen consequent rechtens gelijk behandeld: niemand heeft recht van spreken. Bij Locke zijn vrije mannen als leden van de bezittende klasse "in gesprek" met politieke machthebbers, terwijl de bezitloze massa geen recht van spreken heeft.

Ideeën over directe democratie vinden we bij Rousseau (1712-1778). Mét Locke stelt Rousseau de vraag naar de voorwaarden waaronder overheidsgezag legitiem kan zijn. In zijn antwoorden liggen echter nieuwe accenten: die van consensus en wederzijdse verplichtingen van *alle* betrokkenen.[38] In de visie van Rousseau komt door een bundeling

35 Van Asperen 1978, p. 78 v.
36 John Locke, Two Treatises of Government (1690) 1965.
37 Locke brengt werkloosheid en armoede niet in verband met economische oorzaken. Hij ziet ze als teken van moreel verval. Als lid van een Commissie voor Handel schrijft Locke in 1697 dat verdubbeling van de werkloosheid veroorzaakt wordt door "nothing else but the relaxation of discipline and corruption of manners". C.B. Macpherson, The political Theory of Possessive Individualism, ninth impression, Oxford/New York/Toronto 1983, p. 223.
38 Jean-Jacques Rousseau, Du Contrat Social (1762).

van krachten die nodig is om te overleven de kracht van de hele gemeenschap ten dienste van ieder lid van die gemeenschap te staan. Andere modellen van het sociaal contract gaan ervan uit dat bij het aangaan van het contract ieder tot op zekere hoogte vrijheid inlevert om belangrijker winst aan bescherming te kunnen genieten. Rousseau lijkt niets aan individuele vrijheid te willen opgeven en toch voor ieder winst te willen boeken. Verlies van natuurlijke menselijke vrijheid wil hij compenseren door burgerlijke vrijheid. De consequenties van fysieke ongelijkheid wil hij beperken door de ontwikkeling van morele of politieke gelijkheid.[39] Maar Rousseau is reëel genoeg om in te zien dat onder slechte regeringen politieke of morele gelijkheid een illusie is die slechts de ellende van de armen en de uitbuiting door de rijken in stand houdt.[40]

Strikt genomen verstrikt Rousseau zich met zijn model van het sociaal contract in een aantal tegenstrijdigheden.[41] Sommige van zijn ideeën lijken niet te passen in het keurslijf van het sociaal contract. Voor ons is echter niet zozeer zijn constructie van het sociaal contract interessant, als wel Rousseaus ideeën over op gelijkwaardigheid van ieder te baseren besluitvorming in een sociale orde. Bij het sluiten van het sociaal contract krijgt ieder recht op medezeggenschap en medebeslissingsrecht. In deze beide niet overdraagbare rechten ziet Rousseau de garantie van een ideale samenlevingsvorm. De besluitvorming van de gemeenschap in de vorm van wetgeving drukt zich uit door middel van de algemene wil, "la volonté générale", niet te verwarren met de wil van allen, "la volonté des tous". De wil van allen is kort gezegd de optelsom van wat ieder individu wil, zuiver afgaande op de eigen wensen en verlangens. Het is een aggregaat van de wil van ieder afzonderlijk. Wil er daarentegen sprake zijn van de algemene wil, dan moet aan een aantal voorwaarden zijn voldaan.

Om te beginnen moeten mensen in hun besluitvorming niet uitsluitend uitgaan van eigen voordeel maar van het voordeel van allen. Verder moeten ze over voldoende informatie beschikken en het behartigen van groepsbelangen in plaats van het algemeen belang moet vermeden worden. Als de behartiging van groepsbelangen niet te voorkomen is, dan moeten er veel sub-groepen zijn. Geen groep mag sterker zijn dan een van de anderen.
Tenslotte mag de algemene wil uitsluitend uitgesproken worden op terreinen die voor ieder gelijk van toepassing zijn. Beslissingen moeten ieder dezelfde rechten toekennen en ieder dezelfde plichten opleggen.

Bij Rousseau staat het uitoefenen van politieke rechten niet meer als bij eerdere politieke denkers onder het *voorbehoud* van natuurlijke rechten. Zo te zien verwerpt Rousseau de notie van mensenrecht, omdat ze niet te verenigen is met het primaat van de volonté générale. Maar het normatief gehalte van de notie mensenrecht komt tot uitdrukking *in* de uitoefening van het democratisch wetgevingsproces. In dit proces komt de verenigde soevereine wil van de staatsburgers (de idee van volkssoevereiniteit) tot uitdrukking in

39 Van Gunsteren/Lock 1977, p. 117.
40 Rousseau 1983/1755, p. 29.
41 Vgl. Van der Pot-Donner/Prakke 1995, p. 29 v.; Van Gunsteren/Lock 1977, p. 110 v.; Lock/Van Gunsteren/Balibar 1989, p. 106 v.; Van Asperen 1978, p. 82 v.

algemene en abstracte wetten. Deze wetten laten uitsluitend regelingen toe die gelijke subjectieve vrijheden voor ieder lid van een rechtsgemeenschap waarborgen. Een correcte procedurele uitoefening van het democratisch besluitvormingsproces garandeert bij Rousseau tegelijk een correcte materiële invulling van een oorspronkelijk mensenrecht op gelijke subjectieve handelingsvrijheid. In Rousseaus volonté générale is van huis uit het recht op gelijke subjectieve vrijheden in de private én publieke sfeer ingebouwd.

Bij Rousseau lijkt het inzicht door te breken van een interne samenhang tussen de noties mensenrecht en democratie. Maar in zijn werk valt ook iets van een onuitgesproken concurrentie tussen die beide noties te bespeuren. Een mogelijke verklaring is, dat in die tijd de traditionele eenheid van zedelijkheid, politiek en recht zodanig onder druk is komen te staan, dat een onderscheid is ontstaan tussen noties van ethische zelfontplooiing en morele zelfbepaling.[42]

Ethische zelfontplooiing oriënteert zich aan het eigen goede leven of aan dat van de eigen groep. Morele zelfbepaling oriënteert zich aan universele rechtvaardigheid. Tussen ethische zelfontplooiing en volkssoevereiniteit aan de ene kant en morele zelfbepaling en mensenrecht aan de andere kant bestaan affiniteiten waarop in bepaalde politieke tradities meer of minder sterk de nadruk is gelegd. Grof gezegd staat in een "republikeinse" traditie volkssoevereiniteit voorop, als uitdrukking van ethische zelfontplooiing. In een "liberale" traditie staat mensenrecht voorop, als uitdrukking van morele zelfbepaling. Zo gezien staan in deze tradities mensenrecht en democratie inderdaad eerder in een concurrentieverhouding dan dat ze elkaar veronderstellen.

Door staatsburgerlijke autonomie op te vatten als het verwerkelijken van een bewust gekozen levensvorm van een concreet volk geeft Rousseau de idee van zelfbepaling eerder een ethische dan een morele betekenis. Zijn tijdgenoot Kant (1720-1804) vat autonomie eerder op als morele zelfbepaling.[43] In tegenstelling tot Rousseau laat Kant "natuurlijke rechten" die de private autonomie van mensen beschermen aan de wil van de wetgever voorafgaan.[44] Waar Kant het primaat van mensenrecht bezegelt, versmelten bij Rousseau de noties van mensenrecht en democratie in de volonté générale.

6. Publieke autonomie en de morele kern van het recht

De al in het werk van Rousseau en Kant vermoede interne samenhang tussen mensenrecht en democratie komt tot uitdrukking in het normatief gehalte van de *uitoefening* van publieke autonomie. In deze - bij Habermas[45] aan te treffen - eigentijdse opvatting van

42 Habermas 1992, p. 123 v.

43 Voor een korte schets van de leer van Immanuel Kant, zie Arie Leijen, Profielen van ethiek: van Aristoteles tot Levinas, Muiderberg 1992, p. 87-121.

44 Hierover uitgebreid Habermas 1992, p. 132 v. Zie ook Van der Pot-Donner/Prakke 1995, p. 33-34. Zie voor een korte typering van Rousseau en Kant als exponenten van de theorie van volkssoevereiniteit Roos 1990, p. 33.

45 Habermas 1992, p. 133 v.

overgeleverde ideeën wordt publieke autonomie niet al gegarandeerd door de vorm van algemene wetten maar pas door communicatieve menings- en wilsvorming waardoor deze wetten tot stand komen. Deze opvatting van Habermas, waarop in het volgende hoofdstuk nader zal worden ingegaan, biedt niet alleen een geschikte afronding van de korte ideeënhistorische verkenning van een interne samenhang tussen de noties mensenrecht en democratie. Het begrip publieke autonomie is ook een geschikt uitgangspunt voor het verder bekijken van een gespreksmodel van recht waarin zowel procedureel als inhoudelijk de morele kern van recht tot uitdrukking kan komen.

RECHT "SPREKEN"

1. Inleiding

In de aan het einde van het vorige hoofdstuk naar voren gekomen opvatting van publieke autonomie gaat Habermas uit van gelijkoorspronkelijkheid van private en publieke autonomie. In termen van een gespreksmodel wijst dit op een met gelijk gewicht rechtens beschermen van de beslotenheid in de private sfeer en de openbaarheid van het gesprek in de publieke sfeer. Dit concept wordt in dit hoofdstuk beschreven in het kader van Habermas' reconstructie van een stelsel van subjectieve rechten in de democratische rechtsstaat (par. 2). Bij het bekijken van het concept van private en publieke autonomie dringt zich de vraag op of het niet een weliswaar fraaie, maar in de praktijk niet waar te maken theorie is (par. 3). De vraag is met name ook hoe het concept van private en publieke autonomie te rijmen valt met de realiteit van politieke macht (par. 4). Daarbij komt een differentiatie van politieke macht in communicatieve en administratieve politieke macht in beeld. In aansluiting daarop komt het openbaarheidsbegrip aan bod (par. 5). Omdat dit onderzoek gaat over rechtvaardigheid en rechtsvorming in de rechtspraak, komt vervolgens de relatie tussen gespreksmodel, openbaarheid en rechtspraak aan de orde (par. 6). Meer in het bijzonder zal daarbij nog aandacht worden geschonken aan de diverse dimensies van rationaliteit die (ook) in de rechtspraak een rol spelen (par. 7). Bepleit wordt de systeem- en leefwereld in het recht te koppelen door verruiming van het rationaliteitsbegrip (par. 8).

2. Private en publieke autonomie...

Uitgangspunt in het concept van private en publieke autonomie is de notie van subjectieve rechten die corresponderen met gelijke subjectieve handelingsvrijheid.[1] In het moderne recht bakenen subjectieve rechten de ruimte af waarbinnen een rechtssubject tot handelingsvrijheid gerechtigd is. Algemene en abstracte wetten leggen in deze opvatting de grenzen van ieders gelijke vrijheid vast. In dit wetsbegrip komt de voor het recht karakteristieke idee van onpartijdigheid tot uitdrukking. Bij uitstek komt de notie van gelijke subjectieve vrijheidsrechten tot uitdrukking in de idee van de universele rechten van de mens.

Op basis van de idee van gelijke subjectieve handelingsvrijheid reconstrueert Habermas stap voor stap een stelsel van subjectieve rechten dat de private en publieke autonomie als

1 Habermas 1992, p. 109 v. Zowel de vermeende concurrentie tussen mensenrecht en democratie als de problematische samenhang van subjectief recht en publiek recht verklaart Habermas mede uit een erfgoed van het natuurrecht: de idee dat positief recht ondergeschikt zou zijn aan natuurlijk of moreel recht.

zelfwetgeving van burgers als leden van een democratische rechtsorde met gelijk gewicht tot gelding moet brengen.[2] Hier geef ik een korte beschrijving van deze reconstructie, als toelichting bij het concept van private en publieke autonomie. Verderop in het betoog kan deze reconstructie tevens dienst kan doen als een soort proef op de som. Onderzocht kan worden in hoeverre mijn op de morele kern van recht gebaseerd richtsnoer aansluit bij Habermas' schets van een stelsel van subjectieve rechten.

Met het oog op verschillende typen handelingsnormen drukt Habermas het autonomiebegrip zelf uit in een algemeen discours-principe. Dat algemeen principe omvat zowel rechtsnormen als morele normen. Het luidt als volgt. "Gültig sind genau die Handlungsnormen, denen alle möglicherweise Betroffenen als Teilnehmer an rationalen Diskursen zustimmen könnten."[3] Als het in de vorm van recht tot uitdrukking komt, dan neemt het discoursprincipe de vorm van een democratie-principe aan.[4] Op basis van dit democratie-principe kunnen precies die subjectieve rechten van ieder gereconstrueerd worden, die mensen onderling moeten erkennen als een logische voorwaarde om hun samenleven door middel van positief recht legitiem te kunnen regelen.

Een eerste categorie rechten in Habermas' reconstructie betreft het politiek autonoom vorm geven aan de idee van gelijke subjectieve handelingsvrijheden. Een tweede categorie betreft het politiek autonoom vorm geven aan de status van medelid in een vrijwillige associatie van rechtsgenoten. Een derde categorie betreft rechten die voortvloeien uit het politiek autonoom vorm geven aan individuele rechtsbescherming. In deze reconstructie mogen deze categorieën rechten nog niet begrepen worden als afweerrechten tegenover overheden, zoals de klassieke liberale rechten van de mens. In deze fase van dit denkmodel gaat het om het basale niveau van het regelen van de betrekkingen tussen vrije burgers onderling. Van een overheid en staatsdwang is dan nog geen sprake. De genoemde categorieën rechten zijn voorwaarden voor sociale integratie onder gelijken door middel van recht. Ze betreffen private autonomie van rechtsgenoten, voor zover deze elkaar in hun rol als *adressaten* van wetten erkennen.

De idee autonomie eist dat degenen die als adressaten aan het recht onderworpen zijn, zich tegelijk als *auteurs* van het recht kunnen opvatten. Dat correspondeert met publieke autonomie. De idee van zelfwetgeving moet in het recht zélf tot gelding worden gebracht. In een volgende stap in deze reconstructie krijgen de rechtssubjecten naast de rol van adressaten dan ook de rol van auteurs van hun rechtsorde. Een daarmee corresponderende vierde categorie rechten heeft betrekking op gelijke kansen voor ieder tot deelname aan processen van menings- en wilsvorming waarin burgers hun politieke autonomie uitoefenen en legitiem recht tot stand brengen. In een volgende denkronde wordt deze categorie politieke rechten reflexief toegepast op de feitelijke interpretatie van, en de politieke en juridische vormgeving aan de onder een tot en met vier genoemde categorieën rechten. Zo maakt hun politieke status van vrije en gelijke staatsburgers het de rechtsgenoten mogelijk hun private en publieke autonomie zélf te interpreteren en praktisch vorm te geven.

2 Habermas 1992, p. 151 v.
3 Habermas 1992, p. 138. Op de diverse componenten van dit discours-principe ga ik in het volgende hoofdstuk nader in.
4 Habermas 1992, p. 151 v.

Met het oog op het praktisch vorm geven aan private en publieke autonomie impliceren de vier genoemde categorieën rechten tenslotte een vijfde categorie rechten. Deze betreft het in sociaal, technisch en ecologisch opzicht waarborgen van levensvoorwaarden voor zover dat nodig is om ieder gelijke kansen te geven om daadwerkelijk gebruik te maken van de eerste vier categorieën rechten.

Het stelsel van rechten moet uitgewerkt en vastgelegd worden in concrete rechtsregels, in een concrete rechtsorde. Dat wil niet zeggen dat dit stelsel van theoretisch ingevoerde rechten als natuurrecht of ander "hoger" recht aan concrete wettelijke of verdragsrechtelijke interpretaties voorafgaat. Het is eerder omgekeerd. Een bepaalde grondwettelijke of mensenrechtelijke positivering van rechten leidt juist tot het besef dat deze rechten *voorwaarden* zijn die het mogelijk maken het samenleven door recht legitiem te regelen. Het gaat bij het geschetste stelsel van rechten immers ook om een *reconstructie* van *voorwaarden* voor legitiem recht. In deze visie moeten ook de meest basale rechten van de mens via het democratisch proces zelf als rechtsregels vastgelegd worden.

Historische ontwikkelingen op het gebied van rechten van de mens zijn in Habermas' reconstructie te begrijpen als telkens contextafhankelijke interpretaties van hetzelfde stelsel van rechten. Klassieke rechten van de mens zijn te begrijpen als interpretaties van de eerste vier categorieën rechten als waarborgen van gelijke subjectieve private handelingsvrijheden, de algemene status van medelid in een vrijwillige associatie van rechtsgenoten, rechtsbescherming en politieke vrijheden. Sociale rechten van de mens zijn te beschouwen als uitwerkingen van de vijfde categorie rechten. Een democratisch perspectief van communicatieve vrijheid komt aan bod in de politieke vrijheden die dóórwerken in het politiek autonoom vorm geven aan het gehele stelsel van rechten.

De gedachte aan rechten als *voorwaarden* om op het macroniveau van een samenleving het democratisch rechtsvormingsproces mogelijk te maken doet denken aan de eerder besproken voorwaarden die op het microniveau van persoonlijke betrekkingen het alledaagse gesprek mogelijk maken. Dat is niet verwonderlijk. Het hier bedoelde stelsel van rechten ligt precies in het verlengde van de eerder besproken vooronderstellingen die het gesprek mogelijk maken. Het houdt precies die rechten in, die de afstand overbruggen tussen het interpersoonlijk niveau van gesprek en het gemeenschappelijk niveau van democratische menings- en besluitvorming in een rechtsgemeenschap van gelijkwaardige, mondige rechtsgenoten die hun samenleven door middel van recht legitiem willen regelen.

3. ...een niet operationeel te maken concept?

In een gespreksmodel komt private autonomie overeen met de vrijheid om zich aan het gesprek in de openbare politiek-juridische sfeer te onttrekken. De private autonomie van mensen als rechtssubjecten reikt precies zover als ze *niet* publiekelijk ter verantwoording geroepen kunnen worden, rechtens géén gronden hoeven aan te geven voor het eigen doen en laten. Waar de grens van deze private autonomie in bepaalde soorten gevallen en situatie-types ligt, moet uitgemaakt worden bij rechtsvorming als het uitoefenen van publieke autonomie. Cruciaal voor het waarborgen van ieders morele autonomie is in dit concept

het *evenwicht* in de interne verhouding tussen private en publieke autonomie. Het een gaat niet ten koste van het ander. Het een is niet te hebben en te houden zonder het ander.

In een opvatting waarin private en publieke autonomie met gelijk gewicht gewaarborgd moeten worden, is de grens tussen het private en het publieke niet eens en voor al te trekken. De grens van publieke vrijheid ligt bij de individuele private vrijheid van iedere rechtsgenoot. Maar de grens zélf van deze private vrijheid moet telkens opnieuw in de uitoefening van publieke vrijheid geconcretiseerd worden aan de hand van gemeenschappelijke opvattingen over maatschappelijke problemen. De *on*mogelijkheid om eens en voor al een scherpe scheiding te maken tussen het private en het publieke maakt het onderscheid niet zinloos. Integendeel, het brengt precies de onvermijdelijke spanning aan het licht tussen individuele en gemeenschappelijke aspecten van menselijke vrijheid in een samenleving.

Is het hier weergegeven onderscheid tussen private en publieke autonomie een fraaie constructie die het onmogelijke wil combineren? Wordt hier in theorie de realiteit geweld aangedaan van een niet met ieders morele autonomie te verenigen boven de betrokkenen staande wetgever of superieure wet, die voorschrijft welke morele belangen wel en niet rechtens beschermenswaard zijn? Ik denk dat zo'n met private en publieke autonomie niet te verenigen hogere wetgever of superieure wet alleen in een ééndimensionaal individualistisch perspectief in beeld verschijnt. Daarin is inderdaad geen ruimte voor een differentiatie in het autonomiebegrip. Dat wordt anders als we vanuit een individueel én een gemeenschappelijk perspectief, als twee kanten van één medaille, naar rechtsnormen in een rechtsorde kijken. Rechtsgenoten kunnen zich dan aan de ene kant beschouwen als individuele adressaten van rechtsnormen en aan de andere kant óók als gemeenschappelijke auteurs van dezelfde rechtsnormen. In zo'n rechtsorde kunnen boven betrokkenen staande autoriteiten en superieure wetten ontmaskerd worden als onrechtmatig, juist omdát ze in strijd zijn met private en publieke autonomie van de rechtsgenoten. Dat is mogelijk vanuit het besef dat in een legitieme rechtsorde morele autonomie zowel in de private als in de publieke sfeer *gelijktijdig* en met *gelijk gewicht* tot gelding moeten komen om de morele vrijheid van ieder als rechtsgenoot te kunnen waarborgen.

Ook al is het theoretisch denkbaar, een andere vraag is, of en hoe het concept van private en publieke autonomie op een integere manier operationeel te maken en te houden is. Heeft bijvoorbeeld een institutionele scheiding tussen een private en een publieke sfeer niet mede geleid tot het vasthouden aan een in theorie achterhaalde maar feitelijk nog steeds bestaande onderschikking van vrouwen? In historisch perspectief valt in de westerse traditie de dominantie van mannen, in de privésfeer als gezinshoofden en in de publieke sfeer door het feitelijk uitsluiten van vrouwen uit het politieke leven, niet te betwisten.[5] Door het gevoelsmatige bij vrouwen en bij de opvoeding van kinderen in de private sfeer te

5 In dit verband wijst Susan Moller Okin op "de sentimentele familie" waarin man/vrouw-relaties vanuit een voorstelling van romantische liefde werden geduid. Zie Susan Moller Okin, Women and the making of the sentimental family, Philosophy and Public Affairs 11/1981/1, p. 65-88; vgl. Koen Raes, Variaties op het verschil-dilemma, Nemesis 1991 nr. 5, p. 5-21, een overzichtsartikel van ontwikkelingen in feministische (rechts)theorie met uitgebreid literatuuroverzicht.

lokaliseren, kon de dominantie van mannen in de publieke sfeer en over het gezin verantwoord worden. Daardoor konden anti-patriarchale politieke theorieën over individuele vrijheid zoals de eerder besproken ideeën van Hobbes en Locke in de private sfeer onschadelijk worden gemaakt.

Het voorbeeld van man/vrouw-relaties toont aan dat door taaie vooroordelen de sfeer van politieke openbaarheid aan bepaalde categorieën mensen onthouden kan worden. De private sfeer van intimiteit en zorg kan bijvoorbeeld toegedacht blijven aan vrouwen als het domein waar zij exclusief competent zijn. Zulke vooroordelen vragen om een grondige problematisering van de institutionele scheiding tussen het private en het publieke. Dat neemt niet weg dat met het oog op vrijheid voor ieder het onderscheid zélf tussen een private en een publieke sfeer óók - of misschien wel juist - in hedendaagse complexe samenlevingen niet weg te denken is. Raes wijst er op dat steeds verschuivingen plaats grijpen in de scheiding tussen het publieke en het private en dat geen a-historische bepalingen geformuleerd kunnen worden van wat tot de "openbare orde" gerekend wordt.[6] Ik deel de opvatting van deze auteur dat het recht op het trekken van de grens tussen het private en het publieke fundamenteel gepolitiseerd kan (en wat mij betreft moet) worden, zonder het bestaan van die grens zélf te willen opheffen. In deze opvatting past naar ik meen het concept van het gelijktijdig en met gelijk gewicht tot gelding brengen van private en publieke autonomie.

4. De samenhang van private en publieke autonomie met politieke macht

In het concept van private en publieke autonomie maken mensen die zich in een private sfeer terugtrekken en niet actief aan het politieke leven in de publieke sfeer deelnemen een keuze. Wie dat beweert moet begrijpen dat door allerlei externe omstandigheden het keuze-moment in de praktijk ver te zoeken kan zijn. De kloof tussen de beslotenheid in de private sfeer en de politieke openbaarheid in de publieke sfeer kan in onze tijd net zo onoverbrugbaar lijken als ze in de klassieke tijd in de Griekse polis voor vrouwen en slaven was. Maar er is een wezenlijk verschil. In de Griekse polisfilosofie was het ondenkbaar dat anderen dan vrije mannen als hoofden van private huishoudingen aan het politieke leven in de openbaarheid zouden kunnen deelnemen. In onze tijd dringt daarentegen praktisch wereldwijd het besef door dat er geen goede gronden te vinden zijn waarom in beginsel niet *ieder* gelijkelijk toegang toekomt tot het openbare politieke leven binnen zijn of haar samenleving. Dat daaraan velerlei praktische belemmeringen in de weg kunnen staan doet aan dat inzicht zelf niet af. Integendeel, juist deze belemmeringen worden steeds meer als onrechtvaardige beperkingen van vrijheid onderwerp van kritische publieke discussie.

Als vrijheid voorop staat, dan is het actief deelnemen aan het politieke leven in de publieke sfeer niet af te dwingen. Maar dat wil niet zeggen dat niet ieder in een *rechts*gemeenschap in beginsel bij het politieke leven betrokken is. Zelfs al zou ieder zich op het

6 Raes 1991, p. 8.

niveau van het *toepassen* van recht beperken tot eigen rechtsbescherming, dan nog zou dat in de hier bedoelde politiek-juridische betekenis een publieke aangelegenheid zijn. De bescherming van iets dat in een rechtsorde geacht wordt door ieder als recht te worden gerespecteerd, gaat in en dóór dat respect ieder lid van die rechtsorde aan. Dat geldt ook voor het niveau van het *vormen* van recht. Met respect voor het in een vrije samenleving niet afdwingbare van actieve deelname aan het politieke leven is ieder lid van een rechtsorde als rechtsgenoot potentieel drager van politieke macht.

Via communicatieve vrijheid zijn we zonder veel omhaal terecht gekomen bij politieke macht. Om deze overgang van vrijheid naar macht te verhelderen is het nuttig het begrip politieke macht te differentiëren in communicatieve en administratieve macht.[7] Communicatieve politieke macht sluit aan bij communicatieve vrijheid die voor legitieme rechtsvorming getransformeerd moet worden in politieke macht. Administratieve politieke macht komt overeen met de uitvoerende macht van een via legitiem recht aan de communicatieve macht van rechtsgenoten gebonden staatsapparaat. Het grondfenomeen van macht is in deze visie niet de kans om binnen een sociale relatie de eigen wil tegen weerstand in door te zetten, naar de bekende definitie van Max Weber. Het grondfenomeen van politieke macht is in deze opvatting het potentieel van een in vrije communicatie gevormde gemeenschappelijke wil.[8]

Hannah Arendt wijst er naar ik meen treffend op dat niemand het type communicatieve macht kan "bezitten".[9] Wijst dat er niet op dat communicatieve *macht* als het op daden aankomt een illusie is? Blijft een model van vrije politieke communicatie niet steken in woorden? Dat hoeft niet, denk ik. Het publiek gebruik van communicatieve vrijheid maakt méér mogelijk dan een rationele gemeenschappelijke menings- en wilsvorming. Gedeelde overtuigingen hebben een motiverende kracht. Op zich zelf genomen is die niet sterker dan de motiverende kracht van goede gronden. Dat communicatieve vrijheid desalniettemin een potentiële macht is, kan ieder voor zich zelf nagaan aan het model van ja- of nee-stellingnamen in een gesprek.[10] De *gemeenschappelijke overtuiging* die ontstaat door de acceptatie door de gesprekspartners van criteria voor waarheid, juistheid en waarachtigheid die in de modus van het gesprek zelf zitten, impliceert over en weer een verplichting om ook overeenkomstig die criteria te handelen. Bij rechtsvorming kan de kracht van zulke verplichtingen samenvloeien tot een potentieel van communicatieve macht waaraan degenen die administratieve machtsposities bekleden niet voorbij kunnen gaan.

In de idee van de rechtsstaat moet de normatieve veronderstelling van politieke autonomie tot gelding worden gebracht. Dat moet gebeuren tegen de achtergrond van rechtens niet getemde macht die in strijd met het normatief zelfbegrip het recht kan binnen dringen. De inrichting van de rechtsstaat is in deze opvatting een stelsel van fundamenteel open, door ervaring geleide voorzieningen tegen het onderwerpen van het rechtssysteem aan niet-

7 Habermas 1992, p. 183 v.
8 Habermas 1992, p. 183, met verwijzingen naar Hannah Arendt, Vita Activa, Stuttgart 1960 en Über die Revolution, München 1965.
9 Arendt 1960, p. 194.
10 Habermas 1992, p. 183.

legitieme macht.[11] Zo gezien wordt het moderne recht zowel gekenmerkt door materialisme als door idealisme. Het materialisme kenmerkt een rechtsorde die onder de druk van functionele eisen staat. Het idealisme kenmerkt een rechtsorde die onder voortdurende legitimiteitsdruk staat. Privaat- en publiekrechtelijke instituties maken de inrichting van markten en de organisatie van een staatsapparaat mogelijk. In een legitieme rechtsorde moeten de functionele eisen van economie en staatsapparaat echter gekoppeld blijven aan normatieve eisen van staatsburgerlijke zelfbestemming. In de samenhang van private en publieke autonomie met politieke macht blijft het recht voor zijn legitimiteit en daarmee voor zijn sociaal-integratieve kracht uiteindelijk aangewezen op de uitoefening van publieke autonomie door de rechtsgenoten. Deze uitoefening staat of valt met openbaarheid.

5. Openbaarheid

Voor een haarscherpe scheiding tussen de beslotenheid van een private sfeer en de openbaarheid van een publieke sfeer moeten we teruggaan tot de polis, de klassieke Griekse stadstaat.[12] De Griekse polis-idee laat een strikte scheiding zien tussen datgene wat tot een private huishouding behoort - dat is kort gezegd alles wat noodzakelijk is om in leven te blijven - en het "vrije" publieke leven in de polis. Dat laatste is een soort tweede leven in een politieke sfeer van gelijken. In het publieke leven speelt zich het politieke af. Dat is vrije actie in de tussenmenselijke samenleving, als deze bevrijd is van het noodzakelijke, de ongelijkheid en dwang die zich in de beslotenheid van de privé huishouding afspelen tussen het hoofd daarvan en zijn ondergeschikten: slaven, vrouwen en kinderen.

In de loop van de tijd is de strikte scheiding tussen een private en een publieke sfeer vervaagd. Daarbij heeft het verschijnen van een sociale sfeer een verwarrende rol gespeeld. Deze sociale sfeer, noch privé noch publiek in de klassieke politieke zin van het woord, is een fenomeen dat in de nationale staat zijn politieke vorm heeft gekregen. In de sociale sfeer schept het levensproces als het ware zijn eigen publieke domein. Aan de ene kant schrompelt het privé domein ineen tot een terrein waarin nog slechts het uiterst intieme overblijft. Aan de andere kant is ook het zuiver politieke niet tegen de constante groei van de sociale sfeer opgewassen. Als een beslissend historisch feit wordt in dit verband wel gezien de ontdekking van de moderne privacy. Die wordt dan niet gezien als tegenovergesteld aan de politieke sfeer maar aan de sociale sfeer.[13]

11 Habermas 1992, p. 58-59.

12 Hannah Arendt, The Human Condition, Chicago 1958, geeft een mooie beschrijving van de publieke en de private sfeer. Voor overeenkomst tussen de begrippen publiek, algemeen en openbaar zie G.M. van Asperen, De goede maatschappij, Assen 1978, p. 58.

13 Arendt 1958, p. 38-39, geeft Jean-Jacques Rousseau de eer de ontdekker te zijn van de moderne privacy, als een soort "rebellion of the heart".

Het klassieke begrip openbaarheid komt overeen met een voor iedere rechtsgenoot gelijk toegankelijke publieke sfeer van politieke discussie.[14] In deze openbaarheid wordt over zaken van algemeen belang gesproken en beslist. In de feodale periode maakt dit begrip plaats voor een representatief openbaarheidsbegrip.[15] Dat is niet meer gebaseerd op publieke discussie. Het komt neer op het kenbaar maken aan het publiek van de mening van het gezag. Participatie van de leden van de feodale gemeenschap beperkt zich tot het als toeschouwers kennis nemen van die mening.

Door de groei van handel en industrie ontstaan netwerken van economische afhankelijkheden die de afhankelijkheid aan feodale heersers doorkruisen. De permanente beurs die in het jaar 1531 in Antwerpen ontstaat is een voorbeeld van een markt van een andere aard dan de van oudsher bekende lokale markten onder lokaal gezag. Deze verbreding van de stadseconomie gaat samen met de ontwikkeling van de nationale staat als belastingstaat. Dit vroeg-kapitalisme stabiliseert oude feodale verhoudingen, maar schept tegelijkertijd ruimte voor ontwikkelingen die deze oude gezagsverhoudingen doen afbrokkelen. In deze ambivalentie ontstaat een splitsing van staat en maatschappij die het uitgangspunt is voor het model van burgerlijke openbaarheid.

Het model van burgerlijke openbaarheid is opnieuw, als het klassieke Griekse polismodel, gebaseerd op een strikte scheiding tussen een publieke en een private sfeer. Openbaarheid heeft niet meer als in de feodale tijd het karakter van het tonen van de grootheid van het gezag. Openbaarheid krijgt de functie van vrije publieke discussie over maatschappelijke normen. Het publiek (de tot publiek verzamelde private personen) treedt in dit model op als spreekbuis van maatschappelijke behoeften en als drager van de openbare mening. Dit burgerlijk begrip openbaarheid houdt in dat het publiek de legitimiteit van wetten bediscussieert en dat aan het publiek rekenschap afgelegd dient te worden van overheidsbesluiten. Om de macht en met name ook het geweldmonopolie te legitimeren moet de overheid door middel van argumenten de burgers overtuigen van de juistheid van alle overheidsmaatregelen.[16]

Het op een strikte scheiding van private en publieke sfeer gebaseerde model van burgerlijke openbaarheid wordt minder houdbaar naarmate deze sferen in de werkelijkheid steeds verder verstrengeld raken. In de hierboven al ter sprake gekomen sociale tussensfeer doordringen een vermaatschappelijkte publieke sfeer en een verstatelijkte private sfeer elkaar zonder tussenkomst van een politiek discussiërend publiek. Aan de ene kant ontstaan verbanden die zonder algemene discussie gemeenschappelijke private belangen direct willen omzetten in politiek. Aan de andere kant gaan politieke partijen zich door

14 In deze beschrijving volg ik het in 1962 verschenen onderzoek van Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, 15. Auflage, Darmstadt, Neuwied 1984. Habermas stileert daarin de sociaalstatelijke transformatie van liberale elementen van het type "burgerlijke openbaarheid".

15 Habermas 1984/1962, p. 17 v.

16 Zie over idee en ideologie van burgerlijke openbaarheid Habermas 1984/1962, p. 112-171. Daarin bespreekt hij onder meer publiciteit als bemiddelend principe van politiek en moraal bij Kant, de dialectiek van openbaarheid bij Hegel en Marx en de ambivalente opvatting van openbaarheid in de theorie van het liberalisme bij John Stuart Mill en Alexis de Tocqueville.

samensmelting met overheidsorganen bóven de openbaarheid stellen in plaats van te opereren als instrument van de openbaarheid. Naarmate dat gebeurt komt de positie van burgers als volwaardige rechtsgenoten in het gedrang. Openbaarheid verwordt dan tot een quasi-openbaarheid in een van bovenaf gemanipuleerde gespreksituatie. "De menselijke waardigheid en vrijheid dreigt zo tot op het bot te worden uitgebeend."[17]

Bij de korte beschrijving van het model van burgerlijke openbaarheid lijkt "het publiek" als drager van de openbare mening een feitelijke verzameling van alle burgers die collectief drager zijn van "de" openbare mening over alle mogelijke politieke kwesties. Daarbij komt dat dit model uitgaat van een burgerlijke maatschappij die de door arbeids-, kapitaal- en goederenmarkten gestuurde economie insluit. In hedendaagse samenlevingen is zo'n model onhoudbaar. Maar daarmee is de notie van burgerlijke openbaarheid niet verdwenen. Integendeel, in onze moderne complexe samenlevingen is deze opnieuw tot leven gekomen.[18]

Een eigentijdse versie van burgerlijke openbaarheid is niet meer gekoppeld aan een burgerlijke maatschappij zoals die naar liberale traditie met de groei van handel en industrie opkwam. Hoewel de huidige burgerij in de kern verbonden blijft met de economische aspecten van de samenleving hebben burgerij en economie zich tot op zekere hoogte ten opzichte van elkaar verzelfstandigd, zoals dat ook met burgerij en overheid is gebeurd. In een sociale sfeer is als het ware een maatschappijbrede burgerlijke openbaarheid ontstaan die wel met staat en economie verbonden is maar er niet door wordt opgeslokt.

Min of meer afgegrensd van staat, economie en andere functionele maatschappelijke systemen doen vrijwillige associaties dienst als fora voor publieke discussie over maatschappelijke problemen op uiteenlopende schaal en levensgebieden. In de sfeer van vrijwillige associaties manifesteert burgerlijke openbaarheid zich in min of meer spontaan ontstane groepen, verenigingen, (protest)bewegingen. Deze associaties vertalen de gevolgen van maatschappelijke problemen in het leven van alledag naar de officiële politieke openbaarheid. Deze herontdekte burgerlijke openbaarheid is te beschrijven als een netwerk voor de communicatie van meningen.[19]

In het hier voorgestelde model zijn communicatiekanalen van de openbaarheid zodanig aan de private sfeer - van familie en vriendenkring, contacten met buren, collega's en bekenden - aangesloten, dat communicaties geleidelijk verbreed en abstracter worden zonder dat de onderlinge verstandhouding verloren gaat. Zo kan de oriëntering op de praktische verstandhouding van het alledaagse gesprek behouden blijven voor communicaties onder vreemden die in complex vertakte openbaarheden over verre afstand gevoerd worden. In deze opvatting van burgerlijke openbaarheid wordt de drempel tussen private

17 Aldus een karakteristiek die Van Bers 1984, p. 15, geeft van het betoog van Habermas op dit punt.

18 Habermas 1992, p. 443.

19 "Die Öffentlichkeit läszt sich am ehesten als ein Netzwerk für die Kommunikation von Inhalten und Stellungnahmen, also von *Meinungen* beschreiben; dabei werden die Kommunikationsflüsse so gefiltert und synthetisiert, dass sie sich zu themenspezifisch gebündelten *öffentlichen* Meinungen verdichten." Habermas 1992, p. 436, met cursiveringen van Habermas.

sfeer en openbaarheid niet gemarkeerd door bepaalde thema's of betrekkingen, maar door het variëren van de voorwaarden voor de toegankelijkheid tot communicaties. Deze voorwaarden waarborgen aan de ene kant de intimiteit en aan de andere kant de publiciteit van communicaties. Ze sluiten de private sfeer echter niet tegen de openbaarheid af. Ze kanaliseren slechts de stroom van thema's uit de ene sfeer in de andere. Op deze manier krijgt de openbaarheid impulsen uit de private verwerking van de neerslag van maatschappelijke problemen in het leven van alledag.[20]

Uit democratisch oogpunt moet burgerlijke openbaarheid méér zijn dan een waarschuwingssysteem met een maatschappijbrede gevoeligheid. Maatschappelijke problemen moeten niet alleen in de openbaarheid waargenomen en geïdentificeerd worden. Ze moeten ook zo overtuigend en invloedrijk gethematiseerd worden dat ze als communicatieve macht door het parlementaire politieke proces overgenomen en verder bewerkt kunnen worden. Doordat het publiek als drager van de openbaarheid samengesteld is uit leken, is de burgerlijke openbaarheid ingesteld op een niet gespecialiseerd alledaags taalgebruik. Ze is niet specifiek betrokken op bepaalde *functies* of op bepaalde *inhouden* van communicatie. Ze kenmerkt zich eerder door betrokkenheid op een derde aspect van communicatie: de *sociale ruimte* die in een aan onderlinge verstandhouding georiënteerd gesprek ontstaat.

In een optiek van private en publieke autonomie is de kwaliteit van openbaarheid en daarmee ook van recht afhankelijk van de manier waarop rechtsgenoten omgaan met de sociale ruimte die ontstaat bij het uitoefenen van hun publieke autonomie. Maar is de veronderstelling van het bestaan zélf van sociale ruimte reëel? Zit er voor gewone burgers in de politiek en in de rechtspraktijk iets anders op dan genoegen nemen met de eerder besproken quasi-openbaarheid? In een rechtsorde waarin burgers hun publieke autonomie structureel niet *kunnen* uitoefenen kan geen sprake zijn van sociale ruimte en is de kwaliteit van recht afhankelijk van de willekeur van machthebbers. Dat mag duidelijk zijn. Iets anders is het als burgers hun publieke autonomie om welke reden dan ook niet *willen* uitoefenen. Dat staat hen vrij. Net als bij het uitoefenen van private autonomie verdraagt communicatieve vrijheid zich ook bij het uitoefenen van publieke autonomie niet met dwang. Dat rechtsgenoten door géén gebruik te maken van hun mogelijkheden tot uitoefening van publieke autonomie het rechtskarakter van hun rechtsorde op het spel zetten illustreert de innerlijke kwetsbaarheid van een consequent aan vrijheid georiënteerde democratische rechtsordening.

6. Openbaarheid en gesprek in de rechtszaal

Evenals het onderzoeksthema zelf is de gedachte aan *gesprek* als model van het *doen* van recht primair bij mij opgekomen in de context van recht *spreken*. Als een historische oervorm van recht doen lijkt rechtspraak ook een voor de hand liggend uitgangspunt voor

20 Habermas 1992, p. 442-443.

een theoretisch raamwerk.[21] Maar het associëren van archaïsche vormen van rechtspraak levert met het oog op het open gesprek niet direct succes op. Het roept eerder beelden op van een pater familias, een stamhoofd of een rechter-koning die om tot een uitspraak te komen eerder met god(en) "in gesprek" gaan dan met de rechtsgemeenschap en met direct betrokken partijen.

In onze tijd is juist het vermijden van iedere vorm van buiten- of boven-menselijke rechtvaardiging een vereiste van deugdelijke rechtspraak. En toch, komt vandaag de dag een "gesprek" van de rechter met de rechtsgemeenschap niet ongeveer op hetzelfde neer als in oude tijden het "gesprek" van de rechter met goden? Als het "gesprek" in beide gevallen even ongrijpbaar en daardoor immuun is voor kritiek dan lijkt het daar inderdaad op. En hoe staat het met direct betrokkenen? Is het gesprek in de rechtszaal, zéker op het gebied van het strafrecht, niet eerder te karakteriseren als "dwangcommunicatie" dan als open gesprek?[22]

Mij lijkt dat de verdachte in het strafproces inderdaad vaak "wordt genoodzaakt in te stemmen met feitelijke en normatieve presupposities die aan de taalhandelingen van de rechter ten grondslag liggen en die de verdachte nauwelijks de gelegenheid bieden om een eigen visie naar voren te brengen."[23] Deze door Bal geschetste realiteit van dwangcommunicatie in de rechtszaal trek ik niet in twijfel. Integendeel, een model van recht doen als open, kritische discussie is juist bedoeld om praktijkgericht stelling te kunnen nemen tegen de realiteit van ontbrekende of gebrekkige discussie in het juridisch proces over (de uitleg van) feiten en normen.[24] Ook Bal zelf pleit met het oog op de realiteit in de rechtszaal voor een strafproces dat open staat voor een kritische en fundamentele discussie.

Dat een theorie waarin recht doen wordt opgevat als kritisch "gesprek" ook ongeduldige weerstand oproept mag duidelijk zijn. Daarvan getuigt het volgende citaat uit een kritiek op Habermas' discourstheorie van het recht. "De werkelijkheid van het recht is echter niet die van het gesprek, maar van de rechtszaal, de politie en de kleine lettertjes van een contract. Het is tijd om dit legitimiteitsvraagstuk van de rechtstheoretici te koppelen aan de aanvaardbaarheidsvragen van de betrokkenen."[25] Dat laatste is precies wat ik in deze studie probeer te doen.

In het perspectief van "aanvaardbaarheidsvragen van betrokkenen" in de rechtszaal gebruik ik hierna in een korte schets de begrippen "begrijpelijk" en "zinvol", die hier ook op te vatten zijn in de betekenissen van legaliteit en legitimiteit. Rechterlijke beslissingen

21 Ch.J. Enschedé, De burger en het recht, Amsterdam 1988, p. 48, typeert rechtspraak als "de moeder van het recht."

22 P. Bal, Dwangcommunicatie in de Rechtszaal, Arnhem 1988.

23 Peter Bal, Wat draagt Habermas bij tot de ontwikkeling van een discourstheorie van het straf(proces)-recht?, Recht en Kritiek 1994, p. 152-169, p. 160-161.

24 Vgl. het opstel Recht als kritische discussie, in de gelijknamige bundel opstellen van A.A.G. Peters, Arnhem 1993.

25 Erhard Blankenburg, De legitimiteit van het recht ligt in wat het doet, Recht en Kritiek 1994, p. 145-151, p. 147.

moeten voor betrokkenen begrijpelijk én zinvol zijn. Dat is het uitgangspunt. Het criterium voor het begrijpelijke is hier de samenhang van het geheel van rechtsnormen binnen een bestaande rechtsorde. Bij dat criterium ga ik aan de grondslagen van zo'n rechtsorde voorlopig voorbij. Het gaat erom dat rechtspraak voor betrokkenen (h)erkenbaar moet zijn als passend in de rechtsorde als geheel. Maar als een rechterlijke beslissing voldoet aan dit technisch criterium van coherentie binnen het systeem, dan is het nog niet een "goede" beslissing. Het recht(vaardigheid)sgehalte betreft ook het zinvolle van een beslissing.[26] Dat heeft te maken met de feitelijke en normatieve betekenis die de beslissing heeft voor individuele rechtsposities en voor de samenleving waarin ze genomen wordt. Voor het zinvolle hanteer ik hier het criterium: op goede gronden algemeen aanvaardbaar. Daarbij ga ik ervan uit dat de beslissing in beginsel de vrije instemming moet kunnen krijgen niet alleen van direct betrokkenen maar ook van ieder lid van de betreffende rechtsgemeenschap. Deze instemming heeft betrekking op datgene wat de beslissing concreet betekent voor mensen, met het oog op uiteenlopende belangen en gedeelde of verdeelde voorstellingen van normen en waarden in de samenleving.

Veronderstellen dat rechterlijke beslissingen voor ieder ook concreet te begrijpen zijn zodra ze naar het oordeel van de rechter aan het criterium van coherentie voldoen, is niet reëel. Integendeel, rechterlijke uitspraken zullen vaak niet alleen voor de juridische leek maar ook voor de aankomende, onervaren of niet gespecialiseerde jurist in eerste instantie onbegrijpelijk zijn. Mogelijke oorzaken daarvan zijn niet ver te zoeken. Denk maar aan steeds complexer wordende regelsystemen[27] of aan soms zeer ingewikkelde typisch juridische redeneringen.[28] Om zo'n complexe juridische gang van zaken echt begrijpelijk te maken zal de jurist zich moeten inleven in de belevingswereld van mensen die anders dan juridisch-professioneel bij de kwestie betrokken zijn. Daarbij spelen ook andere factoren een rol dan het ingewikkelde van juristerij. De context en het partijperspectief zijn zulke factoren.[29] De "bril" waarmee mensen naar bepaalde feiten en gebeurtenissen kijken kan tot sterk uiteenlopende waarneming en interpretatie daarvan leiden. Voor de juridische beoordeling van het conflict is dan uiteraard van groot belang welke voorstelling als maatgevend wordt beschouwd.[30]

26 In de sociologie is het gebruikelijk om op basis van het begrip "zin" een onderscheid te maken tussen "handelen" en "gedrag". Zie Tannelie Blom, Zin en systeem, in Tijdschrift voor Sociale Wetenschappen 1986, p. 23-53, ook over het begrip "zin" in de systeemtheorie van Luhmann. In het begrippenpaar begrijpelijk en zinvol gebruik ik het begrip zin in een ruimere, normatieve betekenis die overeenkomt met legitimiteit.

27 M.G. Rood, Over de zwaarte van de rechtenstudie, NJB 1992, p. 157-160, schrijft: "De explosie van juridische regelgeving door nationale en internationale wetgevers en door rechtspraak heeft de zwaarte van de juridische studie ingrijpend beïnvloed. Was rechten jaren terug een relatief lichte studie, dat is radicaal voorbij." Zie p. 159.

28 Zie M.J. Cohen, Over het denken van juristen, Nieuwenhoflezing V, Deventer 1992, voor typen redeneringen die juristen plegen te hanteren.

29 Cohen 1992, p. 9 v.

30 Cohen 1992, p. 10 beschrijft het partijperspectief als een essentiële determinant voor de wijze waarop een juridisch conflict behandeld wordt. "In buitengewoon veel gevallen is het vaststellen van de feiten de sleutel voor de (juridische) oplossing van het conflict: slaag je erin jouw presentatie van de feiten voor de rechter aannemelijk te maken, dan heb je de zaak gewonnen, omdat in dat geval meer dan één

Om zijn beoordeling van het geschil werkelijk begrijpelijk te maken zal de rechter allereerst de moeite moeten nemen zich te verplaatsen in de belevingswereld van partijen. Ook zal de rechter moeten bereiken dat partijen dat over en weer tot op zekere hoogte óók doen. En tenslotte zal het oordeel van de rechter begrijpelijk moeten zijn vanuit de optiek van de werking van het juridisch systeem. Van de rechter wordt hier een betrokken "onpartijdigheid", een soort "alpartijdigheid"[31] gevraagd. Een (te?) moeilijke opgave.

Als hiervoor de indruk is gewekt dat het nemen van een technisch begrijpelijke beslissing uitsluitend te maken heeft met het verstandelijk oordeelsvermogen van de rechter dan is dat een eenzijdige voorstelling. Verstand en gevoel zullen in de praktijk van het recht net zo min solistisch kunnen optreden als bij andere activiteiten in het leven van alledag. Ook bij een primair op samenhang binnen een rechtsstelsel gericht juridisch beslissen komt méér kijken dan verstandelijke kennis van rechtsregels en technische kunde in de omgang daarmee. Het ontstaan en het voortbestaan van conflicten en het oplossen of beslechten ervan is een deel van het leven van mensen. Net als bij andere vormen van leven zijn ze daarbij met hun verstand, gevoel, wil, kortom met hun hele persoon betrokken. Uiteraard zal de intensiteit van de werking van verstand en gevoel per activiteit aanzienlijk kunnen en ook moeten verschillen om de activiteit naar behoren te kunnen uitvoeren. Wie zou niet zijn hart vasthouden voor een hartoperatie waarbij de chirurg zijn hoofd niet koel houdt en zeer geëmotioneerd betrokken is?[32] Ook van de rechter mag verwacht worden dat hij bij zijn oordeelsvorming het hoofd koel houdt. Maar dat wil niet zeggen dat het gevoel dan afwezig is. Ook bij de uitvoering van een "verstandelijk" karwei zijn intellectuele én gevoelsmatige vermogens steeds gelijktijdig in het spel. Deze vermogens zijn weliswaar analytisch te scheiden en het kan verhelderend en nuttig zijn om dat te doen. In concreto zijn ze hooguit te onderscheiden, niet te scheiden.

De gedachte aan analytische ontkoppeling van verstand en gevoel komt niet toevallig op als overgang tussen bespreking van het begrijpelijke en het zinvolle. Bij de gedachte aan het zinvolle komt als vanzelfsprekend uit de schaduw van het rechtsdenken het rechtsgevoel voor het voetlicht. Maar wordt het zinvolle door een koppeling aan het recht(vaardigheid)sgevoel niet in één klap gedegradeerd tot een praktisch niet te hanteren criterium? Immers, het rechtsgevoel is "wel een zeer ruim en, om het zacht te zeggen, niet erg precies gedefinieerd begrip."[33] Laten we aannemen dat bij een oordeel over (on)aanvaardbaarheid, over het zinvolle van een juridische beslissing, inderdaad het rechtsgevoel een niet, althans veel moeilijker weg te denken rol speelt dan bij het nemen van een begrijpe-

mogelijke toepasselijke rechtsregel in redelijkheid niet te vinden is."

31 Het woord "alpartijdig" is ook te vinden bij Wibren van der Burg, Het democratisch perspectief, Arnhem 1991. In hoofdstuk 4 ga ik daar verder op in.

32 Zie voor een psychologische theorie van de emotie Nico H. Frijda, in de bundel Gevoel en emotie, onder redactie van Maarten van Nierop, Delft 1985, p. 73-95. In dezelfde bundel Heleen J. Pott, De rationaliteit van emoties, p. 39-61. Zie over de objectiviteit van waardeoordelen J.C. Hage, in Interne en externe analyses van recht, red. J.M. Klanderman en N.H.M. Roos, Zwolle 1988, p. 49-66.

33 Cohen 1992, p. 9. Maar waar het om gaat, schrijft Cohen in dit verband "en dat is wezenlijk in het domein van het recht, is dat eventuele onaanvaardbaarheid van een bepaalde beslissing tot gevolg kan hebben dat men gaat zoeken naar een andere oplossing, en dat die andere oplossing ook niet ondenkbaar is."

lijke beslissing.[34] Om zicht te krijgen op het zinvolle lijkt het dan nuttig dat we ons het werk voorstellen van een rechter wiens rechtsgevoel expliciet aan het werk is. Welnu, de rechter zal de zwaarte van aangereikte argumenten voor of tegen een bepaalde beslissing moeten *wegen*, specifiek met het oog op "goede gronden". Maar vóórdat hij aan wegen toekomt zal hij met een scherp oor voor het "goede" van gronden naar de argumenten van partijen moeten *luisteren*.

Hoe werken luisteren en wegen met het oog op het niet alleen begrijpelijke maar ook zinvolle van rechterlijke beslissingen? Is het daarbij mede varen op het kompas van het rechtsgevoel niet een (al te?) hachelijke onderneming? Bij het bekijken van theorieën over rechterlijke rechtsvinding valt op dat deze zich vooral richten op het versterken van het intellectuele element.[35] Onbegrijpelijk is dat niet. Het gevoelsleven lijkt meer op zijn plaats in huiselijk en ander particulier verkeer. Het toelaten ervan in het juridisch discours lijkt niet verstandig, met name met het oog op de kwaliteit van recht. Zelfs iemand als Wiarda, die het intuïtief zedelijk element in het recht uitdrukkelijk positief waardeert, pleit ervoor om een als gewetensbeslissing aan te merken intuïtieve "gedachtensprong" die bij de uiteindelijke keuze van het doorslaggevend argument objectief en rationeel niet verder kan worden verantwoord, "niet groter te doen zijn dan onontkoombaar is."[36] Is de ideale Vrouw Justitia een gevoelsarm verstandsmens?

Laten we de metafoor van Vrouw Justitia even aanhouden, als ideaalmodel. En laten we haar uitrusten met in evenwicht zijnde gelijkwaardige vermogens van denken, voelen en willen. Hoe zal ze haar weegschaal hanteren? Voorlopig zal ze die laten rusten, om te luisteren naar partijen.[37] En als ze dat doet zijn we bij een belangrijk punt in het verhaal. Het luisteren van Justitia wijst rechtstreeks naar recht doen als een vorm van gesprek die gericht is op het nemen van niet alleen technisch begrijpelijke, maar ook in moreel opzicht zinvolle beslissingen.

Als tussen partijen onderling een gesprek over een praktisch probleem dat tussen hen gerezen is niet op gang komt of afgebroken wordt, dan gaat Justitia op juridisch niveau met partijen "in gesprek". Justitia luistert naar de vragen van partijen en de voorstelling van zaken die zij geven. Waar de voorstellingen die partijen geven tegenstrijdig zijn zal ze al luisterend en vragend onderscheid moeten proberen te maken tussen ware en onware beweringen over feiten en gebeurtenissen, tussen juiste en onjuiste normatieve voorstellin-

34 Vgl. H.F.M. Crombag, J.L. de Wijkerslooth en M.J. Cohen, Een theorie over rechterlijke beslissingen, Groningen 1977, p. 91. De auteurs achten het "onvermijdelijk dat beslissende rechters hun subjectieve rechtvaardigheidsgevoel, een toch niet weg te redeneren psychologisch fenomeen, blijven vergelijken met door hen bereikte systeemconsistente resultaten."

35 Zoals Crombag/De Wijkerslooth/Cohen 1977 en A.H. de Wild, De rationaliteit van het rechterlijk oordeel, Deventer 1980.

36 G.J. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding, Zwolle 1980, p. 109-110.

37 Vgl. hfdst. 2, par. 4, over het met elkaar spreken en naar elkaar luisteren in een wederkerige relatie. Zie ook Van Velthoven 1988, p. 109 v., over luisteren in het kader van de intersubjectiviteit van het kennen. Hij wijst erop dat voor echt luisteren is vereist "dat we ons openstellen voor het andere om het zo ongehinderd mogelijk te verstaan, dat we het andere zo tot ons toelaten dat het in dit contact zichzelf kan zijn" (p. 109).

gen, tussen waarachtige en onwaarachtige uitingen van persoonlijke ervaringen en intenties. En tenslotte zal zij moeten wegen en haar antwoord, haar oordeel, moeten rechtvaardigen.

Goede gronden als basis voor een algemeen aanvaardbare beslissing kunnen zowel primair via het (rechts)verstand als primair via het (rechts)gevoel opkomen en als zodanig erkend worden. Het laatste kan bijvoorbeeld het geval zijn als deelnemers aan een discussie rechtstreeks de zwaarte aanvoelen van belangen en waarden die in het geding zijn. Zo gezien is het rechtsgevoel van Justitia en andere deelnemers aan het gesprek niet een uitsluitend psychologisch fenomeen. Als het in een gespreksituatie dialogisch functioneert is het niet slechts een persoonlijk, subjectief gevoel. Het is dan óók tussenpersoonlijk, intersubjectief, een sociaal gevoel. En als dat zo is, dan kan het kritisch potentieel van het zo opgevatte rechtsgevoel mee richting geven aan communicatief rationele besluitvorming. In ieder geval zweeft Justitia dan niet in haar eentje als een soort rechtvaardige godin bóven partijen en hanteert zij evenmin genadeloos haar rechtmatigheidssabel. Zij is gesprekspartner náást partijen. Zij leidt weliswaar het gesprek en zij neemt er met een specifieke reflecterende instelling aan deel. Dat neemt niet weg dat Justitia *deelnemer* is aan het gesprek, niet een uitsluitend observerende *waarnemer* of strategisch rationele beslisser. Een actief onpartijdig en in die zin "alpartijdig" perspectief is de basis van een evenwichtige rechterlijke werkwijze van Justitia. Dit perspectief is de basis van rechterlijke beslissingen die niet alleen begrijpelijk maar ook in sociaal en moreel opzicht zinvol willen zijn.

7. Dimensies van rationeel handelen

Het geschetste beeld van Vrouw Justitia past in een model van een ideale communicatiegemeenschap die drijft op communicatieve rationaliteit, waarbij verstand, gevoel en wil evenwichtig aan bod komen. In het leven van alledag en dus ook in de juridische werkelijkheid ziet het er anders uit. De rechter zal meestal hooguit serieus rekening kunnen houden met standpunten van partijen. Oorzaak van deze discrepantie is niet in de eerste plaats een gebrek aan communicatieve competentie van een werkelijke beslisser in vergelijking met de ideale Justitia. Integendeel, zo lang conflicterende partijen niet geïnteresseerd zijn in een gesprek dat gericht is op overeenstemming tussen hen over de interpretatie van feiten en de gelding van normen, maar uitsluitend oog hebben voor het hoe dan ook halen van hun gelijk, staat iedere beslisser op communicatief niveau machteloos. Het sociaal contact met partijen kan dan niet anders plaats hebben dan op het strategisch handelingsniveau waarop partijen opereren.

In een levensecht juridisch discours valt niet over alles te discussiëren. Dat is op zich zelf geen probleem. Integendeel, het is logisch onmogelijk om alles tegelijk ter discussie te stellen. Iedere discussie vooronderstelt een gedeelde achtergrond die niet in zijn geheel gelijktijdig bespreekbaar is. Maar ook praktisch inhoudelijk gezien is het juridisch discours er juist op gericht om binnen redelijke termijnen tot besluiten te komen, tot een (voorlopige) afsluiting van het gesprek. Problematisch wordt het pas als "discussieloze" besluitvorming leidt tot in de samenleving in het algemeen en door betrokkenen in het bijzonder niet

als zinvol te aanvaarden beslissingen. Zinvolle beslissingen zijn afhankelijk van reële ruimte voor redelijke discussie over betrokken belangen, waarden en normen. Die discussie hoeft overigens niet op ieder institutioneel niveau telkens opnieuw plaats te hebben. Naarmate op het niveau van wetgeving algemene normen van samenleving in meer substantieel democratische verhoudingen tot stand komen en een breder draagvlak hebben in de samenleving, zal er op het niveau van rechtspraak in een concreet geval minder draagvlak zijn om deze normen zélf ter discussie te stellen. Toch zal de rechter ook dáárvoor steeds de ruimte moeten bieden, naast de ruimte voor rationele communicatie over de vraag of toepassing van op zichzelf algemeen aanvaardbare normen in een gegeven geval adequaat is.

Laten we nu in samenhang met het voorgaande het op verschillende manieren gebruikte begrip rationaliteit wat nader bekijken. Voor het bereiken van technisch begrijpelijke rechterlijke beslissingen kan volstaan worden met een strategische, direct doelgerichte rationele discussie en met een technisch-instrumentele toepassing van regels. Het effectief bereiken van het gestelde doel, hier een in het rechtssysteem in te passen technisch begrijpelijke beslissing, bepaalt de rationaliteit van het rechterlijk handelen. Voor het bereiken van een niet alleen begrijpelijke maar ook zinvolle beslissing is méér nodig. Het criterium van het zinvolle eist een morele "alpartijdigheid" die niet te bereiken is met een louter doelrationele benadering van het op te lossen of te beslechten probleem. Morele "alpartijdigheid" eist dat alle potentieel goede gronden met het oog op het in geding zijnde probleem door betrokkenen naar voren gebracht kunnen worden en door de rechter als een oprechte deelnemer aan het "gesprek" serieus gemotiveerd worden verwerkt. Dat eist communicatief rationeel handelen.

Het onderscheid tussen instrumenteel, strategisch en communicatief handelen kan gemaakt worden door aan de ene kant te letten op de aard van de handelingssituatie en aan de andere kant op de oriëntatie waarmee gehandeld wordt.[38] Om te beginnen met de handelingssituatie: strategisch en communicatief handelen zijn sociaal van aard, instrumenteel handelen is niet sociaal van aard. Instrumenteel handelen kan wel nauw verweven zijn met sociale interactie, maar is zelf geen sociaal handelen. Het betreft een eenzijdige relatie tussen een subject en een te bewerken object. Strategisch en communicatief handelen daarentegen zijn zelf vormen van sociaal handelen.

Wat de handelingsoriëntatie betreft: instrumenteel en strategisch handelen zijn vormen van succesgeoriënteerd handelen. Een doelgericht subject staat tegenover een voor dat doel te bewerken object (instrumenteel handelen) of subject (strategische interactie). Succes wordt gedefinieerd als het effectief bereiken van een gewenste toestand, die in een gegeven situatie door doelgericht doen of laten causaal bereikt kan worden. Instrumenteel handelen richt zich voor het bereiken van een bepaald doel naar technische regels. De effectiviteit wordt beoordeeld naar de samenhang van toestanden en gebeurtenissen. Strategisch handelen richt zich voor het bereiken van een bepaald doel naar een rationele keuze uit hande-

38 Vgl. Jürgen Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Band I, Frankfurt am Main 1988 (1981), p. 384 v.

lingsalternatieven. De effectiviteit wordt beoordeeld naar het beïnvloeden van de beslissingen van een rationele tegenspeler. Het gaat hier om varianten van een producerend type handelen dat al in het vorige hoofdstuk ter sprake is gekomen.[39]

Communicatief handelen is niet georiënteerd op eigen succes maar op onderlinge verstandhouding. Een in onderlinge verstandhouding bereikte overeenstemming berust op gemeenschappelijke *overtuigingen*. Ze kan niet *opgelegd* worden, noch instrumenteel door een directe ingreep in de handelingssituatie, noch strategisch door een berekende beïnvloeding van besluiten van een tegenpartij.[40] De oriëntatie op onderlinge verstandhouding houdt overigens niet in dat bij communicatief handelen doelgerichtheid taboe zou zijn. Dat zou ook praktisch niet mogelijk zijn. Alle handelen kan op een of andere manier als doelgericht worden beschouwd. De gerichtheid op onderlinge verstandhouding houdt wél in dat de deelnemers aan communicatief handelen niet primair aan het eigen succes georiënteerd zijn. Als individuele doelen nagegaan worden, dan gebeurt dat onder de voorwaarde dat de deelnemers hun handelingsplannen op basis van gemeenschappelijke situatiedefinities op elkaar kunnen afstemmen.

Bij communicatief rationeel handelen zijn mensen voor het bereiken van een doel gebonden aan normen waarvan de gelding afhankelijk is van onderling begrip en wederzijdse instemming. Bij dit type handelen heeft rationaliteit vóór alles te maken met het fundamenteel kritiseerbare van uitingen en met bereidheid tot rechtvaardiging van alles wat gezegd kan worden. De criteria voor communicatieve rationaliteit zijn, Habermas volgend, waarheid, juistheid en waarachtigheid. In deze optiek staat rechtsvorming niet alleen consequent open voor waarheid ten aanzien van feiten en gebeurtenissen. Ze staat ook open voor juistheid van op goede gronden algemeen aanvaardbaar geregelde normatieve betrekkingen tussen mensen en voor waarachtigheid van persoonlijke ervaringen en intenties. Deze opvatting van de rationaliteit van communicatie bevestigt dat niet alleen het rechtsverstand van Vrouw Justitia maar ook haar rechtsgevoel als sociaal gevoel te maken heeft met rationaliteit.

In een ruime betekenis omvat het begrip rationaliteit zowel instrumentele en strategische als communicatieve rationaliteit en vormen de drie dimensies van communicatieve rationaliteit (waarheid, juistheid en waarachtigheid) onderling één geheel. Historisch gezien hebben echter ontwikkelingen plaats gehad waardoor de term rationaliteit praktisch uitsluitend nog in verband met instrumentele en strategische doelrationaliteit en in verband met communicatieve waarheidsaanspraken wordt gebruikt. Communicatief rationele aanspraken van normatieve juistheid en persoonlijke waarachtigheid zijn op de achtergrond geraakt. Dat heeft geleid tot het loskoppelen van criteria van effectiviteit en problemen van rechtvaardigheid.[41]

39 Vgl. hfdst. 2, par. 4.
40 Vgl. Habermas 1988 (1981), Band I, p. 387: "Einverständnis beruht auf gemeinsame *Überzeugungen*."
41 Habermas 1988, p. 34 v.

8. De ontkoppeling van systeem- en leefwereld in het recht

Het loskoppelen van doelrationaliteit en problemen van rechtvaardigheid heeft de capaciteit om problemen op te lossen aanzienlijk vergroot. Direct doelgericht, optimaal gebruik van hulpmiddelen kan de enorme vooruitgang verklaren op terreinen als goederenproductie en beheersing van de natuur. Ook de groeiende verzelfstandiging van economie, recht en politiek, ieder met eigen organen en instanties, regels en wetmatigheden, kan hierdoor worden verklaard. Maar deze loskoppeling levert op het gebied van probleemoplossing ook nadelen op. Als een probleem dat met rechtvaardigheid te maken heeft bijvoorbeeld wordt teruggebracht tot een probleem dat met een efficiënte procedure van afdoening te maken heeft, dan ligt het voor de hand dat personen, die direct bij dat rechtvaardigheidsprobleem betrokken zijn, gedesoriënteerd raken. In Habermas' terminologie: systeem- en leefwereld sluiten niet meer op elkaar aan. In de rechtspraak gebeurt dat als de inhoudelijke vraag of een uitspraak "juist" is (in een betekenis van rechtvaardig), vertaald wordt in de procedurele vraag of de uitspraak "juist" is (in een betekenis van het formeel juist tot stand komen van de uitspraak). In zo'n formeel procedurele benadering wordt het onderliggende moreel-praktisch probleem aan het zicht onttrokken. Dat is precies wat in mijn ogen gebeurt als iemand wiens aandacht uitgaat naar het praktisch probleem waar het eigenlijk om gaat bij een technisch-rationele beslechting verbaasd vraagt: "Is dit recht?"

Als we kwesties van morele rechtvaardigheid *in* het recht willen behandelen en tegelijk integraal willen vasthouden aan eisen van rationaliteit, zal het rationaliteitsbegrip daarvoor de nodige ruimte moeten bieden.[42] In een gespreksmodel van recht als gedemonstreerd aan Vrouw Justitia is deze ruimte ingebouwd. Historisch gezien kan zo'n verruiming gezien worden als correctie op de vernauwing van het begrip rationaliteit die is ontstaan door een steeds verdere mechanisering, op feitelijke beheersing gerichte differentiëring en specialisering. Voor een op normatieve juistheid gerichte verruiming van het rationaliteitsbegrip hebben we Barendrecht al een voorzet zien geven.[43]

42 Vgl. Ton Wilthagen, Recht in een gesloten samenleving, het debat over reflexief recht en autopoiesis, in Recht der Werkelijkheid 1992, p. 119-138. In een theorie van reflexief recht die zich oriënteert aan de procedure-gerichte modellen van Habermas en Luhmann wordt reflexieve rationaliteit gepresenteerd als een onontkoombare "derde weg", na de formele rationaliteit van een laissez-faire-marktecononomie en de materiële rationaliteit van het top down-instrumentalisme van de verzorgingsstaat. In reflexief recht en zelfreferentiële of autopoietische systemen, zoals aangepakt en uitgewerkt door Teubner, signaleert Wilthagen het ontbreken van een relatie tot een handelingstheorie. Daardoor is volgens hem onduidelijk welke betekenis aan een begrip als "democratisering" moet worden toegekend. De door Teubner in het voetspoor van Luhmann geschetste "derde weg"-rationaliteit laat ik daarom in deze studie terzijde.

43 Zie hfdst. 2, par. 2 en 3.

IN ALPARTIJDIG PERSPECTIEF: DRIE BEGINSELEN VAN MENSENRECHT

1. Inleiding

De in het vorige hoofdstuk besproken justitiële openheid in de vorm van "alpartijdigheid" sluit op het eerste gezicht goed aan bij het concept van de daar eveneens aan de orde gestelde democratische openbaarheid. Toch zijn er belangrijke verschillen tussen het alpartijdig stellen van rechtsnormen en het alpartijdig toepassen ervan (par. 2). Deze juridische alpartijdigheid is door Habermas niet vanuit zijn gespreksmodel ontwikkeld. Met het oog op zo'n ontwikkeling loont het wellicht de moeite ten opzichte van Habermas afwijkende concepties van politieke alpartijdigheid te bezien op hun toepasbaarheid op justitiële alpartijdigheid. Die zouden waardevol kunnen blijken voor de ontwikkeling van een bruikbaar concept van justitiële alpartijdigheid, zelfs al zou Habermas' visie van politieke alpartijdigheid als zodanig de voorkeur verdienen. In het bijzonder Van der Burgs visie springt er in dit verband uit, omdat hij ook inhoudelijke normen verbindt aan "onpartijdigheid". Niettemin zal Habermas' visie op democratische alpartijdigheid adequater blijken, zodat alternatieve concepties van onpartijdigheid in ieder geval geen onmiddellijk soelaas kunnen bieden bij het zoeken naar justitiële alpartijdigheid (par. 3). Het probleem is dan vanuit de idee van mensenrecht de innerlijke relatie tussen private en publieke autonomie nader te bepalen. Ik kom daartoe op basis van een weerlegging van kritiek op Habermas door Van Roermund en via een pleidooi van Holtmaat voor het verruimen van het concept van subjectieve rechten (par. 4). In samenhang met een perspectief van alpartijdigheid in het gekozen model van het open gesprek zal ik drie aspecten van mensenrecht afleiden: vrijheid, trouw en zorg. Ik stel deze aspecten voor als procedurele en materiële beginselen van behoorlijk handelen in een rechtsorde (par. 5), die zich tevens laten beschouwen als drie beginselen van mensenrecht (par. 6). Of deze drie beginselen bruikbaar zijn als richtsnoer voor het beoordelen van het rechtsgehalte van "openbare orde", zal dan moeten blijken in het tweede deel van deze studie.

2. Alpartijdig stellen en toepassen van rechtsnormen

Hoewel duidelijk is dat mensen zich in werkelijkheid nooit volledig los kunnen maken van hun eigen belangen, vooroordelen en maatschappelijke posities, wordt het innemen van een moreel gezichtspunt van onpartijdigheid algemeen gezien als een voorwaarde voor het rechtvaardigen van morele uitspraken. Modellen van onpartijdigheid gaan bijvoorbeeld uit van een fictieve morele wetgever (Kant), van een niet partijdige toeschouwer (Baier), van

een fictieve natuurtoestand (Rawls) of van een ideale gespreksituatie (Habermas).[1]

Als rechtspraak in deze studie model staat voor een bepaalde invulling van de notie van alpartijdigheid mag dat er niet toe leiden dat alpartijdige wetgeving en alpartijdige rechtspraak over één kam worden geschoren. Als het onderscheid in het niveau van algemeenheid en in de aard van de werkzaamheden uit het oog verloren wordt, komt rechtsbescherming door de rechter op de tocht te staan. Daarmee wil ik niet zeggen dat een rechter bij het oordelen in een concreet geval de algemeenheid van toe te passen regels mag verwaarlozen. Integendeel, dat zou ten koste gaan van alpartijdigheid binnen de rechtsorde als geheel. Mij lijkt echter dat bijvoorbeeld niet van de rechter het scherp formuleren van een nieuwe rechtsregel geëist mag worden als een bestaande wetstekst in een gegeven geval geen bevredigende uitkomst biedt. Als dat wél van de rechter wordt geëist[2], dan ligt het voor de hand dat de rechter zodanig van het voorliggende geval moet abstraheren, dat dit ten koste kan gaan van individuele rechtsbescherming van de rechtszoekende burger. Daarmee gaat het dan tevens ten koste van het normatief gehalte van de rechtsorde als geheel.

Zowel het essentieel onderscheid als de interne samenhang tussen wetgeving en rechtspraak kan geïllustreerd worden, waar Barendrecht het resultaat van de rationele maatschappelijke discussie voorstelt als mogelijk criterium van rechtvaardigheid. Dit voorstel past in een concept van private en publieke autonomie en communicatieve politieke macht. In hun hoedanigheid van betrokkenen bij de in hun rechtsorde geldende rechtsnormen zijn rechtsgenoten te beschouwen als *auteurs* van deze rechtsnormen. Als rechtsgenoten zijn ze (potentiële) deelnemers aan de rationele maatschappelijke discussie. Geldende rechtsnormen geven de actuele stand van deze maatschappelijke discussie weer. In het proces van rechtspraak daarentegen zijn de direct bij een concreet conflict betrokken partijen primair te beschouwen als *adressaten* van deze rechtsnormen. De rechter wordt geacht deze rechtsnormen als weergave van de actuele stand van deze discussie bij de tijd te brengen en in samenhang met het voorliggende conflict te interpreteren.[3]

Gelet op hun algemeenheid en onbepaaldheid kunnen rechtsnormen in concrete gevallen op het eerste oog niet meer dan toepasselijk *lijken*. Pas in het toepassingsproces zélf kan getoetst worden of deze rechtsnormen ook feitelijk toepasselijk *zijn*, of ze passen op een gegeven situatie. Als dat niet zonder meer het geval is, dan moeten ze met inachtneming van hun strekking binnen de rechtsorde als geheel plaats maken voor een door de rechter aangepaste norm of voor een andere, wél passende norm. Bij het alpartijdig stellen van rechtsnormen gaat het om de gelding van rechtsnormen in het algemeen. Bij het alpartijdig toepassen van rechtsnormen gaat het erom een geldige rechtsnorm op een gepaste manier[4]

1 Van der Burg 1991, p. 211.

2 Zie in dit verband mijn kommentaar bij de theorie van Barendrecht in hoofdstuk twee.

3 Zie over de "trias politica" niet meer als scheiding van wetgevende, rechterlijke en bestuurlijke macht maar als een dynamisch evenwicht van machten W.J. Witteveen, Evenwicht van machten, Zwolle 1991.

4 Habermas 1992, p. 268 v. verwijst in dit verband naar de studie van K. Günther, Der Sinn für Angemessenheit, Frankfurt/Main 1988.

op een gegeven situatie te betrekken. In het open gesprek met partijen en tegelijk met de rechtsgemeenschap in het algemeen, neemt de rechter een uniek alpartijdige positie in.

In gesprek met de rechter moeten betrokken partijen als adressaten van rechtsnormen verantwoording afleggen en moet de rechter feitelijk en juridisch oordelen over een gerezen geschil. Tegelijk is de rechter met dezelfde partijen en met rechtsgenoten in het algemeen "in gesprek" als gezamenlijke auteurs van rechtsnormen. Een overgeleverde verzameling aan verandering onderhevige en - als het goed is - in een alpartijdige openbaarheid tot stand gekomen rechtsnormen staat de rechter als achtergrond ter beschikking. Maatstaf voor de legitimiteit van wetgeving én rechtspraak is in het besproken autonomiemodel het met gelijk gewicht tot gelding brengen van de private en publieke autonomie van alle rechtsgenoten. Deze maatstaf geldt zowel op het niveau van direct bij het geschil betrokken partijen als tegelijk ook op het niveau van alle rechtsgenoten gemeenschappelijk.

Daarbij moet echter worden bedacht dat een rechter die een norm toepast deze een betekenis verleent op basis van hypothesen over de strekking van de wet. Dit is echter een typisch juridische aangelegenheid. Een rechter reconstrueert een rechtsnorm niet, bijvoorbeeld, in politicologische termen, maar als de uitkomst van een bepaalde afweging van rechtswaarden. Ook als er niet direct een rechtsnorm van toepassing is, zal een rechter buiten het strafrecht althans[5], een norm construeren aanknopend bij normen die van toepassing zijn op verwante gevallen. Ook de beoordeling van de feiten geschiedt typisch onder het gezichtspunt van hoe partijen met de in het geding zijnde rechtswaarden zijn omgegaan. Het is door dit zoeklicht van relevante rechtswaarden dat de beroemde "hermeneutische cirkel" tussen feiten en recht mogelijk is. Partijen hebben veelal strijdige visies op het gewicht van de rechtswaarden en de feiten. Ook het gesprek tussen rechter en partijen over deze zaken speelt zich af in het licht van deze rechtswaarden en het is in het licht daarvan dat rechter en partijen elkaar kunnen "verstaan" (wat niet noodzakelijkerwijs betekent: het met elkaar eens zijn). Het is, zoals betoogd, de taak van de rechter deze op een "alpartijdige" wijze te verstaan en te beoordelen.

Gezien het bovenstaande is het duidelijk dat we op zoek moeten naar juridische maatstaven voor alpartijdigheid en niet naar politiek-democratische. Niettemin zullen er relaties tussen beide bestaan als we met Habermas een gelijkoorspronkelijkheid van private en publieke autonomie aannemen. Zowel over de betekenis van normen als over de interpretatie van feitelijke gebeurtenissen kunnen zich verschillen van visie voordoen waarbij nu juist de vraag naar de afgrenzing van vrijheidsrecht, private autonomie, en sociaal belang, publieke autonomie, aan de orde is. Waar derhalve behoefte aan is zijn maatstaven ter bepaling van beide. De juridische alpartijdigheid is door Habermas niet vanuit zijn gespreksmodel ontwikkeld. In feite heeft hij zich beperkt tot een democratie-theoretisch betoog dat private autonomie vooronderstelling is van publieke autonomie. Hoe echter private en publieke autonomie als rechtsbeginselen samenhangen, heeft hij niet nader geanalyseerd, zodat het vooralsnog duister is wat het niet-procedurele, maar inhoudelijk-moreel cognitieve karakter

5 In het strafrecht geldt immers een analogie-verbod.

is van justitiële alpartijdigheid. Om dat te verhelderen loont het wellicht ten opzichte van Habermas afwijkende concepties van politieke alpartijdigheid te bezien op hun toepasbaarheid op justitiële alpartijdigheid. Zelfs al zou Habermas' visie op politieke alpartijdigheid de voorkeur verdienen, dan nog zouden deze alternatieve concepties waardevol kunnen zijn voor een nadere invulling van justitiële alpartijdigheid.

3. Alternatieve concepties van alpartijdigheid

Voor een antwoord op de vraag naar het adequate van een "alpartijdigheid" à la Vrouw Justitia ga ik om te beginnen nader in op het eerder in hoofdstuk drie ter sprake gekomen democratie-principe van Habermas. Daarna ga ik te rade bij Van der Burg, die in zijn proefschrift over democratie werkt met het begrip alpartijdigheid.

Habermas gaat ervan uit dat een moreel gezichtspunt van onpartijdigheid en de rechtsvorm twee intuïtieve noties zijn van mensen die hun samenleven op een in beginsel door allen op goede gronden vrij aanvaardbare manier zo veel mogelijk geweldloos willen regelen. De notie van de rechtsvorm heeft betrekking op de vorm waarin het feitelijk dwingend stellen en handhaven van onpartijdige samenlevingsvormen tot uitdrukking komt. De notie van onpartijdigheid is in deze opvatting een eis van algemene aanvaardbaarheid van normen van samenleving. Deze eis komt bij Habermas tot uitdrukking in het eerder kort besproken discours-principe.

Volgens Habermas' discours-principe zijn precies die handelingsnormen geldig, waarmee alle mogelijke betrokkenen als deelnemers aan rationele discoursen zouden kunnen instemmen. Met handelingsnormen zijn hier zowel in de tijd als sociaal en zakelijk gegeneraliseerde gedragsverwachtingen bedoeld. Het predikaat geldig wordt in een algemene normatieve zin bedoeld. Daarin wordt nog geen onderscheid gemaakt tussen geldigheid in een betekenis van moraliteit (van morele normen) en legitimiteit (van rechtsnormen). Onder de categorie betrokkenen valt ieder die door te verwachten gevolgen van een door normen geregelde algemene praxis in zijn belangen wordt getroffen. Onder rationele discoursen verstaat Habermas hier iedere poging tot verstandhouding over problematische aanspraken van gelding van handelingsnormen. Om van rationele discoursen te kunnen spreken moeten zulke pogingen plaats hebben onder voorwaarden die vrije discussie mogelijk maken. Direct heeft het begrip rationeel discours hier betrekking op communicatief handelen. Indirect heeft het óók betrekking op strategische onderhandelingen, voor zover die plaats hebben onder communicatief geregelde voorwaarden van een open, eerlijke procedure. Zo blijft ook strategisch handelen communicatief genormeerd.

Het algemeen discours-principe valt uiteen in een moraal-principe en een democratie-principe. Het moraal-principe betreft handelingsnormen die uitsluitend met morele gronden gerechtvaardigd kunnen worden. Het democratie-principe betreft rechtsnormen. Deze kunnen niet alleen met morele gronden maar daarnaast ook met ethisch-politieke en met pragmatische gronden gerechtvaardigd worden. De aard van de gronden vloeit telkens voort uit de specifieke vraag die aan de orde is. Bij morele vragen moeten de doorslaggevende gronden in principe door ieder aanvaard kunnen worden. De mensheid als

geheel of een publiek van wereldburgers staat hier model voor het rechtvaardigen van regelingen die in het belang van allen zijn. Ethisch-politieke vragen hebben betrekking op "onze" specifieke levensvorm van een concrete politieke gemeenschap die bepaalde tradities en sterke waarden deelt. De doorslaggevende gronden moeten in principe door alle leden van die gemeenschap aanvaard kunnen worden. Pragmatische vragen eisen een rationele afweging tussen concurrerende waarden en tegenstrijdige belangen. De betrokkenen daarbij zijn direct belanghebbende sociale groepen waarmee onderhandeld moet worden om tot compromissen te komen. Voor zover deze compromissen onder faire onderhandelingsvoorwaarden tot stand komen moeten ze in beginsel voor alle partijen aanvaardbaar zijn. De doorslaggevende gronden waarop compromissen ten aanzien van pragmatische vragen aanvaard worden behoeven niet, zoals dat bij morele en ethisch-politieke vragen wél het geval is, voor alle partijen dezelfde te zijn. Maatgevend voor deze benadering van alpartijdigheid is de ruimte die betrokkenen zélf krijgen om hun visie op een probleem aan bod te laten komen.

In een vergelijking met zijn discourstheoretische opvatting van onpartijdigheid bespreekt Habermas de oorspronkelijke positie in Rawls' theorie van het sociale contract.[6] Rawls bouwt in de beschrijving van een fictieve oertoestand een "sluier van onwetendheid" in over eigen en andermans kenmerken, eigenschappen en levensplannen. De bedoeling is dat vrije en gelijke partijen onder deze sluier van onwetendheid tot de keuze van juiste procedurele principes komen. Faire resultaten moeten gewaarborgd worden door de faire procedure waarin deze resultaten tot stand komen. Doordat het morele oordelen gelijk schakelt met een rationele keuze van principes onder een tekort aan informatie doet Rawls' model volgens Habermas niet helemaal recht aan de geldigheidspretentie van morele oordelen. Datzelfde is volgens hem het geval met een model dat uitgaat van een ideale overname van rollen, zoals dat van Kohlberg. Volgens Habermas beschouwt Kohlberg morele inzichten als een bijzondere vorm van begrijpen. Doordat in Habermas' voorstel morele argumentatie zélf wordt opgevat als adequate procedure voor onpartijdige besluitvorming, telt in zijn voorstel alleen de kracht van het betere argument.

Ook Van der Burg wijst op tekortkomingen in Rawls' model van onpartijdigheid. Rawls abstraheert sterk van verschillen in belangen, opvattingen en posities van betrokkenen. Daardoor wordt de onpartijdigheid evenals in Baiers model van de niet partijdige toeschouwer ingevuld als een abstracte opvatting van buitenstaanders, aldus Van der Burg.[7] Hij laat zien dat de constructies van Rawls en Baier bruikbaar zijn om bepaalde factoren in de oordeelsvorming te betrekken, maar onvoldoende recht kunnen doen aan andere factoren die in sommige situaties essentieel zijn. Als een derde belangrijk model van onpartijdigheid noemt Van der Burg de ideale gespreksituatie van Habermas. Hij laat Habermas' model echter rusten. Volgens Van der Burg is dat dermate complex dat het niet goed doenlijk is er in kort bestek op in te gaan.[8]

6 Habermas 1988, p. 79 v.

7 Van der Burg 1991, p. 212 wijst in dit verband op feministische theoretici (Young 1986, Benhabib 1987) die de eenzijdigheid van abstracte en universele onpartijdigheidsnoties aan de kaak stellen.

8 Van der Burg 1991, p. 217.

Als alternatief voor abstracte benaderingen van onpartijdigheid kiest Van der Burg voor een perspectievenbenadering, een in de praktijk van de toegepaste ethiek gangbare procedurele benadering van onpartijdigheid. Daarin wordt getracht de concrete deelperspectieven van de voornaamste betrokkenen te analyseren en met elkaar te verzoenen. Omdat deze benadering volgens Van der Burg nog weinig uitgewerkt is, pakt hij dat karwei zelf aan.[9] Een onpartijdig gezichtspunt moet in die zin "alpartijdig" zijn dat het aan alle relevante aspecten van en visies op een probleem recht doet, aldus Van der Burg.[10] Daarmee maakt hij een opstapje naar zijn formulering van een ideaal moreel gezichtspunt in de vorm van "het democratisch perspectief". Dit houdt in dat de deelperspectieven van alle betrokkenen voor elk van een vijftal aspecten van een politiek proces gelijkelijk worden meegewogen in een morele oordeelsvorming. De vijf aspecten van een politiek proces zijn 1) participatie in de besluitvorming, 2) de gronden waarop de beslissing wordt genomen, 3) de inhoud van de beslissing, 4) de vraag wie de beslissing moet uitvoeren en hoe dat moet gebeuren en 5) de consequenties van de beslissing.[11]

Het democratisch perspectief als procedureel uitgangspunt vult Van der Burg aan met een inhoudelijke norm van gelijke aandacht, zorg en respect voor alle burgers. Hij maakt duidelijk dat het om een ideaal gaat. Omdat de perspectieven van alle betrokkenen van binnenuit meegewogen moeten worden, is geen sterfelijk wezen in staat daaraan te voldoen. Toch is het een zinvol ideaal, omdat het richting kan geven aan pogingen om een moreel, alpartijdig gezichtspunt in te nemen, aldus Van der Burg.[12]

Een vergelijking laat zien dat zowel bij Habermas als bij Van der Burg de invulling van de notie van onpartijdigheid neerkomt op het gelijkelijk rekening houden met alle betrokken belangen en relevante aspecten van een zaak. Habermas drukt dit uit in het procedurele principe dat slechts die normen aanspraak mogen maken op geldigheid, die de instemming kunnen krijgen van alle mogelijke betrokkenen als deelnemers aan een praktisch discours. Volgens Van der Burg is niet alleen een procedurele norm nodig, een invulling van het moreel gezichtspunt van onpartijdigheid, maar ook een inhoudelijke norm. Als inhoudelijke basisnorm beredeneert hij gelijke aandacht, zorg en respect voor alle burgers in alle aspecten van het democratisch proces.

Habermas geeft naar ik meen een trefzekere benadering van het moreel gezichtspunt van onpartijdigheid. Met deze trefzekerheid bedoel ik de identificatie van het onpartijdig oordeel met het vrije morele oordeel dat wortelt in de zedelijkheid van het alledaagse gesprek. Vanwege de fundering in de noodzakelijke vooronderstellingen van toegankelijkheid, kritiseerbaarheid en oprechtheid van het open gesprek verdient Habermas' model naar ik meen de voorkeur. Modellen als die van Rawls zijn daarbij vergeleken inderdaad

9 Van der Burg 1991, p. 212, verwijst voor een perspectievenbenadering naar De Beaufort 1985, Van der Burg 1986, Vedder en Van der Burg 1989, Van de Meent-Nutma 1990.
10 Van der Burg 1991, p. 213.
11 Van der Burg 1991, p. 65.
12 Van der Burg 1991, p. 213.

onnodig fictief[13], terwijl Van der Burg de additionele funderende werking van Habermas' model laat liggen.

Een voordeel bij Van der Burg lijkt dat hij de deelperspectieven van betrokkenen expliciet op alle aspecten van een politiek proces betrekt. Habermas lijkt zich te beperken tot rationele besluitvorming in engere zin. Aan Habermas' democratie-principe ligt echter een universaliseringsbeginsel ten grondslag. In praktische discoursen neemt dat de vorm van een argumentatieregel aan: bij geldige normen moeten de gevolgen die met het oog op ieders belangen te verwachten zijn bij het algemeen nakomen van deze normen door allen vrijwillig kunnen worden aanvaard.[14] Zo betrekt ook Habermas de verschillende aspecten van een politiek proces bij de invulling van de notie van onpartijdigheid.

Aan de reden die Van der Burg opgeeft om het model van Habermas te laten liggen (dat hij het vanwege het complexe van Habermas' werk niet goed doenlijk vindt om er in kort bestek op in te gaan), valt niet te tornen.[15] Zijn opmerking dat de in een perspectievenbenadering gezochte procedurele alpartijdigheid in de buurt lijkt te komen van Habermas' ideale gespreksituatie[16] wijst er echter op dat hij de verwantschap van zijn benadering met die van Habermas inziet. Wat Habermas' benadering in mijn ogen vóór heeft is, dat in diens democratie-principe expliciet naar voren komt dat betrokkenen in verband met hun eigen positie en belangen in beginsel zélf uitmaken of en hoe ze betrokkenen zijn. Daardoor kan Habermas' democratie-principe niet monologisch werken. Juist de principieel dialogische aard van toetsing van normen stelt Habermas in staat om moreel handelen te verbinden met feitelijk welzijn zonder een beroep te moeten doen op inhouden van normen. Bij Van der Burg is niet uitgesloten dat een modelrechter zoals Dworkins Rechter Hercules in zijn eentje als specialist de (juridische relevantie van de) deelperspectieven van betrokkenen monologisch beredeneert en vervolgens in zijn oordeelsvorming betrekt.[17] Een bevestiging van mijn eerder naïef gekozen "alpartijdige" invulling van de notie van onpartijdigheid kan hier metaforisch bezegeld worden met een handreiking van Vrouw Justitia aan Rechter Hercules.[18]

13 Zie voor een overzicht van de discussie over Rawls' theorie Koen Raes, De post-Rawlsiaanse rechtvaardigheidsdiscussie, Liberalisme, Egalitarisme, Communitarisme, R&R 1990, p. 190-210.

14 Habermas 1991, p. 12.

15 Vgl. over de fundering van de theorie van Van der Burg de recensie van Lock in RM Themis 1992, p. 291-294.

16 Van der Burg 1991, p. 212. Als praktische voorbeelden van een perspectievenbenadering wijst Van der Burg in dit verband op ethische adviescommissies en toetsingscommissies, waarin gezocht wordt naar het creëren van een zo open mogelijke gespreksituatie, zodat de verschillende deelperspectieven tot hun recht kunnen komen.

17 Ronald Dworkin, Taking rights seriously, 1978. Zie ook Habermas 1992, p. 272 e.v. Op de samenhang tussen Van der Burgs inhoudelijke basisnorm met de theorie van Dworkin ga ik in de volgende paragraaf nader in.

18 B. van Roermund, Solidariteit onder vreemden: de rechtstheorie van Jürgen Habermas, R&R 1994, p. 120-156, p. 137, wijst op het volgens hem uiterst gering verschil tussen een "intersubjectieve interpretatie van Hercules (Habermas) en een herculiaanse interpretatie van intersubjectiviteit (Dworkin)". Ook in Habermas' reconstructie van recht "zullen de discussiepartners moeten deelnemen vanuit het specifieke juridische perspectief waarvoor Hercules model staat", aldus Van Roermund.

4. Bruggen tussen private en publieke autonomie

Gegeven de superioriteit van Habermas' conceptie van democratische alpartijdigheid en de beperkingen ervan voor het begrip van justitiële alpartijdigheid, is er geen andere mogelijkheid dan de koe bij de horens te vatten. Habermas' these van de gelijkoorspronkelijkheid van private en publieke autonomie is door hem zodanig bepaald dat private autonomie zich in het publiekrecht manifesteert in subjectieve vrijheidsrechten. Maar als er werkelijk sprake zou zijn van gelijkoorspronkelijkheid, dan zou ook het omgekeerde moeten gelden. Ook subjectieve privaterechten zouden al een innerlijke betrekking moeten hebben op sociale belangen. Met de vraag hoe deze innerlijke betrekking zich vanuit een discourstheorie van het recht laat construeren, heb ik lang geworsteld.

Een eerste brug tussen private en publieke autonomie vond ik in kritische beschouwingen van Van Roermund over Habermas' boek *Faktizität und Geltung*.[19] Oppervlakkig gezien zijn deze beschouwingen alleen maar geschikt om mijn twijfel nog verder aan te wakkeren. Maar ze werken omgekeerd. Dat komt denk ik doordat de kritiek draait om wat Van Roermund zelf de mooiste zin van Habermas' boek noemt.[20] Dat geeft te denken. Waarom vindt Van Roermund deze zin zo mooi?

Voorafgaand aan het citeren van bedoelde zin schrijft Van Roermund dat de door procedures geregelde politiek in het werk van Habermas vooral een context of justification" constitueert voor de oplossing van maatschappelijke problemen. De oplossing zélf van die problemen blijft niet alleen aangewezen op een verdere administratieve "implementatie". Ze blijft ook aangewezen op een "context of discovery" van een niet door procedures geregelde openbaarheid die door het algemene publiek van staatsburgers gedragen wordt. "Enerzijds is die sfeer kwetsbaarder voor systematisch verstoorde communicatievormen (...), anderzijds ontvankelijker voor diversiteit en openheid doordat elke formele regeling ontbreekt; het is de bron van zowel conflicten als nieuwe levensvormen".[21] En dan komt de mooie zin:

"Aber die kommunikative Bewältigung dieser Konflikte bildet in einer säkularisierten Gesellschaft, die mit ihrer Komplexität auf bewuszte Weise umzugehen gelernt hat, einzige Quelle für eine Solidarität unter Fremden - unter Fremden, die auf Gewalt verzichten und die sich, bei der kooperativen Regelung ihres Zusammenlebens, auch das Recht zugestehen, füreinander Fremde zu bleiben."[22]

19 B. van Roermund, 1994, p. 120-156.
20 Van Roermund 1994, p. 142.
21 Van Roermund 1994, p. 141-142.
22 Habermas 1992, p. 374; Van Roermund 1994, p. 142.

Elkaar het recht gunnen om vreemden voor elkaar te blijven. Met het oog daarop merkt Van Roermund op dat het niet vanzelf spreekt dat Habermas "autonomie als een verhouding tussen subjecten wil aflezen aan een subject-object verhouding, waarbinnen het andere subject altijd een derde is, een buitenstaander, een vreemdeling."[23] Inderdaad, dat spreekt niet vanzelf. Daarmee raakt Van Roermund ook mijn twijfel over het combineren van subjectieve vrijheidsrechten met de idee van private en publieke autonomie. Maar wil Habermas werkelijk autonomie als een wederkerige verhouding tussen subjecten "aflezen" aan een verhouding waarbinnen de ander "altijd" een derde is? Van Roermund kan best gelijk hebben waar hij oppert "dat Kant de metaforiek van het subjectieve recht gebruikte voor een filosofische redenering inzake wederkerigheid, terwijl deze - overeenkomstig de stelling van Luhmann - in de maatschappelijke en dogmatische feitelijkheid van het recht al lang de vorm van een functionele complementariteit had gekregen."[24] Maar kan het zijn dat "de mooiste zin" van Habermas' boek mooi is, precies omdat er méér in te lezen is dan een functionele complementariteit?

Het gaat in die zin om "kommunikative Bewältigung" van maatschappelijke problemen als enige bron van solidariteit onder vreemden die elkaar óók de vrijheid gunnen om vreemden voor elkaar te *blijven*. Dat lijkt mij een verdienstelijke poging om een verbinding van binnenuit tussen filosofisch opgevatte wederkerigheid en functionele complementariteit tot uitdrukking te brengen. Habermas' voorstel tot transformatie van de klassieke figuur van de praktische rede in de communicatieve rede maakt een communicatieve binding van strategisch gebruik van subjectieve rechten en daarmee een op wederkerigheid gebaseerde solidariteit onder vreemden mogelijk. Dat wordt bevestigd door hetgeen eerder in hoofdstuk 3 onder openbaarheid besproken is. Bij het in burgerlijke openbaarheid geleidelijk verbreden en abstracter worden van communicaties kan de onderlinge verstandhouding behouden blijven voor communicaties onder vreemden. Dat deze vreemden elkaar óók de vrijheid gunnen vreemden voor elkaar te blijven komt overeen met de sociale ruimte die binnen een proces van onderlinge verstandhouding ontstaat. Precies op die openheid, op die sociale ruimte, is burgerlijke openbaarheid speciaal betrokken.

Anders dan in een puur moreel discours verlangt het juridisch discours geen volledige identificatie van subjecten. Het civiel contract bijvoorbeeld vereist weliswaar wilsovereenstemming, maar dat impliceert niet dat partijen het ook eens moeten zijn over de morele doeleinden die zij met het contract beogen te dienen. Wat dat betreft, kunnen partijen gerust vreemden voor elkaar blijven. Het enige opzicht waarin zij zich met elkaar moeten identificeren is als contractspartijen, dat wil zeggen in de wederzijdse gebondenheid aan - en verbondenheid van hun contractuele beloften. Op soortgelijke wijze vereist het civiele recht "zorgvuldigheid in het maatschappelijk verkeer". Dit is echter geen morele zorgvuldigheid. Het civiele recht verbiedt geenszins een concurrent op rechtmatige wijze tot de bedelstaf te brengen, hoe dubieus dit ook vanuit zuiver moreel oogpunt, zoals dat in preburgerlijke tijden prevaleerde, moge zijn. Opgemerkt zij dat het gegeven voorbeeld al iets laat zien van de innerlijke relatie tussen private autonomie en sociaal belang. In de

23 Van Roermund 1994, p. 152.
24 Van Roermund 1994, p. 151.

burgerlijke visie is het belang van het andere individu niet onmiddellijk identiek met het algemene belang. Het prevaleren van het belang van de één ten koste van het belang van de ander kan in het algemeen belang zijn. Daarbij kunnen zich echter weer secundaire vragen voordoen over de wijze waarop het algemene belang zich het geschade individuele belang dient aan te trekken. Bijvoorbeeld, in het geval van de failliet geconcurreerde ondernemer, in de vorm van een bijstandsuitkering.

Aan de hand van dit voorbeeld blijkt ook hoe de drie dimensies van rationaliteit, de instrumentele, de strategische en de communicatieve rationaliteit[25] alle drie in het recht een rol spelen, zij het op een ten opzichte van het morele discours gedifferentieerde wijze. Het commerciële contract is voor beide partijen een instrument, waarmee ze eigen belangen dienen, waarvan sommige mogelijk van strategische aard kunnen zijn, zelfs in de directe relatie tot de wederpartij. Niettemin zal het contract wil het valide zijn, wel aan zekere eisen van communicatieve bepaaldheid (de essentiële contractsvereisten) moeten voldoen, en zullen partijen bij de uitvoering van het contract ook een zekere mate van zorg dienen te besteden aan de belangen van de ander. Maar er is, anders dan in het morele discours, geen sprake meer van een directe identificatie van partijen, aangezien de communicatieve rationaliteit voor zover die betrekking heeft op het basale welzijn van de andere contractspartij, gedifferentieerd is in een afzonderlijk rechtssysteem, namelijk dat van de sociale verzekeringen.

Een tweede brug tussen private en publieke autonomie vond ik bij Riki Holtmaat, waar zij pleit voor het overstijgen van dichotomieën in het recht.[26] De eerste dichotomie die in haar ogen moet worden aangepakt is de tweedeling tussen recht en behoefte, die overeen komt met niet-verantwoordelijkheid en zorg. In dat verband oppert zij verruiming van het concept van subjectieve rechten.[27] Naast claims op basis van prestaties kunnen rechten ook opgevat worden als een vrijheid (privilege), een macht (bevoegdheid) of een immuniteit (onafhankelijkheid). Het is dan mogelijk naast verschillende prestaties ook afhankelijkheid, zorg en behoefte ten grondslag te leggen aan een recht. Als voorbeeld geeft Holtmaat de tegenstelling tussen een recht op bijstand (op basis van behoefte) en een recht op een sociale verzekeringsuitkering (op basis van prestatie) in het Nederlandse recht. Deze tegenstelling weerspiegelt een tegenstelling tussen een sfeer van zorg en een sfeer van recht. Een recht op bijstand op basis van behoefte zou in de redenering van Holtmaat opgevat kunnen worden als een immuniteits-recht (vrijwaring tegen armoede). Op het niveau van basale levensbehoeften drukt de behoefte aan bijstand afhankelijkheid uit. Op het niveau van het recht kan een immuniteits-recht ervoor zorgen dat deze afhankelijkheid een fundamentele onafhankelijkheid niet aantast.

25 Zie hfdst. 3, par. 7.

26 Riki Holtmaat, Tussen niet-verantwoordelijkheid en zorg, Nemesis 1993, p. 71-80.

27 Holtmaat 1993, p. 79, verwijst naar het model dat de Amerikaanse rechtstheoreticus Hohfeld aan het begin van deze eeuw ontwikkelde. Daarin wordt onderscheid gemaakt tussen vier soorten *rights* die elk een relatie tussen rechthebbende en omgeving inhouden. Op basis van verschillende prestaties, attributen, situaties of hoedanigheden van mensen kunnen al deze soorten subjectieve rechten een juridisch afdwingbare aanspraak opleveren.

Holtmaat wijst erop dat via discussie "over wat rechten zijn en welke inhoud we daar aan willen en kunnen geven" binnen het recht plaats gemaakt kan worden voor wat de Nederlandse rechtsfilosoof 't Hart "alteriteit" noemt.[28] In deze visie moet het recht twee vormen van rechtsbescherming bieden. De ene vorm bestaat in rechtens afdwingbare rechten. De andere vorm van rechtsbescherming ligt in ruimte voor het andere verhaal, dat wil zeggen in een noodzakelijke openheid van het recht voor andere dan de dominante interpretaties van de werkelijkheid.[29] Deze gedachtengang sterkt mij in mijn poging om het rechtsgehalte van rechtens afdwingbare rechtsnormen (de ene vorm van rechtsbescherming) te baseren op een evenwicht tussen private en publieke autonomie dat intern samenhangt met een "alpartijdige" openbaarheid (de andere vorm van rechtsbescherming). Zo wordt met het oog op rechtsbescherming de onderlinge samenhang tussen dwang en vrijheid in het recht inzichtelijk. De *alter*natieve interpretatie van een rechtsnorm of van de feiten die in het geding zijn, zoals die door een partij in het rechtsgeding naar voren worden gebracht, zijn niet slechts uitdrukking van subjectieve procesrechten, maar tegelijkertijd uitingen van publieke autonomie zoals die zich volgens de alpartijdigheidsprincipes van de rechtspraak voltrekt. Op de procedurele kant hiervan behoeven we hier niet in te gaan. Het gaat ons hier om een innerlijke betrekking van rechtsideeën zoals die zich zouden moeten laten afleiden uit het gespreksmodel.

5. Drie beginselen van rechtens behoorlijk handelen

Het open gesprek, gekoppeld aan de notie van alpartijdigheid, staat in dit betoog model voor zowel procedureel als inhoudelijk behoorlijk, wederkerige verplichtingen scheppend handelen in een rechtsorde. Het wordt gekenmerkt door communicatieve vrijheid van betrokkenen. Met het oog daarop kan met name de morele dimensie van vrijheid in deze stand van het betoog[30] naar ik meen zonder verdere toelichting voorgesteld worden als kenmerkend aspect en in die zin als leidend procedureel en inhoudelijk beginsel van rechtens behoorlijk handelen.[31]

Aan erkenning van de morele dimensie van vrijheid als leidend beginsel van rechtens behoorlijk handelen hangt een prijskaartje, zowel in de negatieve als in de positieve betekenis van het woord prijs. Je betaalt een prijs en je krijgt er een. De prijs van vrijheid is trouw.[32] In tegenstelling tot de bewering over vrijheid behoeft deze bewering over trouw hier wél toelichting. Trouw als prijs van vrijheid zit *in* een communicatief opgevat

28 Holtmaat 1993, p. 78. A.C. 't Hart, Recht als schild van Perseus, voordrachten over strafrechtstheorie, Arnhem-Antwerpen 1991, p. 53.

29 Deze gedachtengang sluit aan bij Marjet Gunning, Onvolwassen recht, Nemesis 1994, p. 17-23, waar deze pleit voor erkenning van het kind als de ander in plaats van als bijna-volwassene. Het kind zou juist in het anders-zijn dan de volwassene moeten worden gerespecteerd en bevestigd. De juridische annexatie van het kind sluit niet aan bij de behoeften van het kind maar is volgens Gunning een gevolg van eigenmachtig gelijkheidsdenken van volwassenen.

30 Zie vooral hfdst. 3, par. 4, betreffende principiële erkenning van menselijke vrijheid en waardigheid.

31 Zie hfdst. 7, par. 3, over beginselen van behoorlijk handelen in een benadering door Van Gerven (1983), in samenhang met algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

32 Hermann Krings, System und Freiheit, Freiburg/München 1980, p. 229-230.

vrijheidsbegrip, zoals dat eerder naar voren is gekomen.[33] De autonome grond van handelen die vrijheid wordt genoemd is de basis van betrouwbaarheid. Deze grond van betrouwbaarheid is het besef van morele vrijheid zélf. Wie moreel vrij is staat in voor beslissingen die zij of hij in vrijheid neemt. Precies in de standvastigheid van dit instaan voor vrijheid houdt vrijheid stand. Dit maakt de idee van een prijs omkeerbaar: de prijs die de trouwe wint is de vrijheid. Morele vrijheid en trouw zijn in een handelingsperspectief onverbrekelijk met elkaar verbonden.

Vrijheid draagt onvermijdelijk het risico in zich van het nieuwe, het onvoorziene, het niet onder voorafgaande controle gebrachte. In een wisselwerking tussen vrijheid en trouw wordt dit risico in vormen van betrouwbaarheid aanvaard. Maar het is een misverstand als trouw hier uitgelegd wordt als consequent vasthouden aan een abstracte vrijheidsgedachte. "Trouw is geen gehoorzaamheid aan eigen ideeën of idealen, maar lotsverbondenheid - verbondenheid met de nog onbekende lotgevallen van wat ons dierbaar is."[34] Trouw is de kwaliteit van onderlinge verbondenheid met anderen, als redelijke en zedelijke wezens.

In het open gesprek is trouw niet weg te denken. De aanspraak op geldigheid van uitspraken is synoniem met het te kennen geven van de bereidheid om in te staan voor de waarachtigheid van persoonlijke uitingen en voor het desgewenst aanvoeren van goede gronden voor aanspraken op waarheid van feiten en juistheid van normen. Een kenmerkend coördinatie-effect ontstaat doordat de toehoorder in een gesprek als vanzelfsprekend aanneemt dat de spreker de ingebouwde geldigheidsaanspraken desgewenst kan onderbouwen. Juist daarom worden deze geldigheidsaanspraken veelal als onproblematisch aanvaard. De vooronderstelling van het instaan voor aanspraken van geldigheid is het inherent normatief verbindend be*trouw*baarheidsaspect van het gesprek. Zo opgevat stel ik trouw voor als tweede beginsel van rechtens behoorlijk handelen.

Als derde beginsel van rechtens behoorlijk handelen stel ik voor: zorg. Ook zorg kan, evenals trouw, in negatieve en positieve betekenis uitgedrukt worden als een prijs van vrijheid. En ook zorg is in het open, op onderlinge verstandhouding gericht gesprek verankerd. Ook bij zorg heb ik niet een gehechtheid aan een abstracte vrijheid en openheid op het oog, die dienst moeten doen als basis van een consequente toepassing van een stel universalistische beginselen. Evenals trouw is ook zorg hier op te vatten als concrete verbondenheid in morele vrijheid. Waar trouw ziet op lotsverbondenheid als zodanig, ziet zorg op het wáármaken daarvan in concreet situatiegebonden materiële vormen. Met vrijheid, trouw en zorg acht ik drie algemene beginselen van behoorlijk handelen in een rechtsorde in die zin compleet, dat dit driespan naar ik meen alle moreel relevante aspecten van menselijk samenhandelen omspant.

33 Zie De Wachter 1987, over het sociaal moment dat in ieder individueel vrijheidsrecht besloten ligt.

34 A. Burms/H. de Dijn, De rationaliteit en haar grenzen, Leuven/Assen 1986, p. 94, bespreken de betekenis van trouw of loyaliteit in het kader van de complexe wisselwerking tussen zingeving en manipulatie.

Hoe pakt een inhoudelijke vergelijking uit van drie beginselen van rechtens behoorlijk handelen met Habermas' reconstructie van een stelsel van rechten en met Van der Burgs basisnorm? Laten we beginnen bij Habermas. Als de onderlinge samenhang tussen vrijheid, trouw en zorg houdbaar is, dan ligt het voor de hand dat deze beginselen het hele terrein dekken van rechten op 1) private handelingsvrijheid, 2) politieke autonomie, 3) rechtsbescherming, 4) politieke participatie en 5) sociale, technische en ecologische voorzieningen. De reconstructie van dit stelsel gaat immers uit van gelijke subjectieve handelings*vrijheid*.

Habermas' stelsel van rechten is inderdaad met drie beginselen van rechtens behoorlijk handelen te omvatten. Om te beginnen wijst het concept van private en publieke autonomie naar aspecten van vrijheid. Vervolgens is in de eerste, tweede en vierde categorie van het stelsel van rechten het beginsel vrijheid expliciet richtinggevend. De derde categorie expliciteert vooral het beginsel trouw in de vorm van rechtszekerheid. Bij de vijfde categorie komt het beginsel zorg op de voorgrond.

Anders dan Habermas hanteert Van der Burg niet alleen een procedurele maar expliciet ook een inhoudelijke basisnorm. Van der Burgs basisnorm sluit aan bij een formulering van Dworkin over politieke moraal: "I presume that we all accept the following postulates of political morality. Government must treat those whom it governs with concern, that is, as human beings who are capable of suffering and frustration, and with respect, that is, as human beings who are capable of forming and acting on intelligent conceptions of how their lives should be lived. Government must not only treat people with concern and respect, but with equal concern and respect."[35]

Van der Burg verbreedt het beginsel van "equal concern and respect" van een norm voor de staat tot inhoudelijk uitgangspunt voor een democratische beslissingsprocedure in het algemeen. Een zelfstandige appellerende kracht van deze basisnorm is volgens hem terug te voeren tot het mensbeeld waarnaar de norm verwijst. "Dat mensen kunnen lijden en aan frustratie onderhevig kunnen zijn en dat zij in staat zijn om op basis van een zelf gekozen levensplan te handelen, zijn inderdaad essentiële kenmerken van de mens."[36] Het begrip "equal" bij Dworkin correspondeert volgens Van der Burg met de sterke notie dat democratie iets met fundamentele gelijkheid te maken heeft. Als vertaling voor "concern" kiest hij voor "aandacht en zorg".[37] Deze begrippen corresponderen volgens hem met argumenten voor democratie op grond van belangenbescherming. Het begrip "respect" tenslotte correspondeert met argumenten voor democratie op grond van autonomie. Daarmee voldoet de strekking van de norm van gelijke aandacht, zorg en respect volgens Van der Burg aan de eis dat alle relevante aspecten van de beslissingssituatie in aanmerking moeten worden genomen om tot een gerechtvaardigd oordeel te komen.

35 Dworkin 1978, p. 272-273. Van der Burg 1991, p. 105.

36 Van der Burg 1991, p. 106. Hij wijst erop dat de antropologie van feitelijke fundamentele gelijkheid van de mens hier als indirect relevant een achtergrondtheorie biedt waaraan de normatieve theorie gecorreleerd kan worden. Voor deze theorie verwijst Van der Burg naar Williams 1972, p. 112 v.

37 Van der Burg 1991, p. 106, verwijst naar The Oxford Paperback Dictionary (1988), die als een van de betekenissen van het werkwoord "concern" geeft: "give care and attention".

Van der Burgs veronderstelling is dat de componenten aandacht, zorg en respect alle moreel relevante aspecten van het menselijk leven bestrijken. Mocht dat niet zo zijn, dan kan de formulering van de basisnorm aangepast worden om deze gebrekkigheid op te heffen. Daarmee is in de ogen van Van der Burg geen man overboord.[38] Gelukkig maar. Ik denk dat Van der Burgs basisnorm inderdaad aanpassing behoeft om uitdrukking te geven aan alle moreel relevante aspecten van het menselijk leven. De norm van gelijke aandacht, zorg en respect bestrijkt expliciet twee beginselen van behoorlijk handelen. Respect voor autonomie in Van der Burgs basisnorm komt overeen met het beginsel vrijheid. Het beginsel zorg omvat Van der Burgs componenten aandacht en zorg. Als component van zorg betreft gelijkheid van aandacht de gronden voor een beslissing. Gelijkheid van zorg betreft de inhoud van de beslissing.[39] Trouw zit niet expliciet in Van der Burgs basisnorm. Ik denk echter aannemelijk te hebben gemaakt dat trouw in een onverbrekelijke samenhang met morele vrijheid en zorg als zelfstandige factor moreel relevant is. Dat komt ook overeen met het beginsel van "integriteit" dat in de achterliggende theorie van Dworkin het politieke ideaal van vrije en gelijke rechtsgenoten weergeeft. Met het oog daarop behoeft Van der Burgs basisnorm aanvulling met het aspect trouw.

Met het voorgaande meen ik aannemelijk te hebben gemaakt dat mijn voorstel ten aanzien van drie beginselen van behoorlijk handelen in een rechtsorde een vergelijking met Habermas' discourstheorie en stelsel van rechten en Van der Burgs op Dworkin geïnspireerde basisnorm kan doorstaan.

6. Drie beginselen van mensenrecht

Reeds eerder heb ik gewezen op de relatie tussen discursieve rechtvaardigheid en de notie van de rechten van de mens. Ik heb steeds de term "mensenrecht" gebruikt om deze relatie tot uitdrukking te brengen. In deze paragraaf zal ik nader op het aspect van de mensenrechten ingaan.

De besproken drie beginselen wortelen in het alledaagse gesprek. In een model van recht dat op dit gesprek georiënteerd is, zijn deze beginselen te vertalen in algemene beginselen van (het doen van) recht als een specifieke regeling van behoorlijk handelen. Een verdere vertaling in beginselen van mensenrecht is dan te beschouwen als een moreel appèl binnen het recht zelf. Dit appèl bestaat in het accentueren van de morele dimensie van vrijheid, trouw en zorg - als universele moreel relevante aspecten van menselijk samenleven - in gevallen waarin rechtsbescherming in de knel dreigt te raken. Dat geldt zowel voor rechtsbescherming in de vorm van afdwingbare mensenrechten als voor rechtsbescherming in de vorm van "het andere verhaal", de noodzakelijke openheid van het recht voor andere dan de dominante interpretaties van de werkelijkheid.[40]

38 Van der Burg 1991, p. 215.
39 Van der Burg 1991, p. 84.
40 Zie in dit hoofdstuk, par. 4.

Het uitgaan van basale, moreel relevante aspecten van samenleven sluit aan bij een voorstel van Fons Coomans over het opsporen van de kerninhoud van economische, sociale en culturele rechten van de mens.[41] "Het begrip kerninhoud betekent dat elk recht een bepaalde intrinsieke waarde in zich draagt die het wezenlijke of het essentiële element van elk recht afzonderlijk belichaamt. Indien de kerninhoud niet kan worden gewaarborgd verliest een recht zijn betekenis als mensenrecht, omdat in een dergelijk geval de menselijke waardigheid in het gedrang komt die immers het fundament vormt van de rechten van de mens."[42] In mijn voorstel kunnen de beginselen vrijheid, trouw en zorg in onderlinge samenhang richting geven aan het vaststellen van de kerninhoud van mensenrechten. De typologie van verplichtingen van staten met het oog op de kerninhoud van mensenrechten (verplichtingen "to respect", "to protect" en "to fullfil")[43] sluit aan bij mijn voorstel tot een méérdimensionaal respect voor vrijheid.[44]

Ik stel voor het mensenrechtelijk beginsel vrijheid te differentiëren naar private en publieke autonomie. In het verlengde daarvan kan dan geprobeerd worden ook de beginselen trouw en zorg naar dimensies in de private en de publieke sfeer te differentiëren. In dit voorstel speelt het openbaarheidsbegrip een dubbelrol. Het speelt niet alleen vanuit een democratisch perspectief een centrale rol met het oog op het uitoefenen van publieke autonomie. Het markeert ook de *in* openbaarheid in een betekenis van publieke openheid voortdurend te bevestigen of opnieuw vast te stellen grens tussen het private en het publieke (de grens tussen private en publieke autonomie). Het rechtskarakter van dynamisch opgevatte *openbare ordening*, als uitoefening van publieke autonomie, wordt bepaald door het evenwichtig gelijktijdig tot gelding brengen van private en publieke autonomie. In het statisch opgevat begrip *openbare orde* verwijst de component openbaarheid naar het evenwicht zélf, dat als grens tussen het private en het publieke in het dynamisch proces van openbare ordening behouden of opnieuw vastgesteld moet worden. De vraag naar die grens, de vraag naar het evenwicht tussen persoonlijke en gemeenschappelijke aspecten van vrijheid, moet telkens een antwoord krijgen in argumentaties waarin vrijheid als leidend beginsel van mensenrecht in onderlinge samenhang met de beginselen trouw en zorg richtinggevend is.

Resteert de vraag: waarom niet óók een gelijkheidsbeginsel als beginsel van mensenrecht? Mijn antwoord is eenvoudig. Gelijkheid is niet een zelfstandige materiële component náást vrijheid, trouw en zorg. Het gaat om de oeroude, naar Aristoteles terug te voeren notie van gelijke behandeling in gelijke gevallen en onderscheid naar de mate van relevante verschillen. Deze notie van gelijkheid werkt dóór het moreel gezichtspunt van alpartijdigheid via

41 A.P.M. Coomans, Schendingen van economische, sociale en culturele rechten, in de Maastrichtse bundel De toenemende betekenis van economische, sociale en culturele mensenrechten, onder redactie van Coomans/Heringa/Westendorp, Leiden 1994, p. 59-73.

42 Coomans 1994, p. 69.

43 Coomans 1994, p. 71 v.

44 Hoofdstuk 3, par. 4, over het vrijheidsbegrip.

drie procedurele en materiële beginselen van *gelijkwaardige* vrijheid, trouw en zorg.[45] Ik stel voor met dit instrumentarium van drie beginselen van mensenrecht in het tweede deel van deze studie naar functies en inhoud van het begrip openbare orde in het Nederlandse recht te kijken. In het afsluitende hoofdstuk zal ik dan het resultaat van deze exercitie bekijken, ook met het oog op alpartijdigheid.

45 Zie G.J. Postema, Equality as membership, R&R 1990, p. 155-178; G. Maneschijn e.a., Gelijkheid voor allen - is dat rechtvaardig?, een publikatie van het Nederlands Gespreks Centrum 1989; Rieneke Meij-van Bruggen, Grondrechten als dilemma van overheidsoptreden, Den Haag 1989, over een formeel en een materieel aspect van het begrip gelijkheid; Raes 1991 en de daar opgegeven literatuur over het gelijkheids- en differentie-denken in de feministische discussie; Wentholt 1991 over het rekening houden met zorgtaken, als een ander perspectief voor het gelijkheidsbeginsel.

DEEL II

MENSENRECHT EN OPENBARE ORDE IN HET NEDERLANDS RECHT

INTERNATIONAAL PRIVAATRECHT

1. Inleiding

In het tweede deel van deze studie ga ik ervan uit dat het begrip openbare orde in het Nederlandse recht algemeen inzetbaar is[1] en uitdrukking geeft aan de basale mensenrechtelijk georiënteerde waarden en normen die het Nederlandse recht dragen.[2] Centrale vraag: zijn functies en inhoud van het begrip openbare orde in het Nederlandse recht adequaat weer te geven in de optiek van doorwerking van vrijheid, trouw en zorg als drie beginselen van mensenrecht? Ik ga uit van de veronderstelling dat ontwikkelingen op het gebied van mensenrecht in de te onderzoeken rechtsgebieden mede tot uitdrukking komen in de ontwikkeling van het openbare orde begrip in die rechtsgebieden.

Dat ik begin in het Nederlands internationaal privaatrecht (ipr) heeft te maken met het volgende. In de internationale context van dit rechtsgebied ligt een oriëntatie op mensenrecht voor de hand. Daarbij komt dat het begrip openbare orde in dit rechtsgebied vanouds een cruciale rol speelt. Daarmee is het interessante van dit rechtsgebied voor deze studie gegeven. Ik denk dat met name de functies die het begrip openbare orde in dit rechtsgebied heeft, een aanknopingspunt zijn voor de rest van dit deel. Bekeken kan worden of deze functies ook in andere rechtsgebieden te vinden zijn en waarop ze inhoudelijk betrekking hebben.

In het ipr gaat het om twee vragen. Van welk land is de rechter bevoegd een zaak waarin internationale elementen een rol spelen te berechten? Stel dat de Nederlandse rechter in een gegeven geval bevoegd is. Welk rechtsstelsel is dan van toepassing? Laten we een eenvoudig voorbeeld nemen, dicht bij huis, waarin het Nederlandse rechtsstelsel van toepassing zou kunnen zijn of dat van een van de buurlanden. Stel dat een in Nederland wonende vrouw bij de Nederlandse rechter een verzoek indient tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed tegen haar in België wonende man. Man en vrouw hebben de Duitse nationaliteit. Is de Nederlandse rechter bevoegd om over de eis van de vrouw te beslissen? Zo ja, welk rechtsstelsel is van toepassing, het Nederlandse, het Belgische of het Duitse?[3]

Wie probeert enig inzicht te krijgen in het ipr zal op zijn minst op één punt snel bereid zijn specialisten op dit rechtsgebied gelijk te geven. Het ipr vertoont het beeld van een

1 Zie stelling I, hfdst. 1, par. 4.
2 Zie stelling II, hfdst. 1, par. 5.
3 Vgl. HR 23 februari 1973, NJ 1973, 366. Op deze kwestie kom ik later in dit hoofdstuk terug.

chaotisch rechtsgebied. Het is een lappendeken[4] die steeds bonter schijnt te worden.[5] Op vragen over de bevoegdheid van de rechter en over het toe te passen rechtsstelsel probeert het ipr antwoord te geven in een stelsel van verwijzingsregels.[6] De materie is echter kennelijk te weerbarstig om tot een nationale en internationale beslissingsharmonie te komen. Ondanks velerlei pogingen daartoe is dat door de eeuwen heen zowel op theoretisch niveau als in de rechtspraktijk (nog?) niet gelukt. Wellicht is juist dáárom iets anders wél gelukt.

Het begrip openbare orde is eeuwen geleden in het ipr ten tonele gevoerd en is er tot op de dag van vandaag in geslaagd een inhoudelijk onduidelijke, maar functioneel effectieve dubbelrol te blijven spelen. Het stelt de rechter in staat om desgewenst het resultaat van bestaande verwijzingsregels te doorkruisen. In de rol van "strijd met de openbare orde" van het land van de rechter (de negatieve werking van de openbare orde) doet het dienst om toepassing van ongewenst (vreemd) recht af te weren. In de rol van "recht van openbare orde" (de positieve werking van de openbare orde) doet het dienst om toepassing van gewenst (eigen) recht dwingend op te leggen.

Om te zien hoe het openbare orde begrip in het ipr is binnengekomen (par. 2), schets ik hierna in vogelvlucht de geschiedenis van het continentaal-Europese ipr. Vervolgens besteed ik vrij uitvoerig aandacht aan een in 1895 verschenen Gronings proefschrift van Ferdinand Kranenburg, getiteld "Eenige opmerkingen over het begrip: "Publieke Orde"" (par. 3). Dit proefschrift geeft de stand van zaken weer rond het begrip openbare orde in het Nederlands nationaal en internationaal privaatrecht tegen het einde van de vorige eeuw. Het biedt een zowel inhoudelijk als in de tijd passende start voor een verhaal over openbare orde als algemeen rechtsbegrip in het ipr in de laatste honderd jaar.

De bespreking over de periode 1895-1995 loopt van een verkenning van de transformatie van zedelijke beginselen in rechtsbeginselen (par. 4) via samenhang met voorrangsregels (par. 5) naar beginselen van mensenrecht (par. 6) die mede via het begrip openbare orde doorwerken in het ipr. In het verlengde daarvan bespreek ik de vraag of openbare orde als algemeen rechtsbegrip een ingang biedt voor toetsing van vreemd recht aan het Europees mensenrechtenverdrag (par. 7). In de context van het EEG-Verbintenissenverdrag komt in de laatste paragraaf van dit hoofdstuk het openbare orde begrip naar voren als laatste kwaliteitstoets in het ipr (par. 8).

4 Th.M. de Boer, De vermaatschappelijking van het internationaal privaatrecht, NJB 1980, p. 785-796, zie p. 796.

5 L. Strikwerda, Kroniek van het internationaal privaatrecht, NJB 1991, p. 1287-1298, zie p. 1298.

6 Zie voor een samenvatting van de bestaansreden van het ipr J.G. Sauveplanne, Elementair Internationaal Privaatrecht, negende druk, Deventer 1989, p. 16 v. Zie ook Asser-Scholten, Algemeen deel, 1974, p. 146 v.

2. Opkomst van het openbare orde begrip in het ipr

Vragen naar de bevoegdheid van de nationale rechter in een internationaal geval en naar het toepasselijke rechtsstelsel worden actueel als internationaal rechtsverkeer geconfronteerd wordt met een grote verscheidenheid in rechtsstelsels. Deze situatie ontstaat in het middeleeuwse Noord-Italië. Daar begint dan ook de geschiedenis van het continentaal-Europese ipr.[7] Evenals in Noord-Italië komt in de loop van de tijd ook in andere landen een stelsel van verwijzingsregels tot ontwikkeling, de zogenaamde statutenleer. Aan de hand van de aard en strekking van bestaande rechtsregels (statuten) wordt het toepassingsgebied van deze regels bepaald. Sommige regels volgen een persoon als hij naar een vreemde staat gaat. Deze staat dient dan bij een desbetreffend conflict vreemd recht toe te passen. Andere regels werken uitsluitend op het grondgebied van de eigen staat, maar verbinden dan ook een ieder die zich op dat grondgebied bevindt.

In de negentiende eeuw heeft een omwenteling plaats in het ipr waaraan de naam van de Duitse rechtsgeleerde Von Savigny (1779-1861) verbonden blijft. Von Savigny gaat niet uit van de aard en strekking van de rechts*regel*, zoals de statutenleer. Hij gaat uit van de rechts*verhouding* tussen conflicterende partijen. Een feitelijk aspect aan deze verhouding dient als aanknopingsfactor voor het aanwijzen van het rechtsstelsel dat het nauwst bij de rechtsverhouding betrokken is.[8]

In aansluiting bij Von Savigny's oriëntering ontstaat onder leiding van de Italiaanse rechtsgeleerde en staatsman Mancini (1819-1888) de Romaanse of Italiaanse school. Het beginsel van gelijkheid van staten dwingt er volgens hem toe om op bepaalde rechtsgebieden, zoals het personen-, familie- en erfrecht, het nationaal recht van burgers toe te passen, ongeacht waar deze zich bevinden. Het is dwingend toepasselijk recht van "ordre privé". Op andere terreinen van "ordre privé", zoals op dat van het contractenrecht, is het toepasselijk recht niet van dwingende aard. Daar geldt het beginsel van partijautonomie. Dit houdt in dat aan partijen zelf de keuze wordt gelaten ten aanzien van het toe te passen rechtsstelsel. Staten zijn rechtens verplicht deze keuze van partijen te eerbiedigen.

Het beginsel van gelijkheid van staten bij Mancini kan gezien worden als afgeleid van zijn uitgangspunt: "de vrije mens als drager van cultuur, met zijn eigen taal, godsdienst en ook recht."[9] In deze interpretatie typeert de nationaliteit van een persoon een sfeer van culturele vrijheid waar vreemde staten af moeten blijven.[10] Dat de vrijheid van de persoon uitgangspunt is, past ook in Mancini's visie op partijautonomie in het overeen-

7 L. Strikwerda, Inleiding tot het Nederlands Internationaal Privaatrecht, vijfde druk, Groningen 1997. Zie p. 32 v., met literatuuroverzicht.

8 Strikwerda 1997, p. 39. Vgl. Roeland Duco Kollewijn, Het beginsel der openbare orde in het internationaal privaatrecht, 's-Gravenhage, 1917, p. 37.

9 J.H.A. van Loon, De wisselwerking tussen internationaal privaatrecht en rechten van de mens, in Grensoverschrijdend privaatrecht, Deventer 1993, p. 139. Anders: Strikwerda 1997, p. 39-40, die de nadruk legt op het eenheidsstreven van Mancini als staatsman.

10 Voor een rechtsvergelijkende studie over nationaliteitsrecht zie Gerard-René de Groot, Staatsangehörigkeit im Wandel, 's-Gravenhage 1988.

culturele vrijheid waar vreemde staten af moeten blijven.[10] Dat de vrijheid van de persoon uitgangspunt is, past ook in Mancini's visie op partijautonomie in het overeenkomstenrecht. In een tegenstelling tot regels van "ordre privé" komt in Mancini's leer het begrip "ordre public" in het ipr tot ontwikkeling. Op het grondgebied van de regelgevende staat zijn regels die strekken tot bescherming van het algemeen belang en van de goede zeden van "ordre public". Deze regels verbinden een ieder die zich op dat grondgebied bevindt. Daarbuiten hebben ze geen werking.

Mancini probeert een scherp onderscheid te maken tussen een op menselijke vrijheid gericht universeel werkend recht van "ordre privé" en een op algemeen belang gericht, slechts in eigen land werkend recht van "ordre public". Zonder acht te slaan op de inhoud van het recht van een bepaalde staat wordt uit de specifieke *aard* van een rechtsinstituut, zoals huwelijk, kiesrecht, eigendom, afgeleid of het van private of van publieke orde is. Dat is theoretisch en praktisch onhoudbaar. Wat te doen als de rechter de toepassing van vreemd recht van ordre privé onaanvaardbaar acht vanwege de *inhoud* van dat recht? Hier biedt het openbare orde begrip uitkomst. In een afwerende functie gaat het dienst doen om ongewenst vreemd recht van private orde als in strijd met de openbare orde in het land van de rechter buiten toepassing te laten. In plaats daarvan wordt het eigen privaatrecht toegepast als recht "van openbare orde". Hier tekent zich - in de optiek van deze studie - binnen het ipr het probleem af van het met gelijk gewicht tot gelding brengen van private en publieke autonomie.

3. "Eenige opmerkingen..." uit 1895

Kranenburg (1895) onderzoekt het begrip openbare orde zowel in het privaatrecht als in het ipr.[11] Volgens hem heeft het in beide rechtsgebieden dezelfde werking en ook dezelfde soort inhoud. Als een algemene basis voor wat hij "het beginsel van de openbare orde" noemt, bespreekt Kranenburg artikel 14 van de Wet Algemene Bepalingen van het Koninkrijk van 1829 (Wet AB).[12] Volgens artikel 14 Wet AB kunnen geen handelingen of overeenkomsten aan de wetten die op de openbare orde en de goede zeden betrekking hebben, haar kracht ontnemen. Evenals het corresponderende artikel 6 van de Franse Code Napoléon beoogt artikel 14 Wet AB een algemeen beginsel over nietigheid van private handelingen uit te drukken. Daarmee is de afwerende functie van wetten van openbare orde en goede zeden duidelijk. Handelingen die in strijd zijn met wetten die de openbare orde of de goede zeden betreffen, zijn rechtens nietig. Op de vraag *welke* wetten dat zijn of *hoe* zulke wetten herkenbaar zijn geven artikel 14 Wet AB en artikel 6 Code Napoléon geen uitsluitsel.[13]

10 Voor een rechtsvergelijkende studie over nationaliteitsrecht zie Gerard-René de Groot, Staatsangehörigkeit im Wandel, 's-Gravenhage 1988.

11 Ferdinand Kranenburg, Eenige opmerkingen over het begrip: "Publieke Orde", proefschrift, Groningen 1895. De begrippen publieke orde en openbare orde zijn bij Kranenburg synoniem.

12 Artikel 14 Wet AB is inmiddels vervallen.

13 Kranenburg 1895, p. 31. Vgl. Asser-Scholten 1974, p. 23.

De afwerende functie van het openbare orde begrip vindt Kranenburg ook terug in artikel 1373 oud BW, dat hij gebruikt als opstapje voor het bespreken van dezelfde functie van openbare orde in het ipr. Bij het ontstaan van het Burgerlijk Wetboek (1838) vreesde de Nederlandse wetgever volgens Kranenburg voor misbruik van private vrijheid van handelen. Met het oog daarop bepaalt artikel 1373 BW dat een overeenkomst nietig is als het doel dat partijen ermee beogen bij de wet verboden is of in strijd is met de goede zeden of de openbare orde. Deze "guillotine voor suspecte contracten"[14], deze "slagboom" van de openbare orde en de goede zeden is ook bruikbaar gemaakt in het ipr, als afweermiddel tegen "gevaarlijke gasten". De gevaarlijke gasten zijn vreemde rechtsregels die de Nederlandse openbare orde en goede zeden in gevaar kunnen brengen.

Kranenburg beperkt zijn onderzoek tot *wetten* van openbare orde. Hoewel artikel 1373 BW openbare orde en goede zeden noemt als categorieën *naast* de wet, kan Kranenburg eisen van openbare orde buiten de wet om niet aanvaarden. Op dat onderdeel acht hij artikel 1373 BW overbodig. Eisen van goede zeden buiten de wet om erkent hij wél. De daaruit voortvloeiende problematiek gaat hij echter op een onthutsende manier uit de weg. Hij deelt de lezer eenvoudig mee dat hij het volgens hem "gladde terrein" van de goede zeden niet wenst te betreden. "Het begrip van de openbare orde na te sporen schijnt reeds troosteloos genoeg."[15]

Het privaatrechtelijk artikel 1373 BW geeft weliswaar zicht op een parallelle afwerende *functie* van het openbare orde begrip in het ipr, maar ten aanzien van de *inhoud* van het begrip levert het Kranenburg niets op. Hij gaat dan te rade bij de publiekrechtelijke Wet Vereniging en Vergadering. Deze wet is een uitwerking van artikel 10 van de Nederlandse Grondwet van 1848, dat luidt: "Het regt der ingezetenen tot vereeniging en vergadering wordt erkend. De wet regelt en beperkt de uitoefening van dat regt in het belang der openbare orde".[16] Artikel 2 van de Wet Vereniging en Vergadering verbiedt verenigingen die strijdig zijn met de openbare orde. In artikel 3 wordt strijdig met de openbare orde geacht elke vereniging die tot doel heeft: 1. ongehoorzaamheid aan of overtreding van de wet of een wettelijke verordening; 2. aanranding of bederf der goede zeden; 3. stoornis in de uitoefening der rechten van wie het ook zij.

In de Memorie van Toelichting worden deze criteria in positieve zin uitgelegd als eerbiediging van de wet, de goede zeden en de rechten van wie het ook zij. Deze gedachtengang van de wetgever ter nadere bepaling van het begrip openbare orde moet volgens Kranenburg worden vastgehouden. Hij vat deze samen in de formules "ongestoorde heerschappij van het recht" en "deugdelijke rechtsverwezenlijking".[17] Als ik het goed zie smokkelt Kranenburg via deze zeer algemene formules de goede zeden (die hij niet in zijn onderzoek wenst te betrekken) het openbare orde begrip binnen. De goede zeden zijn immers

14 Kranenburg 1895, p. 2.

15 Kranenburg 1895, p. 23-24.

16 Kranenburg 1895, p. 34 v. Een uitgebreide analyse is te vinden bij J.A.O. Eskes, Repressie van politieke bewegingen in Nederland, een juridisch-historische studie over het Nederlandse publiekrechtelijke verenigingsrecht gedurende het tijdvak 1798-1988, Zwolle 1988, p. 21 v.

17 Kranenburg 1895, p. 36.

onderdeel van de gedachtengang van de wetgever, zoals verwoord in artikel 3 Wet Vereniging en Vergadering.

Terwijl Kranenburg, smokkelend met de goede zeden, de inhoud van het openbare orde begrip in zeer ruime formules samenvat, pleit hij tegelijkertijd voor een beperkte reikwijdte van dit begrip. Verreweg het grootste deel van het recht karakteriseert hij als "utilitair", wél dwingend recht maar géén recht "van openbare orde". Openbare orde betreft volgens hem als onderdeel van dwingend recht slechts de wetten die de wetgever absoluut onmisbaar en essentieel acht voor een deugdelijke rechtsverwezenlijking. Van een regel van utilitair recht kan volgens Kranenburg wél de *kern*, het beginsel, van openbare orde zijn. Voor het overige is het dan een kwestie van de meest geschikte uitwerking.

Kranenburgs pleidooi voor een beperkte reikwijdte van het begrip openbare orde wordt ingegeven door zijn verzet tegen gebruik van het begrip openbare orde in een cirkelredenering. Hij heeft geen principieel bezwaar tegen een ruime opvatting van openbare orde, als synoniem voor dwingend recht. Waar het hem om gaat is, dat openbare orde *niet* gebruikt mag worden als synoniem voor dwingend recht en tegelijk als motief om "den wil der individuen buiten te sluiten."[18] Hij verzet zich, terecht, tegen een quasi-redenering waarin de werkelijke reden om een regel op te leggen verborgen blijft. Zo'n redenering komt hierop neer: een rechtsregel is van openbare orde *omdat* ze dwingend recht is en ze is dwingend recht *omdat* ze van openbare orde is. In de opvatting van Kranenburg heeft het openbare orde begrip een kerninhoud waaraan rechtens niet voorbij mag worden gegaan. Dat de uitwerking van deze kerninhoud varieert, komt door rechtsverscheidenheid die terug te voeren is tot economische, culturele en andere verschillen.

Voor het opsporen van wetten van openbare orde in de rechtsstaat Nederland wijst Kranenburg primair op het vrijheidsbeginsel. De openbare orde bestaat volgens hem hierin, dat het recht worde gehandhaafd, "als organisatie der maatschappij en van haar krachten in dien zin, dat aller vrijheid worde beperkt met dit doel en ook slechts in zover, dat *ieder* zich in zijn sfeer zoo vrij mogelijk zal kunnen bewegen."[19] Hij ziet de persoonlijke vrijheid van de mens als "misschien het meest tekenende kenmerk van onze maatschappij (...) juist een van die beginselen, die de wetgever in zijne maatschappij aantreft als een onafwijsbare eisch der volksconscientie; wanneer hij dien eisch niet vervult, dan is van geene rechtsverwezenlijking sprake."[20] Daarmee komt in Kranenburgs studie gelijkwaardige *vrijheid* van *ieder* naar voren als leidend beginsel van het Nederlandse recht, geworteld in de kern van het begrip openbare orde.

Ook het beginsel *zorg* komt bij Kranenburg in de kern van het openbare orde begrip naar voren. Dat is het geval waar hij beschermingswetten noemt als voorbeeld van utilitair recht met een kern van openbare orde. Als voorbeeld noemt hij bescherming van minderjarigen. De leeftijd waarop de meerderjarigheid ingaat is veranderlijk en wordt door redenen van

18 Kranenburg 1895, p. 45.
19 Kranenburg 1895, p. 35-36.
20 Kranenburg 1895, p. 105.

nuttigheid bepaald. In zijn tijd is die leeftijd in Nederland drieëntwintig jaar. Maar het principe zélf van bescherming van de zwakkeren in de samenleving is in de visie van Kranenburg essentieel voor deugdelijke rechtsverwezenlijking en dáárom van openbare orde. In dit beschermingsprincipe heeft zorg niet een technische betekenis van zorg voor het in stand houden van een bepaalde juridische ordening. Het morele aspect dat hier in de kern van het openbare orde begrip gesitueerd wordt komt overeen met zorg als beginsel van mensenrecht.

Een mensenrechtelijk georiënteerd beginsel *trouw* in materiële zin is bij Kranenburg niet direct te traceren. Wél procedurele betrouwbaarheid, als de rechtszekerheid van het strikt vasthouden aan de wet. In de geest van zijn tijd staat Kranenburgs visie nog in het teken van de opvatting: geen recht buiten de wet. Het aannemen van eisen van openbare orde buiten de wet om is voor hem niet aan de orde. Eisen van goede zeden buiten de wet om gaat hij categorisch uit de weg. Vanuit mijn optiek had Kranenburg de kern van de goede zeden mooi kunnen opvangen als zedelijke beginselen die *in* zijn aan de wet georiënteerde opvatting van openbare orde (met goede zeden als schaduwbegrip) wortelen. Maar mijn optiek is er een van 1998, niet van 1895, en bovendien loop ik op de bespreking vooruit. Zedelijke beginselen komen in de volgende paragraaf aan de orde.

4. Na 1895: via zedelijke en algemene rechtsbeginselen...

Volgens Kollewijn (1917) schijnt zich in het ipr een begrip openbare orde te hebben uitgekristalliseerd, "dat in zich de territoriale gelding van "les lois de police et de sûreté" van artikel 3 der Code Napoléon met de omvang van "l'ordre public" van artikel 6 verenigde."[21] Ten aanzien van artikel 6 Code Napoléon komt Kollewijn's benadering overeen met die van Kranenburg. Het gaat dan over openbare orde met goede zeden als schaduwbegrip. Ten aanzien van het politiebegrip openbare orde en veiligheid van artikel 3 Code Napoléon gaan de visies van de beide auteurs uit elkaar. Waar Kranenburg denkt dat het politiebegrip openbare orde (en veiligheid) geheel afgescheiden kan worden gehouden van het privaatrechtelijk begrip openbare orde (en goede zeden), legt Kollewijn via het geldingsbereik van het politiebegrip een verbinding tussen de beide begrippen. Dit wijst eens te meer op algemene inzetbaarheid van het openbare orde begrip.

Na een onderzoek dat hij ook uitstrekt tot het Anglo-Amerikaanse recht komt Kollewijn tot de conclusie dat een begrip openbare orde bij de meest verschillende schrijvers te vinden is en in vonnissen van rechters van verschillende staten fungeert. Hij bedoelt "de openbare orde, die zekere zedeliksheidsbegrippen omvat, welke geacht worden aan de ganse beschaafde wereld gemeen te zijn."[22] Als toepassing van vreemd recht geweigerd

21 Kollewijn 1917, p. 18. Om de tijd te traceren waarin de term "openbare orde" in het ipr in de literatuur verschijnt, gaat Kollewijn terug tot een uitgave van Valette van Proudhon's Traité sur l'état des personnes (1848). Zie hierover ook J. Wiarda, Nederlands internationaal personen- en familierecht en de openbare orde, in: 'T Exempel dwinght, Kisch-bundel, Zwolle 1975, p. 389-408, p. 397-398, die de term openbare orde terugvoert tot Jean Domat (1625-1696), "Traité des loix", Paris 1689.

22 Kollewijn 1917, p. 54.

wordt, dan wordt volgens hem echter ten onrechte aangenomen dat geweigerd wordt omdát de gehele beschaafde wereld dat vreemde recht als onzedelijk verwerpt. In zijn ogen vindt de rechter de maatstaf "in de rechts- en zedelikheidsopvattingen, welke in zijn eigen staat heersen - en nergens anders."[23] Hij komt tot de conclusie dat het *niet* mogelijk is het recht van openbare orde te bepalen. Kennelijk ziet hij in "zekere zedelikheidsbegrippen", ook al lijkt "de gansche beschaafde wereld" ze min of meer gemeen te hebben, geen houvast voor de rechter bij het hanteren van het begrip openbare orde. "Het beginsel der openbare orde geeft aan de rechter geen richtsnoer, geen middel om te vinden wat recht is."[24]

In tegenstelling tot Kollewijn ziet Hijmans (1937) wél iets als een richtsnoer voor de rechter.[25] Hij zet de openbare orde in de traditie van rechterlijke rechtsontwikkeling via beginselen. Hij vergelijkt het taaie leven van de openbare orde in het ipr met de Romeinse bona fides, de latere goede trouw. Met behulp daarvan heeft de rechtspraak het contractenrecht in vele richtingen op voortreffelijke wijze uitgebouwd, aldus Hijmans. Hetzelfde gebeurt volgens hem in het ipr "achter het rookscherm der openbare orde, in vele landen, niet altijd op dezelfde wijze, maar toch overal met veel succes."[26]

In hun opvattingen over wettelijke rugdekking voor openbare orde staan Kranenburg (1895) en Hijmans (1937) pal tegenover elkaar. Waar Kranenburg vasthoudt aan *wetten* van openbare orde betoogt Hijmans dat rechtsbegrippen als openbare orde zich in wetten niet goed thuis voelen. "Men bespare aan de openbare orde pijnbank en levenslang tuchthuis. Zij blijve buiten de wet."[27] In het werk van Hijmans wordt een ontwikkeling van zedelijke beginselen in het recht in de richting van algemene *rechts*beginselen zichtbaar. Van Brakel (1953) traceert deze ontwikkeling aan de hand van uitspraken van de Hoge Raad.[28] Als hij toepassing van vreemd recht in strijd acht met zedelijke beginselen dan levert dat volgens de Hoge Raad een resultaat op "dat naar Nederlandse opvatting niet mag worden geduld" of dat "de Nederlandse rechtsorde niet toelaat" of dat in strijd is met "de grondslagen van de Nederlandse rechtsorde."[29] Deze ontwikkeling van zedelijke beginselen in de richting van beginselen van recht komt overeen met een in het eerste deel van deze studie besproken vertaling van beginselen van rechtens behoorlijk handelen in algemene rechtsbeginselen.

23 Kollewijn 1917, p. 56 met verwijzingen.
24 Kollewijn 1917, p. 134.
25 I.H. Hijmans, Algemeene Problemen van Internationaal Privaatrecht, Zwolle 1937.
26 Hijmans 1937, p. 236. Vgl. J.F.M. Eras, De overeenkomst in het internationaal privaatrecht, 's-Gravenhage 1928.
27 Hijmans 1937, p. 237.
28 S. van Brakel, Grondslagen en Beginselen van Nederlands Internationaal Privaatrecht, derde druk, Zwolle 1953, p. 98.
29 Van Brakel 1953, p. 86 verwijst naar HR 13 maart 1936, NJ 1936, 281; HR 18 maart 1938, NJ 1939, 69; HR 2 februari 1939, NJ 1939 848.

5. en in samenhang met voorrangsregels...

De samenhang van het leerstuk van de openbare orde en de leer van de voorrangsregels in het ipr is als volgt te traceren.[30] In de traditie van het ipr sedert Von Savigny valt het publiekrecht buiten de werking van de verwijzingsregels. Met het steeds meer vervagen van de grens tussen privaatrecht en publiekrecht, zeker met de opkomst van de verzorgingsstaat, ontstaat een steeds groter tussengebied. De vraag is dan hoe dit semi-publiekrecht in het ipr valt in te passen.

Aanhangers van de Romaanse leer beschouwen het semi-publiekrecht als recht "van openbare orde".[31] Het onttrekt zich in deze visie aan de verwijzingsregels in het ipr en verbindt als dwingend recht een ieder die zich op het grondgebied van de wetgevende staat bevindt. Het kan slechts door de rechter van deze staat worden toegepast. Als te ongenuanceerd blijkt deze leer in de praktijk onhoudbaar. In een volgende leer dient het als toepasselijk aangewezen rechtsstelsel integraal te worden toegepast. Niet alleen het privaatrecht, maar ook het semi-publiekrecht wordt dan geacht onder de verwijzingsregels te vallen. Ook deze leer blijkt praktisch niet te werken. Ze wordt verdrongen door de bijzondere aanknopingsleer. Daarin is het leerstuk van de voorrangsregels ingebed.[32]

In de bijzondere aanknopingsleer worden semi-publiekrechtelijke regels - als mogelijke voorrangsregels - op hun toepasselijkheid in internationale gevallen beoordeeld. Daarbij spelen de functie en inhoud van deze regels een belangrijke rol. Het Alnati-arrest van de Hoge Raad uit 1966 staat bekend als de uitspraak waarin de Hoge Raad de bijzondere aanknopingsleer heeft aanvaard.[33] De Hoge Raad aanvaardt de mogelijkheid dat niet alleen eigen maar ook buitenlands ordeningsrecht voor toepassing als voorrangsregel in aanmerking komt.[34]

Door de opmars van de voorrangsregels krimpt het terrein van de openbare orde. Wordt daardoor de stelling over het algemeen inzetbare van het openbare orde begrip ondergraven? Mij lijkt van niet. Gelet op hun ontwikkelingsgang kunnen voorrangsregels juist gezien worden als regels van openbare orde in de ruime betekenis van synoniem voor dwingend recht. Maar ook in een enge opvatting van het openbare orde begrip blijft een

30 Strikwerda 1997, p. 88 e.v.

31 P. Vlas, Internationaal privaatrecht in de spiegel van het nieuwe BW, rede VU Amsterdam, Deventer 1989, beschrijft het leerstuk van de "positieve openbare orde" als historische voorloper van dat van de voorrangsregels.

32 Strikwerda 1997, p. 91 e.v.; Vlas 1989, p. 8.

33 HR 13 mei 1966, NJ 1967, 3, m.n. HB. Als voorbode van toepassing van de bijzondere aanknopingsleer in de Nederlandse jurisprudentie wordt gezien de uitspraak HR 5 juni 1953, NJ 1953, 613 in de zaak Melchers. Vgl. Strikwerda 1997, p. 91 en Vlas 1989, p. 8. Zie ook Maurice V. Polak, Internationaal privaatrecht voor het forum van de Hoge Raad, Deventer 1990, p. 19.

34 Zie over het belang van voorrangsregels ook L. Strikwerda, Vier ipr-dissertaties, NJB 1988, p. 1444-1448. Voor voorbeelden van het doordringen van voorrangsregels tot privaatrechtelijke bepalingen zie Vlas 1989, p. 9-10.

kern van openbare orde in voorrangsregels behouden. Ik denk hier aan het betoog van Kranenburg, die in 1895 een "beginsel" van openbare orde in overigens "utilitair recht" verdedigt. Als we deze visie vergelijken met voorrangsregels, lijkt Kranenburgs pleidooi voor een enge opvatting van het "beginsel" van openbare orde met de opkomst van voorrangsregels gehonoreerd. Deze vergelijking correspondeert ook aardig met de visie van Verheul (1973)[35], die voorrangsregels, ook wel règles d'application immédiate of Eingriffsnormen genoemd, ziet als situatiegebonden uitwerkingen van universele beginselen.

Het lijkt niet te gewaagd de volgende samenhang aan te nemen. Het "beginsel" van openbare orde in voor het overige utilitair recht bij Kranenburg (1895) en uitwerking van universele beginselen in voorrangsregels bij Verheul (1973), passen in een ontwikkelingslijn waarin in een kernachtig opgevat openbare orde begrip de doorwerking van beginselen van mensenrecht in het ipr steeds duidelijker zichtbaar wordt.

6. naar doorwerking van drie beginselen van mensenrecht

Als een specifieke samenlevingskring die uitgerust is met een nationaal geweldsmonopolie krijgt de staat in het ipr te maken met levenskringen die een internationaal element vertonen. In dit verband bespreekt Verheul een algemeen beginsel van materiële competentie.[36] Hij spreekt over structurele vervlechtingen van samenlevingskringen, zoals de staat, het gezin, het bedrijf, de vereniging, de kerk. Uit een juridische gezichtshoek kan elk van deze samenlevingskringen gezien worden als een zelfstandige materiële competentiesfeer. Mij lijkt dat dit een geslaagde voorstelling is van het beginsel *vrijheid*, uitgedrukt in mensenrechtelijk georiënteerde vormen van private en publieke autonomie.

In zijn voorstelling van materiële competentiesferen omschrijft Verheul als een eerste overheidstaak "het lenen van de sterke arm" waar die nodig is om nakoming van in andere kringen gevormd recht af te dwingen. Als voorbeeld daarvan kiest hij het overeenkomstenrecht. In de materiële competentiesfeer van de contractanten wordt het recht primair gevormd door contractanten zelf. Het ontleent zijn bindendheid niet aan de wet. Als rechtsinstituut is het contract ook ouder dan de staat en in het volkenrecht wordt het nog steeds als bindend aanvaard, los van enig daarboven staand overheidsgezag. De vraag naar de grenzen aan de contractsvrijheid vertaalt Verheul in de vraag naar de grenzen aan de afdwingbaarheid in rechte van datgene wat partijen zijn overeengekomen. Het openbare orde begrip doet hier in zijn afwerende functie (de "slagboom" van Kranenburg) dienst als grensbepaling.[37]

Openbare orde wordt hier gebruikt in een betekenis die ongeveer overeenkomt met "goede zeden", een "gerechtigheidsmaatstaf die de staat aanlegt, alvorens zijn fiat te geven aan

35 J.P. Verheul, Rechtsvinding in het internationaal privaatrecht, in Vijftig jaar calvinistische juristenvereniging (1923-1973), p. 83-152, p. 121 v.

36 Verheul 1973, p. 85 v.

37 Verheul 1973, p. 110, noemt verder als grenzen uniform dwingend recht en voorrangsregels.

buiten zijn toedoen gevormd recht."[38] Van deze "gerechtigheidsmaatstaf" noemt Verheul drie varianten. In de eerste plaats zijn er regels die alleen intern van openbare orde zijn. Dat is nationaal dwingend recht. In de tweede plaats is er de "Nederlandse internationale openbare orde". Daarmee zijn de zedelijke grondslagen van de Nederlandse samenleving bedoeld. Deze worden in het ipr "internationaal" genoemd, omdat ze ook in een internationaal geval geëerbiedigd dienen te worden. Als derde openbare orde variant noemt Verheul een internationaal openbare orde begrip dat niet afhankelijk is van nationaal recht en dat bijvoorbeeld gehanteerd kan worden door een internationale rechter.

De genoemde drie varianten van openbare orde zouden volgens Verheul eigenlijk identiek moeten zijn, in een oriëntatie op de mensenrechten. "De openbare orde in deze zin is nauw verbonden met de idee van vrijheid en gelijkheid van alle individuen, met de mensenrechten."[39] Waar de mensenrechten universeel zijn, moet volgens Verheul de door de staat aangelegde maatstaf dezelfde zijn, ongeacht of de rechten waarvan nakoming wordt gevraagd in een nationale dan wel in een internationale rechtskring zijn ontstaan. Door historisch gegroeide bijzonderheden per land is het volgens hem echter algemeen aanvaard dat een rechtsregel, die intern dwingend recht is, dit op internationaal niveau niet hoeft te zijn.

De verhouding tussen de genoemde openbare orde varianten typeert Verheul als dubbelzinnig. Duidelijk is wel dat het in de derde variant gaat om een internationaal wenselijke standaard. Daarbij wordt zo nodig niet alleen afstand genomen van afwijkende opvattingen in andere landen maar ook van nationale opvattingen. Het ontsluiten van het recht in de richting van de (juridische) moraal is een dynamisch proces. Dit proces kan op een bepaald punt in het ene land verder gevorderd zijn dan in het andere.[40] In zijn Leidse oratie in 1978 zegt Verheul: "Het toetsen van een vreemd recht aan onze eigen rechtsbeginselen, het vergelijken van vreemde rechtsinstellingen met de onze, scherpt de blik en maakt kritisch ook tegenover het eigen recht. De openbare orde kan dan een tweesnijdend zwaard worden dat zich niet alleen naar buiten maar ook naar binnen keert."[41]

Een opleggende functie heeft het openbare orde begrip in de ogen van Verheul bij een categorie staatstaken die hij typeert als het sanctioneren van een door de meerderheid in een bepaalde kring gewenste regeling die in het algemeen belang is en die niet zonder staatshulp kan worden gerealiseerd. Als voorbeeld noemt hij de op het Cognossementsverdrag van 1924 gebaseerde Hague Rules. Dat zijn standaardvoorwaarden van particuliere herkomst. Het openbare orde begrip dient hier het algemeen verbindend maken van deze standaardvoorwaarden.

38 Verheul 1973, p. 110.
39 Verheul 1973, p. 110-111.
40 Verheul 1973, p. 112. Als enkele "achterlijke punten" in het Nederlands procesrecht noemt Verheul gratis-admissie, betekening ten parkette, lijfsdwang tegen vreemdelingen en enkele bepalingen inzake de rechterlijke bevoegdheid.
41 J.P. Verheul, De openbare orde als tweesnijdend zwaard, rede, Leiden 1978, p. 5-6.

Verheul laat zien hoe met name de Rechtbank Rotterdam met het openbare orde begrip omgaat om recht te kunnen doen aan de beoogde algemeengeldigheid van de Hague Rules. De Rechtbank stelt zich op het standpunt van de internationale openbare orde, maar dan in letterlijke zin opgevat: als "internationale orde, en behandelt het Nederlandse recht geheel op gelijke voet met andere rechtsstelsels."[42] Deze rechtspraak kan als voorbeeld dienen van het op de voorgrond komen van het beginsel *trouw* via het openbare orde begrip. Dit beginsel komt hier tot uitdrukking in de betekenis van het rechtens beschermen van een betrouwbaar verwachtingspatroon in het handelen van partijen in een specifieke materiële competentiesfeer.

Ook op het gebied van een staatstaak die Verheul het keren van onrecht noemt blijkt het openbare orde begrip in het ipr een centrale rol te kunnen spelen met het oog op doorwerking van beginselen van mensenrecht. In de materiële bevoegdheidssfeer van de familie dient de wetgever primaire verantwoordelijkheid van de ouders voor het kind te erkennen. Ingrepen van een overheid zijn uitsluitend te rechtvaardigen met het oog op bedreiging van het belang van het kind.[43] Wat het belang van het kind eist, kan juridisch vertaald worden in het begrip openbare orde.[44] Verheul wijst erop dat het hier gaat om een werkelijk universele openbare orde. Die kan zich niet alleen tegen vreemd recht, maar ook tegen het eigen recht van de rechter keren. Bij invulling van openbare orde als "het belang van het kind" komen private en publieke dimensies van *zorg* op de voorgrond, in samenhang met private en publieke autonomie, in een telkens op het concrete geval toegespitste invulling van kinderbescherming.

In zijn beschouwing van vijfentwintig jaar rechtspraak van de Hoge Raad op het gebied van het ipr, sedert de wijziging van de cassatiegrond schending van de wet in 1963 in schending van het recht, typeert Polak het openbare orde begrip in het ipr als "ultimum remedium."[45] Hoewel hij de spaarzaamheid waarmee de Hoge Raad "met de bijl van de openbare orde zwaait" prijst, mag volgens hem "de zucht naar internationalisme en de vrees voor chauvinisme" een beroep op de openbare orde niet op voorhand frustreren. De opmars van een in het ipr vooral procedureel gericht beginsel vrijheid in de vorm van partijautonomie wordt bevestigd in de rechtspraak van de Hoge Raad. Polak vertaalt deze partijautonomie mede in rechtszekerheid. Partijautonomie op steeds meer gebieden van het ipr vergroot de voorspelbaarheid voor betrokken partijen van de bevoegde rechter en van het toepasselijk recht. Daarmee komt de onderlinge samenhang tussen vrijheid en trouw in het perspectief van mensenrecht in beeld. Hier wordt rechtszekerheid immers niet gezocht in een formeel systeem van verwijzingsregels, maar in de betrouwbaarheid van het verwachtingspatroon van direct betrokken partijen.

42 Verheul 1973, p. 115-116. Zie bv. Rb. Rotterdam 29 juni 1971, S&S 77.

43 Zie voor een diepgaande analyse van de invulling van het criterium "het belang van het kind" als beschermingsbeginsel in het afstammingsrecht het proefschrift van A.P.M.J. Vonken, Het internationale afstammingsrecht in perspectief, Arnhem 1987.

44 Dat dit veelvuldig is gebeurd illustreert Vonken 1987, p. 34 v. aan de evolutie van de rechtspraak in het afstammingsrecht.

45 Polak 1990, p. 31.

Een ontwikkelingslijn in de richting van "wereldrecht" ziet Polak als de rode draad in de rechtspraak van de Hoge Raad in de door hem onderzochte periode. Het openbare orde begrip ziet hij daarin functioneren voor het tot uitdrukking brengen van universele morele beginselen van recht. Dat vrijheid daarbij het leidend beginsel is, wordt bevestigd door het concept van materiële competentiesferen en het beginsel van partijautonomie. In het verlengde daarvan zijn voorbeelden van doorwerking van de beginselen trouw (Hague Rules) en zorg (het belang van het kind) in de private en publieke sfeer naar voren gekomen.

7. Openbare orde als ingang voor toetsing van vreemd recht aan het Europees mensenrechtenverdrag?

Ik ga ervan uit dat doorwerking van drie beginselen van mensenrecht via het openbare orde begrip in het ipr intussen aannemelijk is geworden. In deze paragraaf is de vraag of het begrip openbare orde ingang kan geven aan een toetsing van vreemd recht aan mensenrechten zélf, die als positief recht zijn neergelegd in het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (EVRM).[46] Ik neem aan dat de mogelijkheid van doorwerking van mensenrechten zélf via een universeel georiënteerd openbare orde begrip tevens iets zegt over doorwerking van beginselen van mensenrecht.

Vonken (1993) acht het juridisch technisch zeer wel mogelijk, vreemd recht te toetsen aan bepalingen van het EVRM via het begrip openbare orde.[47] Hij ziet echter veel bezwaren. Gelet op het specifieke karakter van de mensenrechten pleit er volgens hem veel voor deze niet via de openbare orde, maar op eigen kracht te laten gelden.[48] Deze voorkeur voor directe toetsing aan het EVRM kan ik delen. Waar mensenrechten voldoende zijn uitgewerkt via interpretatie door het Europese Hof voor de rechten van de mens in Straatsburg, is toetsing via de openbare orde een onnodige omweg. Daarover zijn we het eens. Doen de bezwaren van Vonken er dan nog toe? Ja, ik denk van wel.

Met het oog op de laatste noot in Vonkens studie is het van belang of zijn bezwaren tegen toetsing via de openbare orde overtuigend zijn. In die noot benadrukt hij dat de openbare orde-exceptie een eigen bestaansgrond behoudt. Dit is volgens hem bijvoorbeeld het geval in de situatie dat het toepasselijke buitenlandse (stel: Ierse) recht elke vorm van echtscheiding verbiedt. Omdat aan de bepalingen van het EVRM geen recht op echtscheiding ontleend kan worden, zal volgens Vonken in een dergelijk geval slechts met een beroep op de openbare orde dit vreemde recht geweerd kunnen worden.[49] Wegen in zo'n

46 Zie voor samenhang tussen het EVRM en de groeiende betekenis van het voor Nederland in 1979 in werking getreden Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten (IVBPR) de IVBPR Special van het NJCM Bulletin 1994, p. 765-944.

47 A.P.M.J. Vonken, De reflexwerking van de mensenrechten op het IPR, in Doorwerking van mensenrechten, P.B. Cliteur en A.P.M.J. Vonken, red., Groningen 1993, p. 181 v.

48 Vonken 1993, p. 183-184, met verwijzingen naar gelijkgezinde auteurs.

49 Vonken, 1993, p. 184 verwijst naar de uitspraak van het Europese Hof van 18 december 1986, NJ 1989, 97, (Alkema), in de zaak Johnston e.a. tegen Ierland.

geval de vele bezwaren van Vonken tegen toetsing via de openbare orde niet meer mee, of althans niet zwaar? Met het oog op de door hem genoemde "eigen bestaansgrond" van het begrip openbare orde lijkt het dienstig zijn bezwaren na te lopen.

Als een rechtstheoretisch bezwaar ziet Vonken dat mensenrechten die universele gelding pretenderen de openbare orde als een "per definitie lager principe" nodig hebben om als toetssteen voor vreemd recht te kunnen dienen. De openbare orde is en blijft in zijn visie toegespitst op de eigen rechtsorde, terwijl de in het EVRM vervatte mensenrechten ook in een Europese rechtsorde gelden. Dit bezwaar lijkt niet overtuigend. Is openbare orde een "per definitie lager principe"? Pretendeert openbare orde, mét het respecteren van rechtsverscheidenheid per rechtskring, in de kern niet net zo goed een universele gelding als mensenrechten dat doen? Sterker nog, is openbare orde welbeschouwd in de kern niet zélf mensenrechtelijk? Ik denk aan de artikelen 28 en 29 van de Universele Verklaring van de rechten van de mens. Volgens artikel 28 heeft een ieder recht op een sociale en internationale orde waarin de rechten en vrijheden zoals in de Universele Verklaring neergelegd, volledig kunnen worden gerealiseerd. Dat kan vertaald worden als het recht op lokale, regionale en wereldwijde openbare ordes in de betekenis van mensenrechtordes. In artikel 29 van de Universele Verklaring worden de plichten van een ieder ten aanzien van deze mensenrechtelijke openbare ordes verwoord.

Als een ander bezwaar tegen toetsing via de openbare orde ziet Vonken de schijn van paternalisme die het nationale openbare orde begrip kan oproepen, vooral als er grote cultuurverschillen zijn tussen de forumstaat en de vreemde staat. Ook dit bezwaar overtuigt niet. Waarom zou de nationale rechter niet, evenals de internationale rechter, kunnen uitgaan van de idee van een getrapte rechtsorde? Naast nationale rechtsordes waarmee de rechter in het ipr te maken krijgt kent deze getrapte rechtsorde een Europese verdieping, zoals Vonken zelf stelt.[50] Daarmee correspondeert een Europese openbare orde die op zijn beurt niet gesloten is voor een verdere ontwikkeling in de richting van een wereldorde.

Als doorslaggevend bezwaar ziet Vonken, dat voor strijd met de nationale openbare orde een zekere mate van betrokkenheid van de zaak met het land van de rechter is vereist. Daardoor kan het geldingsbereik van de mensenrechten volgens hem door min of meer toevallige omstandigheden worden beperkt. Het EVRM kent geen expliciet betrokkenheidsvereiste en ook de jurisprudentie van de Straatsburgse instanties geeft hiervoor volgens Vonken geen aanknopingspunt. Zo'n vereiste is volgens hem ook moeilijk te rijmen met de wens van de verdragstaten om aan een ieder die in aanraking komt met hun rechtssysteem een minimum aan bescherming te garanderen. Vanuit praktisch oogpunt acht hij de verdragsrechtelijke "margin of appreciation" elastisch genoeg om adequaat op eigenaardigheden van internationale verhoudingen te kunnen inspelen.

Vonkens bezwaar ten aanzien van het betrokkenheidsvereiste kan ik ook in zijn eigen betoog niet goed plaatsen. Wijst het garanderen door verdragstaten van "een minimum aan

50 Vonken 1993, p. 182 met verwijzing naar Schokkenbroek 1990, p. 57.

bescherming" aan "ieder die in aanraking komt met hun rechtssysteem" niet zélf al op een praktisch vereist minimum aan betrokkenheid van de zaak met het land van de rechter? En is in de "margin of appreciation" die de Straatsburgse instanties met het oog op culturele verschillen de verdragstaten gunnen niet óók de mate van betrokkenheid van de verdragstaat *in* het openbare orde begrip ingecalculeerd? Een redenering van Mayer, die Vonken met instemming bespreekt, geeft, als ik goed zie, een mooi voorbeeld van de werking van het betrokkenheidsvereiste.[51] Mayer trekt de redenering van het Straatsburgse Hof in de zaak Soering tegen het Verenigd Koninkrijk door naar het ipr.[52]

In de zaak Soering/VK gaat het om de uitlevering van Soering door het Verenigd Koninkrijk (verdragstaat) aan de Verenigde Staten van Amerika (niet-verdragstaat), waar Soering de doodstraf te wachten staat. De Britse regering verweert zich met het argument, dat voor deze mogelijk onmenselijke behandeling niet het Verenigd Koninkrijk als verdragstaat verantwoordelijk is, maar de Verenigde Staten als niet-verdragstaat. In de redenering van het Straatsburgse Hof gaat het echter om de verantwoordelijkheid van de door Soering aangeklaagde staat, het Verenigd Koninkrijk, voor de uitlevering zélf. Deze uitlevering stelt Soering direct bloot aan het gevaar van onmenselijke behandeling. Doorgetrokken naar het ipr gaat het er om of de rechter zélf door *toepassing* van vreemd recht overeenkomstig zijn verwijzingsregel het EVRM schendt.

De vraag rijst dan: hoe ver gaat dit? "Dient het privaatrecht van de hele wereld aan de Europese standaard te worden getoetst?"[53] Deze vraag voert naar een in het ipr bekend onderscheid tussen de *buiten-* en de *binnen*grens van de openbare orde. Als een regel van vreemd recht niet absoluut onaanvaardbaar is (de buitengrens van de openbare orde) hangt het van de betrokkenheid van Nederland bij de situatie af (de binnengrens van de openbare orde) of die vreemde regel in Nederland kan worden toegepast. Naarmate betrokkenheid van Nederland minder is, komt het vreemd recht eerder voor toepassing in aanmerking. Sterker nog: in termen van mensenrecht kan met het oog op culturele verschillen de toepassing of erkenning van een vreemde regel of beslissing een *eis* van een door het EVRM gewaarborgd recht zijn, juist omdát de betrokkenheid van Nederland daarbij minimaal is. Kortom: bij het betrokkenheidsvereiste gaat het om de "variabele kracht van centrale beginselen van ons recht" al naar gelang de mate van betrokkenheid van de Nederlandse rechtsorde bij de gegeven situatie.[54]

51 P. Mayer, La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères, in Vonken 1993, p. 172 v. Vgl. J.H.A. van Loon, De wisselwerking tussen internationaal privaatrecht en rechten van de mens, in Grensoverschrijdend privaatrecht, Deventer 1993, p. 145 v.

52 Europese Hof 7 juli 1989, NJ 1990, 158, m.n. Alkema.

53 Van Loon, 1993, p. 146.

54 H.U. Jessurun d'Oliveira, Openbare orde en rechtsvergelijking, in 'T Exempel dwinght, Kisch-bundel, Zwolle 1975, p. 239-261, p. 243 v. In de goudclausule-arresten: HR 13 maart 1936, NJ 1936, 280 en 281; HR 11 februari 1938, NJ 1938, 787, heeft de Hoge Raad maatstaven geformuleerd voor de toetsing van vreemd recht aan de openbare orde, al gebeurde dat uiteraard nog niet met het oog op het toen nog niet bestaande EVRM. Deze maatstaven staan bekend als de buiten- en de binnengrens van de openbare orde. Vgl. Sauveplanne 1989, p. 92.

In verband met het betrokkenheidsvereiste en de redenering van Mayer in de zaak Soering/VK schiet mij een opmerking van Kranenburg (1895) te binnen, die hij toeschrijft aan Fiore.[55] Deze opmerking komt hierop neer. In het ipr gaat het er niet om, dat een vreemde *wet* in strijd is met de openbare orde van het land van de rechter. Het komt er op aan of een *rechtshandeling* die men krachtens een vreemde wet in het land van de rechter wil verrichten, dan wel het *gevolg* van een rechtshandeling waarop men zich in het land van de rechter beroept, in strijd is met de openbare orde van het land van de rechter. Deze opmerking acht Kranenburg van belang, terecht denk ik, omdat de Nederlandse staat in zijn taak van "justicier humanitaire" schromelijk te kort zou schieten "wanneer hij den vreemdeling geheel onnodig ging catechiseren en zijne wettig verkregen rechten in twijfel ging trekken, waar de wijze waarop hij ze verkreeg geheel *buiten* ons rechtsgebied ligt."[56]

Aan de hand van de redenering van Mayer in de zaak Soering/VK, de opmerking van Fiore en het binnengrenscriterium van de openbare orde kan de vraag hoe ver de toetsing van vreemd recht aan het EVRM via de openbare orde moet gaan, per geval genuanceerd beantwoord worden. Dat maakt Vonkens bezwaar tegen het vereiste van betrokkenheid bij toetsing van vreemd recht aan het EVRM via de openbare orde zwak.

Als laatste argument tegen toetsing van vreemd recht aan het EVRM via de openbare orde werpt Vonken op, dat de interpretatie van de mensenrechten in laatste instantie plaats vindt door de Straatsburgse instanties. Anders dan bij een van land tot land variërende invulling van de openbare orde, kan bij zelfstandige toetsing aan het EVRM een zekere mate van uniformiteit worden bereikt. Voor een "Europese" interpretatie van de mensenrechten valt inderdaad alles te zeggen in gevallen waarin deze uitleg duidelijk is. Maar als dat niet het geval is? Een toetsing via de openbare orde lijkt dan juist een voordeel te hebben. De nationale rechter zou zich in zo'n geval ten opzichte van de Straatsburgse instanties voorzichtig kunnen opstellen en tegelijkertijd via de openbare orde een actieve bijdrage aan de Europese mensenrechtontwikkeling kunnen leveren. Als voorbeeld hiervan geef ik het door Vonken zelf opgeworpen geval van het Ierse echtscheidingsverbod.

In de zaak tegen Ierland waar Vonken naar verwijst komt het Straatsburgse Hof tot het oordeel, dat aan het EVRM wél een recht om te huwen (artikel 12 EVRM) maar géén recht op echtscheiding kan worden ontleend. Is de nationale rechter in de ogen van Vonken niet gehouden om deze "Europese" interpretatie te volgen? Of mag de Nederlandse rechter Ierland, dat "langzamerhand als enige geen echtscheiding kent", tot de "Europese openbare orde" roepen waar het Hof in Straatsburg dat nalaat?[57]

55 Kranenburg 1895, p. 88 verwijst naar Fiore, Droit International Privé (Antoine) I 275.

56 Kranenburg 1895, p. 90-91.

57 Vgl. de noot van Alkema onder de uitspraak, NJ 1989, 97, die in verband met de tweestrijd tussen "activism" en "self restraint" van constitutionele rechtscolleges en van het Europese Hof o.a. verwijst naar G.J. Wiarda in Ad Personam (Enschedé-bundel) en in Rechterlijke voortvarendheid en rechterlijke terughouding bij de toepassing van het ECRM, 's-Gravenhage 1986.

Volgens artikel 12 EVRM hebben mannen en vrouwen van huwbare leeftijd het recht te huwen en een gezin te stichten volgens de nationale wetten die de uitoefening van dit recht beheersen. De woorden "het recht te huwen" slaan volgens het Straatsburgse Hof in hun normale betekenis niet op de ontbinding van het huwelijk. Bovendien verwijst deze bepaling uitdrukkelijk naar nationale wetten. Het Hof acht zich niet bevoegd om door middel van evolutieve interpretatie uit het EVRM een recht af te leiden dat daarin niet van het begin is opgenomen. Klagers zijn in de visie van het Hof ook niet in een positie, analoog aan die van personen die in het buitenland woonachtig zijn en voor wie echtscheiding door middel van erkenning van een buitenlands echtscheidingsvonnis wel mogelijk is.

Als artikel 12 EVRM in de Nederlandse rechtsorde wordt geïnterpreteerd, dan mag het mensenrechtelijk beginsel *vrijheid* (in dit geval om te huwen) niet verworden tot wettelijke dwang om, eenmaal gehuwd, een wettelijk huwelijk onder alle omstandigheden levenslang in stand te houden. De aan vrijheid gekoppelde beginselen *zorg* voor elkaar en voor uit het huwelijk geboren kinderen en onderlinge *trouw* spelen weliswaar in het huwelijksrecht vanouds een prominente rol. Deze zorg en trouw kunnen echter niet zover voeren dat ze vrijheid, als leidend beginsel van mensenrecht, doen verdwijnen achter een wettelijke regeling die vrijheid om te huwen omzet in levenslange dwang om gehuwd te blijven. Het beginsel vrijheid blijft het primaire richtsnoer voor iedere "deugdelijke rechtsverwerkelijking" (om met woorden van Kranenburg (1895) te spreken). Met een redenering in deze geest zou de Nederlandse rechter in een concreet geval toepassing van het Ierse echtscheidingsverbod inderdaad via het openbare orde begrip in de Nederlandse rechtssfeer kunnen weren.

Aan het Nederlandse echtscheidingsrecht in samenhang met het openbare orde begrip is ook te illustreren, hoe een juridische interpretatie van "openbare orde" achter kan blijven bij zich ontwikkelende rechtsopvattingen. In een arrest uit 1907 acht de Hoge Raad het Nederlandse echtscheidingsrecht "van openbare orde".[58] Dat houdt in dat de Nederlandse rechter op alle bij hem aangebrachte vorderingen tot echtscheiding het Nederlandse echtscheidingsrecht dient toe te passen. Buitenlands recht komt in geen geval voor toepassing in aanmerking. Pas in 1973 breekt de Hoge Raad met deze leer. In zijn arrest van 23 februari 1973, betreffende een scheiding van tafel en bed van partijen die de Duitse nationaliteit hebben, overweegt de Hoge Raad dat het niet uitgesloten is dat een vordering tot echtscheiding of scheiding van tafel en bed, aangebracht voor de Nederlandse rechter, door ander dan Nederlands recht wordt beheerst.[59]

Met de uitspraak van de Hoge Raad uit 1973 is echtscheiding of scheiding van tafel en bed niet meer "van openbare orde" in die zin dat uitsluitend Nederlands recht van toepassing is. Dat neemt niet weg dat volgens artikel 1 van de Wet conflictenrecht echtscheiding van 25 maart 1981, Stb. 166, toepassing van Nederlands recht nog steeds hoofdregel is.

58 HR 13 december 1907 W. 8636, Boon-Schmidt. Vgl. Strikwerda 1997, p. 78-79; Jessurun d'Oliveira 1975, p. 239 v.

59 NJ 1973, 366; Strikwerda 1997, p. 120-121; Jessurun d'Oliveira 1975, p. 239, spreekt van de ontstatelijking van het familierecht. Het betreft hier de zaak die ik in de inleiding van dit hoofdstuk als voorbeeld heb gebruikt.

Strikwerda spreekt in dit verband over een te grote exportpretentie van Nederlands echtscheidingsrecht.[60] In de kwestie van het Ierse echtscheidingsverbod ziet Vonken in het uitdragen van deze exportpretentie via het openbare orde begrip kennelijk geen overwegend bezwaar. Het begrip openbare orde moet dan echter gevrijwaard kunnen worden van de door Vonken opgeworpen bezwaren. Drie beginselen van mensenrecht kunnen daarbij dienst doen als richtsnoer.

8. Openbare orde als laatste kwaliteitstoets in het ipr

Het in dit hoofdstuk in verband met voorrangsregels ter sprake gekomen Alnati-arrest van de Hoge Raad (1966) wordt wel gezien als een Nederlands novum met exportkwaliteit. Daarvan getuigt het feit dat het mede model heeft gestaan voor artikel 7 van het EEG-Verbintenissenverdrag (1980).[61] Volgens artikel 2 van dit verdrag heeft het universele werking. Dat betekent dat het ipr ten aanzien van overeenkomsten geheel door dit verdrag wordt beheerst, ook als het overeenkomsten betreft die geen direct aanknopingspunt met de verdragstaten hebben. Artikel 3 bevat als hoofdregel van het verdrag het beginsel van partijautonomie, de vrijheid van partijen zelf het op hun overeenkomst toepasselijk rechtsstelsel aan te wijzen.[62]

In het EEG-Verbintenissenverdrag is een oplopende lijn van drie categorieën dwingend recht te vinden, die de partijautonomie kunnen doorbreken: dwingende bepalingen, bepalingen van bijzonder dwingend recht en openbare orde.[63] Met het oog op openbare orde als synoniem voor dwingend recht kan deze differentiatie beschouwd worden als voorlopig resultaat van het steeds verder uitkristalliseren en concretiseren van het openbare orde begrip. De eerste categorie, dwingende bepalingen, betreft met name consumenten- (artikel 5) en arbeidsovereenkomsten (artikel 6). Bij deze overeenkomsten is de partijautonomie beperkt ter bescherming van consumenten en werknemers tegen een door de wederpartij opgelegde keuze voor een consumenten- of werknemersonvriendelijk rechtsstelsel.[64] In dit type dwingend recht komt het aspect *zorg* (bescherming van de zwakkere partij) expliciet naar voren bij het streven naar evenwicht in de machtsbalans bij het uitoefenen van be*trouw*bare partij-autonomie als aspect van *vrijheid*.

60 Strikwerda 1991, p. 120.

61 Roelof Kotting, Extraterritoriale wetgeving, preadvies NVIR, Deventer 1984, p. 117. EEG-Verbintenissenverdrag, Trb. 1980, 156. Zie ook Vlas 1989, p. 9.

62 Zie voor een overzicht van dit op 1 sept. 1991 voor Nederland in werking getreden verdrag L. Strikwerda, Kroniek van het ipr, NJB 1991, p. 1287-1298, p. 1294 v.

63 Zie hierover M.V. Polak, Arbeidsverhoudingen in het Nederlandse internationaal privaatrecht, Deventer 1988, p. 98 v.

64 Polak 1988, p. 100;. Kotting 1984, p. 122. L. Strikwerda, De hanteerbaarheid van het internationaal privaatrecht, in Grensoverschrijdend privaatrecht, Deventer 1993, p. 245, bespreekt artikel 6 lid 1 van het verdrag als voorbeeld van het ingewikkelde van het ipr. Zie voor de verhouding van afd. 6.5.2A BW tot de art. 3-7 van het verdrag A.S. Hartkamp, Internationale overeenkomsten en nieuw dwingend recht, in een bundel van de Offerhaus Kring, Deventer 1987, p. 93-104, p. 96 v.

Artikel 7 lid 2 van het EEG-Verbintenissenverdrag slaat op bepalingen van het land van de rechter die "het geval dwingend beheersen". Dat zijn bepalingen in de tweede categorie (bijzonder dwingend recht). Het betreft hier de eerder besproken voorrangsregels, die in ontwikkelingsperspectief als uitwerkingen van het openbare orde begrip kunnen worden gezien.

In artikel 16 van het verdrag zijn voorschriften van de derde categorie (openbare orde) te vinden.[65] Volgens artikel 16 kan de toepassing van een bepaling van het door het verdrag aangewezen recht slechts terzijde worden gesteld als deze toepassing "kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde van het land van de rechter." Daarmee is volgens het toelichtend Rapport bij het verdrag bedoeld "dat de rechter niet het vreemde recht in abstracto, maar de concrete toepassing daarvan op het voorliggende geval moet bezien in het licht van zijn eigen fundamentele beginselen."[66]

In de oplopende reeks van dwingend recht, bijzonder dwingend recht en recht van openbare orde komt het openbare orde begrip in artikel 16 van het EEG-Verbintenissenverdrag naar voren als laatste kwaliteitstoets. Een volgens de overige regels van ipr toepasselijke norm kan in laatste instantie aan de hand van het openbare orde begrip worden geweerd.[67] Het gaat in dit verdragsartikel om kennelijke onverenigbaarheid van toepassing van vreemd recht met fundamentele beginselen van het land van de rechter. Dat doet denken aan de gedachtengang zoals die naar voren is gekomen ten aanzien van de zaak Soering contra het Verenigd Koninkrijk. Waar het om gaat is of de rechter door *toepassing* van vreemd recht fundamentele beginselen van mensenrecht schendt, die in zijn eigen recht dienen te worden geëerbiedigd. In deze opvatting past het openbare orde begrip inderdaad als een laatste kwaliteitstoets in de lijn van deze studie.

In 1917 concludeert Kollewijn dat de openbare orde de rechter in het ipr geen richtsnoer geeft om te vinden wat recht is. In technisch juridische zin kan dat ook in 1998 nog beweerd worden. Dat vloeit voort uit het in beginsel algemeen inzetbare karakter van het openbare orde begip als open algemeen rechtsbegrip. Mijn stelling daarover wordt in dit hoofdstuk in diverse toonaarden bevestigd. Maar ook de tweede stelling, over de notie mensenrecht als morele kern van het tegenwoordige recht, wordt in de geschetste ontwikkeling van het ipr bevestigd. In deze ontwikkeling past doorwerking van drie beginselen van mensenrecht via het begrip openbare orde.

65 Over kritiek op dit artikel, zie Strikwerda 1997, p. 93-94.

66 Polak 1988, p. 100: Rapport betreffende het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst, door M. Giuliano en P. Lagarde, PB EG 23 (1980) no.C 282, p. 1, 38; Contractenrecht X (Struycken) No. 8, p. X-35, X-95 (suppl. 54/okt, 1981).

67 Zie voor een checklist als leidraad voor de behandeling van buitenlandse normen Th.M. de Boer en R. Kotting, President Wijnholt vs President Reagan, NJB 1982, p. 1177-1186, p. 1185, noot 42.

PRIVAATRECHT

1. Inleiding

Het internationaal privaatrecht heb ik aan het begin en het internationaal publiekrecht aan het einde van dit tweede deel gesitueerd. In het middenstuk komen "binnenlandse" privaat- en publiekrechtelijke onderwerpen aan bod. Daarbij moet aangetekend worden dat het onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht niet altijd gemakkelijk te maken is. Er is sprake van een vergaande vermenging.[1] Toch kan nog uitgegaan worden van de idee dat privaatrecht primair relaties tussen burgers onderling betreft terwijl in het publiekrecht de overheid steeds mede van de partij is. Zo gezien omvat publiekrecht "al het recht inzake het overheidsingrijpen in de maatschappij."[2] Als aanloop naar het privaatrechtelijk contractenrecht in dit hoofdstuk en publiekrechtelijke onderwerpen in het volgende hoofdstuk schets ik hierna de ontwikkeling van privaat- en publiekrecht op het grondgebied waartoe thans Nederland behoort (par. 2).

De keuze voor het contractenrecht als privaatrechtelijk onderwerp is ingegeven door de overweging dat het tot de harde kern van het privaatrecht behoort. Daarbij komt dat sedert de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1838 het begrippenpaar openbare orde en goede zeden de grens tussen het rechtsgeldige en het nietige contract markeert. In het in 1992 ingevoerde Burgerlijk Wetboek zijn een aantal in de rechtspraak ontwikkelde vernieuwingen opgenomen, maar het begrippenpaar openbare orde en goede zeden heeft als juridische constructie deze vernieuwing overleefd. Na een korte schets van deze juridische constructie (par. 3) komt de combinatie van de begrippen openbare orde en goede zeden aan bod. In het vorige hoofdstuk hebben we gezien hoe Kranenburg (1895) kiest voor het openbare orde begrip en dit loskoppelt van het "schaduwbegrip" goede zeden. Vier jaar later kiest Van der Ley (1899) voor het begrip goede zeden.[3] Daarbij zet hij niet het begrip openbare orde als ongrijpbaar of "te glibberig" aan de kant, zoals Kranenburg dat met de goede zeden doet. Van der Ley is van mening dat de component openbare orde naast de goede zeden overbodig is. Volgens hem drukt de component goede zeden precies het essentiële van het openbare orde begrip uit: doorwerking van moraal in het recht (par. 4).

Dat het begrip goede zeden zich goed leent voor doorwerking van morele aspecten in het recht, ligt voor de hand. Zowel in de juridische traditie als in alledaags taalgebruik geeft het uitdrukking aan opvattingen over maatschappelijke behoorlijkheid. Naast het begrip-

1 Osmose tussen publiek- en privaatrecht, themanummer Ars Aequi 1987, nr. 5, p. 273-372.
2 A.W. Heringa, N. Verhey, (red.), Publiekrechtelijke bewegingen, Deventer 1990, Inleiding, p. VIII.
3 J.N. Van der Ley, Overeenkomsten, in strijd met de goede zeden, Amsterdam 1899.

penpaar openbare orde en goede zeden spelen echter ook andere open begrippen een belangrijke rol bij doorwerking van zedelijke beginselen in het recht. Met het oog daarop dringt zich een vergelijking op van Nieuwenhuis' "Drie beginselen van contractenrecht"[4] met drie beginselen van mensenrecht (par. 5), die deze confrontatie doorstaan. In de laatste paragraaf onderzoek ik doorwerking van drie beginselen van mensenrecht in drie fasen: voor, tijdens en na het sluiten van het contract (par. 6).

2. Ontstaan van het Nederlandse privaat- en publiekrecht

In de oudgermaanse tijd[5], ongeveer tot de zesde eeuw, handhaven op het grondgebied waartoe nu Nederland behoort "vrije" boeren en "edelen" (hereboeren-grootgrondbezitters), als heersers en rechters binnen hun eigen familie/bedrijfsverband een op overgeleverd gewoonterecht gebaseerde rechtsorde.[6] Vorsten komen waarschijnlijk op doordat jonge mannen uit verschillende families aansluiting zoeken bij een beroemd strijder, als diens leerlingen en strijdmakkers.[7] Als familie- en kleine vorstenverbanden grotere eenheden vormen ontstaan stammen. In stamvergaderingen komen alle vrije mannen op vaste tijden in vergadering bijeen. In kwesties van gemeenschappelijk belang die aan de vergadering worden voorgelegd beslissen zij over wat naar gewoonte rechtens is. Interne kwesties binnen de kleinere verbanden blijven ter beoordeling van de pater familias of van de vorst als hoofd van zijn eigen huishouding. Hier tekent zich een feitelijk onderscheid af tussen recht in de private sfeer en recht in de publieke sfeer.

In de loop van de zesde tot omstreeks de elfde eeuw worden alle hoofden van kleine verbanden "fideles", getrouwen van een Frankische koning. Op een "rijksdag" bespreekt de koning zijn recht met de hoogste klasse van zijn fideles. De "consensus" die de aanwezigen geven betekent niet instemming, maar "erkenning als recht". In de loop van de negende eeuw daalt de macht van de koning zo ver dat "consensus" geweigerd kan worden.[8] In beginsel leeft elke groep dan nog naar overgeleverd gewoonterecht. In stamvergaderingen wordt echter geleidelijk ook nieuw recht gekozen. Al doende vervaagt het onderscheid tussen gewoonterecht en gekozen recht. Doordat het steeds moeilijker wordt om tot eenparigheid van stemmen te komen ontstaat een regel die voorschrijft dat de minderheid de meerderheid moet volgen. Geleidelijk ontwikkelt deze procesregel zich tot het principe dat de meerderheid beslist, maar dat de minderheid recht houdt op respect voor haar eigen standpunt.[9]

4 J.H. Nieuwenhuis, Drie beginselen van contractenrecht, Deventer 1979.

5 Ik volg het overzicht en de indeling in tijdvakken van Gerbenzon/Algra 1987; zie p. 27-32 van dit werk voor een literatuuroverzicht van wereld-, Europese en Nederlandse rechtsgeschiedenis.

6 Gerbenzon/Algra 1987, p. 40.

7 Het woord vorst verwijst naar voorste, eerste. Gerbenzon/Algra 1987, p. 40, waarschuwen: "Men hoede er zich voor, de Germanen als een min of meer homogeen "ras" te zien; het was een ratjetoe van allerlei groepen en groepjes, vaak weinig tot "apartheid" geneigd ten opzichte van de volkeren, waarmee zij tijdens de volksverhuizing in contact kwamen."

8 Gerbenzon/Algra 1987, p. 60.

9 Gerbenzon/Algra 1987, p. 23-24.

In de landsheerlijke periode, van omstreeks het begin van de elfde eeuw tot 1581, ontstaan een groot aantal staatjes, elk geregeerd door een landsheer (hertog, markgraaf, graaf, bisschop) die praktisch het hoogste gezag heeft. In de loop van de dertiende en de veertiende eeuw stijgt het gezag van de koning geleidelijk weer boven dat van zijn landsheren uit. Daarbij heeft hij krachtige steun van het "geleerde" recht van de juristen, in het kader van de "receptie" van het klassieke Romeinse recht.[10] Achter de "receptie" van het Romeinse recht staat naast herleving van het gezag van de antieke cultuur en van een oude Germaanse traditie waarin het Romeinse recht als het gemeenschappelijk jus commune wordt gezien een derde kracht. Ik bedoel de opkomst van het moderne wetenschappelijk denken, ook op gebieden als theologie en filosofie. In dit krachtenveld ontwikkelt het recht zich meer en meer als een wetenschap van Romeins en kerkelijk recht. Het "geleerde" onderscheid dat juristen maken tussen privaatrecht en publiekrecht werkt het latere gebruik van het begrip openbare orde in het privaatrecht in de hand, als grens aan de private vrijheid, met het oog op publieke belangen.

In 1581 komt de Republiek der Verenigde Nederlanden tot stand. In deze statenbond vervult de onder de bedreiging van de Spaanse legers in 1579 tot stand gekomen Unie van Utrecht de functie van grondwet. "In kerkelijke zaken zouden de gewesten naar eigen goedvinden besluiten, mits ieder in zijn persoonlijke overtuiging vrij zou blijven en dus vervolging om den gelove was uitgesloten."[11] Met deze erkenning van de vrijheid van geweten in artikel XIII Unie Van Utrecht, als persoonlijke godsdienstige overtuiging, komen we terecht bij de eerste positivering van de idee van rechten van de mens in een concreet vrijheidsrecht.[12]

Met de Bataafse omwenteling komt een einde aan de feodale vermenging van privaatrecht en publiekrecht. "Privaatrecht en publiekrecht worden zelfs streng gescheiden, zulks onder afschaffing van privaatrechtelijke beschikkingsmacht over openbare zaken (heerlijke rechten). Het streven was gericht op een zo groot mogelijke overheidsonthouding in de private rechtsorde en op de genoegzaamheid van het toen bestaande publiekrecht voor de primaire overheidstaak (openbare orde en veiligheid)."[13] In de Staatsregeling voor het Bataafsche volk (1798) staat in artikel 1, in navolging van artikel 2 van de Franse Verklaring van de Rechten van de Mens en Burger van 1789, onder het hoofd Algemeene Beginselen: "Het oogmerk der maatschappelijke vereeniging is beveiliging van persoon, leven, eer en goederen en beschaving van verstand en zeden." In de eerste Nederlandse grondwet (1814) worden enkele grondrechten opgenomen, betreffende justitiële waarborgen, de godsdienstvrijheid, het onderwijs en de armenzorg. In 1815 wordt de grondwet aangevuld met de vrijheid van drukpers, het recht van petitie en de onschendbaarheid van de woning. In 1848 worden bepalingen over het recht tot vereniging en vergadering, de onschendbaarheid

10 Gerbenzon/Algra 1987, p. 94 v.
11 Van der Pot/Donner/Prakke 1995, p. 87. Zie voor de tekst van de Unie van Utrecht Van Hasselt 1987.
12 Zie verder hoofdstuk 8, par. 2.
13 J.C. Schroot, Privaatrecht/publiekrecht, strijd om het primaat, in Publiek Domein 1989, p. 157-159, p. 157.

van het briefgeheim en de vrijheid van onderwijs toegevoegd.[14] De beide wereldoorlogen geven een belangrijke impuls aan het internationaliseren van grondrechten.[15]

De ontwikkeling van de liberale rechtsstaat in de richting van de democratische sociale rechtsstaat gaat gepaard met een enorme groei van publiekrecht. Op theoretisch niveau ontbrandt een strijd om het primaat van privaat- of publiekrecht. In 1909 komt R. Kranenburg in zijn dissertatie[16] tot de conclusie dat er geen principieel onderscheid te maken valt tussen privaatrecht en publiekrecht. Volgens Schroot heeft hij daarmee "de kiem gelegd voor de later ontwikkelde opvatting, dat het privaatrecht en het publiekrecht gelijkwaardige delen van de rechtsstof zijn, die toch in wezen een eenheid vormen."[17] Het enige waarover rechtsgeleerde opvattingen inzake het onderscheid tussen privaatrecht en publiekrecht tot nu toe duidelijkheid verschaffen schijnt te zijn dat het onderscheid onduidelijk is.[18]

3. Het begrippenpaar openbare orde en goede zeden in het contractenrecht

In artikel 1356 oud BW worden vier juridische eisen gesteld voor het tot stand komen van een overeenkomst. Drie daarvan zijn in het BW na 1992 behouden gebleven: 1) handelingsbekwaamheid van de contracterende partijen, 2) toestemming van partijen en 3) een bepaald onderwerp. Ten aanzien van handelingsbekwaamheid is de hoofdregel, dat een ieder bevoegd is verbintenissen aan te gaan, indien hij daartoe niet *on*bekwaam is verklaard door de wet. Handelings*on*bekwaam zijn volgens de wet minderjarigen en onder curatele gestelden. Het tweede vereiste, de toestemming van partijen, is in het BW neergelegd in een regeling voor het tot stand komen van een overeenkomst door wilsovereenstemming tussen partijen over een aanbod en de aanvaarding (artikel 6: 217 BW). Met het oog op de eis van wilsovereenstemming spelen juridische figuren zoals dwang, dwaling en bedrog een rol. Die zijn bedoeld om belemmeringen in de vrije wilsvorming van contracterende partijen te voorkomen. Al deze rechtsfiguren, zoals intussen ook het leerstuk misbruik van omstandigheden, zijn gericht op het waarborgen van vrijheid van partijen bij het aangaan van het contract. De derde eis, een bepaald onderwerp, dient om te waarborgen dat prestaties waartoe de contractpartners zich tegenover elkaar verplichten voor hen voldoende duidelijk zijn.

14 Meij van Bruggen 1989, p. 14, verwijst naar Van Hasselt 1987, p. 17, over de Staatsregeling; Burkens 1989, p. 14, over de Grondwet 1814; Meuwissen 1984, p. 140, over uitgebreide regeling van de vrijheid van godsdienst in 1848; Crijns 1982, p. 440, over de onderwijspacificatie 1917; Meuwissen 1984, p. 83, over jurisprudentie van de Hoge Raad.

15 Daarover verder in hoofdstuk 8.

16 R. Kranenburg, De tegenstelling tussen publiek- en privaatrecht en de ontwerpen tot regeling der administratieve rechtspraak, Leiden/Groningen 1909.

17 Schroot 1989, p. 159.

18 Volgens Schroot 1989, p. 159, heeft Tak met deze conclusie nog altijd gelijk. A.Q.C. Tak, Overheidsbestuur en Privaatrecht, Alphen a.d. Rijn 1978. Schroot geeft een korte schets van de strijd van theoretici over het primaat van privaat- of publiekrecht sedert de tweede helft van de vorige eeuw en de huidige beweging in de richting van gelijkwaardigheid van de beide rechtsdelen die in wezen een eenheid vormen.

Bij het vierde vereiste voor het tot stand komen van een contract komt het openbare orde en goede zeden begrip aan bod. Volgens artikel 1371 oud BW is een overeenkomst die zonder oorzaak of uit een valse of ongeoorloofde oorzaak is aangegaan krachteloos. Volgens artikel 1373 is sprake van een ongeoorloofde oorzaak, als datgene wat partijen met de overeenkomst beogen bij de wet verboden is of in strijd is met de goede zeden of de openbare orde. Zoals ze *naast* de wet worden genoemd, verwijzen goede zeden en openbare orde hier naar ongeschreven recht.

Op 1 januari 1992 is voor het algemeen gedeelte van het overeenkomstenrecht het nieuw BW in werking getreden.[19] Daarin is het vereiste dat een overeenkomst een geoorloofde oorzaak moet hebben niet meer te vinden. Dat wil niet zeggen dat de materie waar het om gaat vervallen is. Deze materie is ondergebracht in een regeling die alle rechtshandelingen beslaat. Daaronder vallen ook overeenkomsten. Een rechtshandeling is nietig als ze door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde (artikel 3:40 BW).[20]

4. Doorwerking van moraal via het begrippenpaar openbare orde en goede zeden

Op basis van een reeks argumenten van historische, utilitaire, wettelijke en internationaal privaatrechtelijke aard komt Van der Ley (1899) tot de bevinding, dat in artikel 1373 oud BW van het begrippenpaar openbare orde en goede zeden de component openbare orde gemist kan worden. Als de voorkeur wordt gegeven aan het behoud van de combinatie openbare orde en goede zeden, acht hij het nodig dat openbare orde synoniem wordt verklaard met haar "tweeling-expressie" goede zeden.[21] Het begrip goede zeden geeft volgens hem uitdrukking aan doorwerking van moraal in het recht. En juist dát ziet Van der Ley als het essentiële van de openbare orde.

Van der Ley maakt onderscheid tussen wat hij een positieve en een negatieve doorwerking van de moraal in het recht noemt. Positieve doorwerking ziet hij in gevallen waarin "goede trouw" tot rechtseis is gesteld. Met negatieve doorwerking bedoelt hij de situatie waarin het recht bescherming aan het immorele ontzegt. Als voorbeeld daarvan noemt hij artikel 14 Wet Algemene Bepalingen.[22] De negatieve doorwerking van de moraal in het recht komt volgens Van der Ley óók tot uitdrukking in artikel 1371 jo artikel 1373 oud BW. Overeenkomstig deze wetsartikelen zijn contracten die in strijd zijn met de openbare orde of de goede zeden nietig.

19 KB 20 februari 1990, Stb. 90.

20 Als de grond van nietigheid slechts een deel van de rechtshandeling betreft, kan deze voor het overige in stand blijven, voor zover ze niet in een onverbrekelijk verband staat met het nietige deel van de rechtshandeling (artikel 3:41 BW).

21 Van der Ley 1899, p. 23.

22 De in hoofdstuk 5, par. 3 ter sprake gekomen bepaling over nietigheid van overeenkomsten en andere privaatrechtelijke handelingen. Stelling II bij het proefschrift van Van der Ley 1899, luidt: "Het woord "openbare orde" in artikel 14 A.B. moet vervallen."

Om te proberen enige lijn te ontdekken in rechterlijke uitspraken waarin contracten nietig worden verklaard wegens strijd met de goede zeden, gaat Van der Ley op zoek naar een *structuur* van het immorele contract. Daartoe maakt hij onderscheid tussen een formele en een materiële vraag. De formele vraag of rechtsvraag geeft aan *wat* door de zedelijkheid beantwoord moet worden. *Of* dat vervolgens ook feitelijk in strijd is met de goede zeden is volgens hem niet door het recht doch slechts door de moraal te beantwoorden. De consequentie van deze opvatting is, dat slechts de formele rechtsvraag tot de bevoegdheid van de Hoge Raad behoort. Omdat de materiële vraag of moraliteitsvraag van feitelijke aard is, staat deze slechts ter beoordeling aan de feitenrechter. Ze valt buiten de mogelijkheid van cassatie door de Hoge Raad. Deze beperkt zich immers tot de rechtsvraag.

In de rechtspraak vindt Van der Ley drie groepen gevallen, waarin een contract nietig kan zijn omdat de inhoud (het doel, de oorzaak) immoreel is en daarom in strijd wordt geacht met de goede zeden. Dat kan het geval zijn 1) als het *onderwerp* van de overeenkomst immoreel is, 2) als niet het onderwerp zélf, maar het *opnemen* ervan in een contract (met rechtsdwang) immoreel is en 3) als de immoraliteit van het contract blijkt uit het onzedelijk *verband* tussen de prestatie van de ene partij en de tegenprestatie van de andere partij. In een vierde groep gevallen gaat het om het *gevolg* van het uitvoeren van de contractsinhoud, datgene wat partijen beogen.

Als een van de genoemde vier typen van gevallen zich voordoet, kan formeel gesproken de overeenkomst als immoreel in strijd zijn met de (openbare orde en) de goede zeden. Bij de vraag *of* dat feitelijk zo is, komen we bij de materiële zedelijkheidsvraag terecht. Ten aanzien daarvan betoogt Van der Ley dat de rechter zich uitsluitend te houden heeft aan de moraal van het heden. Hij dient geen rekening te houden met moraal van het verleden of de toekomst. Uit de rechtspraak kan tot op zekere hoogte blijken wat de moraal van het heden inhoudt. In het Nederlandse contractenrecht van zijn tijd is volgens Van der Ley slechts een laconieke, praktische moraal te vinden. Slechts een ál te exorbitante contractsvrijheid wordt daardoor belemmerd. Ernstige bedreiging van leven, gezondheid en eerbaarheid kan bijvoorbeeld wel in strijd zijn met de goede zeden, maar dat kan zeker niet als regel zonder uitzondering worden gezien. Contracten "waarbij leven, gezondheid en eerbaarheid in gevaar zijn van arbeiders en werkvrouwen, gelijk bij zekere chemische industrieën (loodwit en chloorkalk-fabrieken) worden geldig geacht."[23] Het ziet er volgens Van der Ley wél (in 1899) naar uit, dat óf "over niet lange tijd, zowel de geldwoeker als het uitzuigingscontract doorlopend geacht worden in strijd te zijn met de goede zeden, of dat er wettelijke regeling omtrent dit onderwerp zal ontstaan."[24] Hij laat daar echter meteen nog eens de waarschuwing op volgen, dat de toekomstige moraal de rechter vooralsnog onverschillig moet zijn. Slechts de tegenwoordige moraal mag van invloed zijn.

23 Van der Ley 1899, p. 100.
24 Van der Ley 1899, p. 82.

In zijn proefschrift uit 1920 over overeenkomsten in strijd met de goede zeden acht Petit[25] het begrip openbare orde niet overbodig. Hij ziet echter geen zelfstandige betekenis voor elk van de beide begrippen openbare orde en goede zeden. Volgens Petit vormen ze samen één uitdrukking, "goede zeden doet meer denken aan een ethische waardeering, openbare orde meer aan de onaantastbaarheid van de maatschappelijke ordening; waar in wetsbepalingen slechts een van deze termen is gebezigd, wordt in den regel niets anders bedoeld als wat de beide uitdrukkingen te zamen omvatten."[26]

In tegenstelling tot Van der Ley betoogt Petit, tegen de dan nog heersende leer in, dat de goede zeden *rechts*inhoud hebben. Hij verwijst naar de Hoge Raad, die doende is zijn toetsingsrecht op het gebied van ongeschreven rechtsnormen uit te breiden. Daarbij vormen normen waarnaar met "goede zeden" verwezen wordt de belangrijkste categorie buiten de wet te vinden rechtsregels. In de goede zeden kan de *rechts*waarde van maatschappelijke belangen als economische vrijheid, goede trouw in het maatschappelijk verkeer, behoorlijke nakoming van overeenkomsten, sexuele en lichamelijke integriteit tot uitdrukking komen. Petit wijst in dit verband ook op de dan recente nieuwe interpretatie van artikel 1401 oud BW, betreffende de onrechtmatige daad. Volgens het arrest van 31 januari 1919 van de Hoge Raad, NJ 1919 p. 161, in de zaak Lindenbaum/Cohen, bepalen ook de regels van "maatschappelijke betamelijkheid en zedelijkheid" het begrip "onrechtmatig". De maatschappelijke gedragsregels waar de wet met de "goede zeden" naar verwijst, worden dan niet meer opgevat als *feiten* waaraan de rechter geen *rechts*oordeel zou kunnen ontlenen. Een beroep op nietigheid van een overeenkomst op grond van strijd met de goede zeden is in cassatie een middel "van openbare orde" en daarmee een ambtshalve door de rechter te onderzoeken *rechts*vraag.[27]

Zoals we dat eerder bij Van der Ley en ook al in het vorige hoofdstuk hebben gezien, is ook bij Petit een verwijzing naar positieve en negatieve werking van het openbare orde en goede zeden begrip te vinden. Petit legt er de nadruk op dat de formule strijd met de openbare orde en goede zeden in het contractenrecht *gelijktijdig* de beide functies kan omvatten. De negatieve, afwerende functie werkt als een beknotting van de contractsvrijheid. Tegelijk kan deze beknotting de positieve functie hebben van bescherming van vitale rechtswaarden, waaronder de contractsvrijheid zelf.

Dat contractsvrijheid als uiting van private autonomie de zedelijke kern is van het contractsbegrip, correspondeert met wilsovereenstemming van partijen als juridisch vereiste voor het ontstaan van een overeenkomst. Die komt tot stand door wederzijdse instemming die erop gericht is een bepaald gewild rechtsgevolg te weeg te brengen. Daarmee heeft de vrijheid om te contracteren betrekking op méér aspecten dan alleen op de wilsovereenstemming ten aanzien van het *ontstaan* van het contract. Ze betreft ook de vrijheid om zélf de *inhoud* van het contract te bepalen en de *vorm* waarin het wordt aangegaan. Naarmate het

25 Ch.J.J.M. Petit, Overeenkomsten in strijd met de goede zeden, Leiden 1920.

26 Petit 1920, p. 62-63.

27 Vgl. P. Abas, Beperkende werking van de goede trouw, Deventer 1972, p. 96 v., over de ontwikkeling van redelijkheid en billijkheid van feitelijke vraag naar rechtsvraag, sinds 1923 vaste jurisprudentie van de Hoge Raad.

vrijheidsgehalte van één of meer van deze aspecten in het gedrang komt, verliest de zedelijke factor van de gebondenheid aan het zélf gegeven woord in het contractenrecht aan betekenis.[28]

Het uitgangspunt van de contractsvrijheid, dat partijen zich ten aanzien van het tot stand komen, de inhoud en de strekking van een overeenkomst economisch en maatschappelijk in een gelijkwaardige positie bevinden, strookt vaak niet met de realiteit. Naarmate dit besef een breder draagvlak heeft gekregen, zijn pogingen gedaan tot het keren van machtsmisbruik en is de roep om sociale wetgeving luider geworden. Dit heeft geleid tot steeds sterker en grootscheepser ingrijpen in de contractsvrijheid door de overheid. Maar naarmate dat gebeurt komt het zedelijk beginsel van gebondenheid aan het zélf gegeven woord als kern van het contractsbegrip onder druk te staan. Daarmee zijn we bij het probleem van het gelijktijdig en evenwichtig waarborgen van private en publieke autonomie van burgers in een sociale en democratische rechtsgemeenschap.

Naarmate het juridisch ingrijpen in de contractsvrijheid op bepaalde gebieden van het recht meer gebeurt in de vorm van sociale wetgeving, zoals in het arbeidsrecht en in het pacht- en huurrecht, is op díe via de formule van strijd met de openbare orde of de goede zeden. Zoals we dat in het vorige hoofdstuk hebben gezien bij de ontwikkeling van voorrangsregels in het ipr, neemt in het contractenrecht sociale wetgeving geleidelijk een gedeelte van de functie van het openbare orde en goede zeden begrip over.[29] Daarnaast ontstaan nieuwe algemene leerstukken die een deel van de doorwerking van moraal in het recht overnemen. Een voorbeeld daarvan is "misbruik van omstandigheden", een leerstuk dat direct voortvloeit uit het openbare orde en goede zeden begrip.[30]

Het onder de noemer strijd met de goede zeden in de rechtspraak ontwikkelde leerstuk van misbruik van omstandigheden was onder het regime van het oud BW slechts bij overeenkomsten aan de orde. In het nieuw BW is misbruik van omstandigheden een algemene grond voor vernietiging van vermogensrechtelijke rechtshandelingen. Misbruik van omstandigheden is aanwezig, wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander *door bijzondere omstandigheden, zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid,* abnormale geestestoestand of onervarenheid, bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling, het tot stand komen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behoren te weerhouden (artikel 3:44, lid 4 BW). Deze uitvoerige wettelijke uitwerking van de rechtsfiguur misbruik van omstandigheden is een mooi voorbeeld van het uitkristalliseren van morele beginselen via de openbare orde en goede zeden. Dat het begrippenpaar openbare orde en goede zeden zélf daarmee niet juridisch uitgewerkt is, blijkt uit de uitbreiding in het nieuw BW van de figuur van nietigheid bij strijd met de openbare orde en goede zeden tot alle rechtshandelingen. Maar

28 Vgl. J.H. Beekhuis, Contract en contractsvrijheid, rede, Groningen, Djakarta 1953.

29 Zie over bescherming van de zwakkere partij als "enige geheel nieuwe gerechtigheidsgedachte die zich na het tot stand komen van het oude wetboek in ons burgerlijk vermogensrecht een plaats heeft veroverd": G.E. Langemeijer, De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht, vijfde herziene druk, Zwolle 1985, p. 86 v.

30 Vgl. J.M. van Dunné, Verbintenissenrecht in ontwikkeling, Deventer 1987, p. 57 v.

het begrippenpaar openbare orde en goede zeden heeft niet het monopolie van doorwerking van moraal in het contractenrecht. De verhouding tot andere open rechtsnormen komt in de laatste paragraaf aan bod. Eerst wil ik in de volgende paragraaf Nieuwenhuis' "Drie beginselen van contractenrecht" vergelijken met drie beginselen van mensenrecht.

5. Drie beginselen van contractenrecht en drie beginselen van mensenrecht: een vergelijking

Nieuwenhuis betoogt dat de verbindende kracht van overeenkomsten berust op drie beginselen: het autonomiebeginsel, het vertrouwensbeginsel en het causa-beginsel.[31] Contractspartijen zijn bevoegd om desverkiezend rechtsbetrekkingen aan te knopen: een verwijzing naar het autonomiebeginsel. Het in dat kader opgewekt vertrouwen verdient bescherming: een verwijzing naar het vertrouwensbeginsel. De door de overeenkomst in het leven geroepen verbintenissen zijn van elkaar afhankelijk. Ze staan over en weer in een middel/doel-relatie: een verwijzing naar het causabeginsel. Als de contractsvrijheid wordt gezien als een mensenrechtelijk perspectief van private autonomie, dan is de vraag in hoeverre Nieuwenhuis' drie beginselen van contractenrecht sporen met drie beginselen van mensenrecht.

Als rechtvaardiging van de verbindende kracht van de overeenkomst hebben drie beginselen van contractenrecht een dubbele basis. Zij wortelen in de maatschappelijke werkelijkheid (de "realia" van het recht) én in de waarden die een samenleving tot leidraad heeft gekozen (de "idealia" van het recht). In een open proces van rechtsverwerkelijking werken rechtsbeginselen als sluizen waardoor de invloeden van de maatschappelijke werkelijkheid (realia van het recht) en van het waardenpatroon dat de rechtsgemeenschap tracht te verwezenlijken (idealia van het recht) het positieve recht binnen stromen, aldus Nieuwenhuis.[32]

Als realia van het contractenrecht beschrijft Nieuwenhuis vertrouwen, zekerheid, wederkerigheid, de overgang van "Gemeinschaft" naar "Gesellschaft" en institutionalisering.[33] De realiteitsbasis van vertrouwen, zekerheid en wederkerigheid wortelt in de economische orde van een samenleving. Met "Gemeinschaft" en "Gesellschaft" zijn uiteenlopende typen sociale betrekkingen bedoeld. Gemeinschaft drijft op gevoelde saamhorigheid (in familieverband bijvoorbeeld). Gesellschaft drijft op samenwerking op grond van beredeneerd eigenbelang. Overeenkomst als vorm van samenwerking is een noodzakelijke voorwaarde voor een arbeidsdeling die de grenzen van gevoelde saamhorigheid overschrijdt. Institutionalisering omschrijft Nieuwenhuis als de vorming van traditionele patronen van samenleving. Instituties zijn iets als "recepten" die dienst doen ter verlichting van de constante keuzedwang waarvoor mensen zich geplaatst zien. Om hun werk te kunnen doen moeten deze recepten soepel genoeg zijn om menselijke creativiteit niet volledig de kop in te

31 J.H. Nieuwenhuis, Drie beginselen van contractenrecht, Deventer 1979.
32 Nieuwenhuis 1979, p. 40 v.
33 Nieuwenhuis 1979, p. 47 v.

drukken. In het contractenrecht beschouwt Nieuwenhuis institutionalisering als tegenhanger van de wil van partijen.

Onder de idealia van het recht rangschikt Nieuwenhuis in de eerste plaats vrijheid en verder rechtvaardigheid, gelijkheid en lotsverbondenheid.[34] Vrijheid beschrijft hij in twee aspecten: het aspect van niet-inmenging door anderen en dat van zelf-ontplooiing. Bij rechtvaardigheid en gelijkheid gaat het er om, gelijke gevallen gelijk te behandelen en ongelijke gevallen ongelijk naar de mate van het verschil. Deze formele categorieën moeten ingevuld worden met behulp van een materieel criterium dat de neerslag vormt van het waardensysteem van een samenleving. Als een extern en onafhankelijk criterium ontbreekt, komt het volle gewicht op de procedure te liggen krachtens welke een criterium wordt vastgesteld.[35] Evenwicht in het onderhandelingsmechanisme en een gelijkwaardige positie van partijen vormen de beste garanties voor een evenwichtig resultaat, voor ruilrechtvaardigheid, aldus Nieuwenhuis. Met "lotsverbondenheid" als ideële factor bedoelt hij de verwevenheid van contractuele verplichtingen. Deze vormen als het ware elkaars "oorzaak", elkaars "fundament".[36] Het ideëel aspect van het vertrouwensbeginsel vat Nieuwenhuis samen in het ethisch postulaat "een man een man, een woord een woord."[37]

Als we nu drie beginselen van contractenrecht nog eens bekijken, dan is daar om te beginnen het autonomiebeginsel. Dat staat in het teken van het vrijheidsaspect zelf-ontplooiing. Naast een individuele dimensie heeft zelf-ontplooiing in de visie van Nieuwenhuis ook een sociale dimensie. In het contractenrecht gaat het met name om de sociale dimensie van zelf-ontplooiing. Voor het realiseren van hun levensplannen zijn mensen door alle tijden heen mede aangewezen op samenwerking met anderen. Het contract is een instrument om aan deze samenwerking gestalte te geven op basis van wederkerigheid. "Contractsvrijheid, de mogelijkheid om desverkiezend rechtsbetrekkingen aan te knopen, is niet slechts een ideaal (zo men wil ideologie) van het 19e-eeuwse liberalisme, zij wortelt tevens in de feitelijke, biologische geaardheid van de mens."[38] Geconstateerd kan worden dat het autonomiebeginsel aansluit bij vrijheid als beginsel van mensenrecht, in de dimensie van private autonomie.

Als tweede beginsel van contractenrecht stelt Nieuwenhuis het vertrouwensbeginsel voor. Gerechtvaardigd vertrouwen verdient bescherming, aldus Nieuwenhuis. In mijn optie voor een gespreksmodel van recht wordt het beginsel "trouw" primair ingevuld als "betrouwbaarheid" in de betekenis van het instaan voor het eigen woord. In Nieuwenhuis' leer is dat het ideële aspect van het vertrouwensbeginsel. Het is de verdienste van Nieuwenhuis dat hij de ideële en de reële basis van het vertrouwensbeginsel duidelijk naast elkaar zet. "Een overeenkomst is soms geldig, ondanks de omstandigheid dat de ene contractant die

34 Nieuwenhuis 1979, p. 52 v.
35 Nieuwenhuis 1979, p. 56-57 verwijst hier naar het sociaal contractmodel, in de politieke theorie van John Rawls.
36 Nieuwenhuis 1979, p. 59, verwijst naar HR 17 april 1914, NJ 1914 668.
37 Nieuwenhuis 1979, p. 42.
38 Nieuwenhuis 1979, p. 46-47 verwijst in dit verband naar Konrad Lorenz, die spreekt over de mens als "das unfertige Wesen" dat gedwongen is zijn levensplan in vrijheid te kiezen.

gebondenheid niet werkelijk wilde, op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij".[39] Gerechtvaardigd vertrouwen omvat ook in mijn visie zowel het ideële aspect van betrouwbaarheid als het reële aspect van het rechtens dragen van de consequenties van (de schijn van) betrouwbaarheid. Daarmee komt de invulling van het vertrouwensbeginsel als beginsel van contractenrecht overeen met trouw als beginsel van mensenrecht.

Resteert aan de ene kant het causabeginsel, aan de andere kant het beginsel zorg. Volgens Nieuwenhuis vormt het causabeginsel op twee wijzen tegenwicht ten opzichte van het autonomiebeginsel. De volwaardigheid van de autonomie is niet voldoende om de geldigheid van het contract aan te nemen. De onvolwaardigheid van de autonomie is niet voldoende om het contract ongeldig te verklaren.[40] Hij spreekt in dit verband over de "lotsverbondenheid" van de over en weer bedongen prestaties. Hieruit valt een zodanige zorgplicht van partijen ten opzichte van de verwevenheid van de overeengekomen prestaties op te maken, dat deze zorgplicht de verbindende kracht van de overeenkomst mede bepaalt. Daarmee ligt zorg als prijs van de contractsvrijheid aan de basis van het causabeginsel en is de vergelijking compleet. Geconcludeerd kan worden dat drie beginselen van contractenrecht sporen met drie beginselen van mensenrecht.[41]

6. Doorwerking van drie beginselen van mensenrecht in drie fasen: voor, tijdens en na het sluiten van het contract

Door de juridische constructie in het BW kan de rechtsfiguur openbare orde en goede zeden een cruciale rol spelen bij het *ontstaan* van de overeenkomst. Bij de *uitvoering* van de overeenkomst speelt een andere rechtsfiguur, de goede trouw, een centrale rol. Dat vloeit voort uit de bepaling van artikel 1374 lid 3 oud BW, dat overeenkomsten "te goeder trouw worden ten uitvoer gelegd." Volgens artikel 1375 oud BW verbindt de overeenkomst tevens tot al hetgeen door de billijkheid wordt gevorderd. In het nieuw BW is "goede trouw" vervangen door "redelijkheid en billijkheid" (artikel 6:248 BW). Een verschil in betekenis is daarmee niet beoogd. Ook tussen de termen redelijkheid en billijkheid onderling wordt in rechtspraak en literatuur doorgaans geen juridisch onderscheid gemaakt.[42]

39 Nieuwenhuis 1979, p. 66.

40 Nieuwenhuis 1979, p. 78.

41 Voor zover deze conclusie steekhoudend is, kan Nieuwenhuis' uitgebreide toepassing op belangrijke deelgebieden tevens dienst doen als illustratie van doorwerking van drie beginselen van mensenrecht in het Nederlandse contractenrecht. Zie Nieuwenhuis 1979, deel II.

42 Zie Hijma/Olthof, Compendium van het Nederlands vermogensrecht, zesde druk, Deventer 1996, p. 18 over de "verbintenisrechtelijke" goede trouw, die in het NBW niet langer goede trouw maar redelijkheid en billijkheid wordt genoemd (art. 6:2, 6:248, 6:258 BW en de uitwerking van 3:12 BW). Vgl. ook H.G. Van der Werf, Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht, Arnhem 1982, p. 19 met literatuurverwijzingen en Langemeijer 1985 p. 111 v.

De goede trouw, c.q. redelijkheid en billijkheid heeft in de fase van de uitvoering van de overeenkomst een aanvullende en een beperkende werking. De aanvullende werking dient om leemtes in het contract naar redelijkheid en billijkheid op te vullen. De beperkende werking dient als toets voor de wijze waarop de overeenkomst wordt uitgevoerd, om de contractsbepalingen niet te laten dienen "als vrijbrief voor onredelijk gedrag."[43] Van der Werf karakteriseert de werking van de goede trouw als het slaan van een brug tussen aan de ene kant het privaatrecht als dogmatisch stelsel met eigen wetmatigheden en aan de andere kant privaatrecht als middel om tot rechtvaardige oplossing van conflicten in het maatschappelijk verkeer te komen. Daarbij richt de goede trouw zich naar haar aard telkens naar de specifieke omstandigheden van het voorliggende geval. Steeds gaat het om een evenwichtige waardering van alle bij een overeenkomst betrokken belangen.[44]

De goede trouw in het contractenrecht wordt ook wel omschreven als het beginsel van de contractuele zorgvuldigheid.[45] Met deze koppeling van trouw aan zorg komt naar ik meen terecht ook de verplichting tot *betrouwbaarheid* van partijen over en weer naar voren en niet alleen het *vertrouwen* van partijen over hetgeen zij van elkaar mogen verwachten. Met De Kluiver spreekt mij meer aan "dat men niet vraagt wat een ander van een bepaalde persoon verwacht of waarop hij vertrouwt, maar dat men de vraag stelt waartoe een persoon "te goeder trouw" gehouden is mede in verband met zijn eerdere uitspraken of handelingen gelet op de context waarin die tot stand kwamen."[46] De Kluiver betoogt naar ik meen terecht dat een theorie waarin een al te grote plaats voor "vertrouwen" wordt ingeruimd ongewenst is, omdat ze geen recht doet aan de werkelijkheid, versluierend werkt en daardoor niet ongevaarlijk is. Hij ziet tweeërlei gevaren. "Enerzijds kan het vertrouwen zozeer worden geobjectiveerd dat al hetgeen men maatschappelijk wenselijk acht daaronder kan worden gevat. Anderzijds houdt een vertrouwensbegrip waarin het subjectieve vertrouwen centraal staat juist weer te weinig rekening met gerechtvaardigde maatschappelijke wensen."[47]

De goede trouw c.q. redelijkheid en billijkheid, gekoppeld aan een zorgvuldigheidsnorm, speelt niet alleen expliciet een rol in de fase van de *uitvoering* van het contract. In de huidige stand van het Nederlands contractenrecht is dat ook al in de *vóórfase* van de overeenkomst het geval. In het negentiende eeuwse contractsbegrip was daar geen sprake van. Dat klassieke contractsbegrip werd gekenmerkt door een strikte afbakening van vrijwillig aangegane contractuele gebondenheid in de tijd. Al hetgeen zich in de precontractuele fase tussen onderhandelende partijen afspeelde was rechtens niet relevant.

43 Van der Werf 1982, p. 14.

44 Van der Werf 1982, p. 14 met verwijzingen.

45 Van der Werf 1982, p. 18 bespreekt instemmend J.M. Van Dunné, Drie beginselen van contractenrecht, een boekbeschouwing, WPNR 5525, 1980, p. 458. Al in 1923 spreekt M.G. Levenbach, De spanning van de kontraktsband, Amsterdam 1923, p. 47 v., over de "zorg" van de debiteur als richtsnoer bij zijn eigen gedrag in verband met de vervulling van de overeenkomst. Vgl. over het "dubbel gebod" van goede trouw en zorgvuldigheid in de fase die aan het sluiten van het contract voorafgaat H.C.F. Schoordijk, Onderhandelen te goeder trouw, Deventer 1984, p. 14.

46 H.J. de Kluiver, Onderhandelen en privaatrecht, Deventer 1992, p. 37.

47 De Kluiver 1992, p. 37.

Geleidelijk is in rechtspraak en literatuur aandacht gegroeid voor de aan het sluiten van het contract voorafgaande fase. Precontractuele aansprakelijkheid voor onbehoorlijk gedrag van (één van) partijen wordt niet langer uitgesloten.[48]

Een doorbraak in het denken over aansprakelijkheid in het geval van afgebroken onderhandelingen heeft in Nederland in het begin van de jaren tachtig plaats. Het arrest Plas/Valburg van de Hoge Raad markeert deze doorbraak.[49] In deze zaak wordt de met de Gemeente Valburg over de bouw van een zwembad onderhandelende aannemer Plas door de Gemeente op het laatste moment gepasseerd. In zijn uitspraak onderscheidt de Hoge Raad meer in het algemeen twee stadia in onderhandelingen die rechtens van betekenis kunnen zijn. In beide stadia speelt de goede trouw een rol. In het eerste stadium acht de Hoge Raad de onderhandelingen nog niet zover gevorderd dat een afbrekende partij te goeder trouw deze niet meer had mogen afbreken, maar wél in een stadium dat zulk afbreken haar in de gegeven omstandigheden niet meer zou hebben opengestaan zonder de gemaakte kosten geheel of gedeeltelijk voor haar rekening te nemen. In het tweede stadium acht de Hoge Raad het niet uitgesloten dat de onderhandelingen zover gevorderd zijn dat het afbreken ervan onder de gegeven omstandigheden als in strijd met de goede trouw moet worden geacht, omdat partijen over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren. In zo'n situatie kán er volgens de Hoge Raad naast een verplichting tot vergoeding van kosten (eerste stadium) ook sprake zijn van een verplichting tot vergoeding van gederfde winst (tweede stadium).

Na het arrest Plas/Valburg wordt in juridische kringen intensief gediscussieerd over de vraag of een verbintenis tot schadevergoeding wegens afgebroken onderhandelingen kan worden gebaseerd op de goede trouw. De lagere rechtspraak aanvaardt dit in meerdere uitspraken. De Hoge Raad spreekt zich over de grondslag van een mogelijke vordering niet duidelijk uit.[50] In de Nederlandse rechtswetenschap schijnt zich een consensus af te tekenen, dat in geval van afgebroken onderhandelingen de goede trouw onder omstandigheden bron van verbintenissen kan zijn. De Kluiver sluit zich daarbij aan, maar twijfelt aan het nut van een beroep op de goede trouw. Beter dan de goede trouw kan hier volgens hem het leerstuk van de onrechtmatige daad dienst doen. Dit leerstuk kan enerzijds recht doen aan de economische eis van brede oriëntering en daarmee samenhangende vrijheid van onderhandeling. Anderzijds kan ook rechtens de voorwaarde gesteld worden dat een contractspartij onder bepaalde omstandigheden schade van de andere partij voor haar rekening neemt.[51]

Als naast of in plaats van de goede trouw de onrechtmatige daad in de precontractuele fase als rechtsgrond voor schadevergoeding wordt aangemerkt, wordt de maatschappelijke zorg-

48 Zie hierover uitgebreid, ook rechtsvergelijkend, De Kluiver 1992, p. 179 v. Volgens De Kluiver, p. 187, is Telders in 1937 (WPNR 3536/3537), de eerste die in Nederland een afzonderlijke beschouwing wijdt aan de problematiek van aansprakelijkheid bij afgebroken onderhandelingen.

49 HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723. Zie hierover De Kluiver 1992, p. 234 v. Zie ook Schoordijk 1984, p. 35 en p. 61 v.

50 De Kluiver 1992, p. 250 v.

51 De Kluiver 1992, p. 263.

vuldigheid in de gegeven omstandigheden ingevuld als contractuele zorgvuldigheid. In ieder geval liggen trouw en zorg in deze discussie in elkaars verlengde en bestrijken ze de kern van de problematiek. Zo gezien past deze discussie uitstekend in het onderzoek naar doorwerking van drie beginselen van mensenrecht in het contractenrecht. Maar deze doorwerking betreft de vóórfase en de uitvoeringsfase van het contract.

Mijn stelling is nu, dat bij doorwerking van drie beginselen van mensenrecht in de precontractuele fase en in de uitvoeringsfase van het contract, deze beginselen óók doorwerken in de fase van de contractsluiting zélf. Als deze stelling opgaat, dan kunnen drie beginselen van mensenrecht in die fase doorwerken via de rechtsfiguur openbare orde en goede zeden. Dát de stelling opgaat is te meer aannemelijk, als het contract wordt gezien als een zich in de tijd ontwikkelende dynamische relatie waaruit rechtens relevante verplichtingen kunnen voortvloeien.[52] Uitgangspunt in deze benadering is het *systeem* van het vermogensrecht. Een aantal afwegingsfactoren kunnen daarbij dienst doen als richtpunten voor het vaststellen van gehoudenheid.[53]

Uitgaande van ontwikkelingen in de Nederlandse, Engelse en Amerikaanse rechtspraak formuleert Van Erp als afwegingsfactoren: "(a) ontstane eenzijdige of meerzijdige verwachtingen; (b) eenzijdig of meerzijdig vertrouwen; (c) het voordeel dat iemand als gevolg van de ontstane verwachtingen respectievelijk het ontstane vertrouwen heeft genoten; (d) het nadeel dat iemand heeft geleden of het voordeel dat men heeft laten varen als gevolg van de ontstane verwachtingen respectievelijk het gewekte vertrouwen; (e) overeenstemming tussen de betrokkenen; (f) normen van maatschappelijke zorgvuldigheid respectievelijk redelijkheid en billijkheid; (g) beleidsoverwegingen."[54]

Op één na kunnen de genoemde afwegingsfactoren teruggebracht worden tot het afwegen van betrokken belangen (factoren c en d) in onderling verband en in samenhang met de werking van de achterliggende beginselen vrijheid (factor e), trouw (factoren a en b) en zorg (factor f). Dat de afwegingsfactor beleidsoverwegingen (g) zonder nadere concretisering niet onder te brengen is, wijst er naar ik meen niet op dat de beginselen van mensenrecht een te beperkte reikwijdte hebben. Het wijst er met het oog op rechtsbescherming wél op dat gewaakt moet worden tegen een eerder instrumentele dan mensenrechtelijk georiënteerde invulling van beleidsoverwegingen.

Samenvattend kan gezegd worden dat drie beginselen van mensenrecht alle relevante aspecten bestrijken van een belangenafweging die past in het systeem van het Nederlandse contractenrecht. De begrippen goede trouw, redelijkheid en billijkheid en (contractuele) zorgvuldigheid brengen in onderling verband en samenhang deze beginselen juridisch tot

52 Zie J.H.M. van Erp, Contract als rechtsbetrekking, Zwolle 1990, p. 284-285. Vgl. over een dynamisch systeem van verbintenissen ook Schoordijk 1984.

53 Van Erp 1990, p. 294 v. Uitgangspunt bij de vraag of in een concreet geval sprake is van een gehoudenheid en wat daarvan de inhoud is, is HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548, Quint/Te Poel. Daarin verwijst de Hoge Raad naar het stelsel van de wet bij het zoeken van aansluiting bij wél in de wet geregelde gevallen.

54 Van Erp 1990, p. 295.

uitdrukking in de precontractuele fase en in de uitvoeringsfase van het contract. Het begrippenpaar openbare orde en goede zeden doet dat in de fase van het sluiten van het contract.

PUBLIEKRECHT

1. Inleiding

Ook bij het bespreken van publiekrechtelijke onderwerpen ga ik uit van samenhang tussen de juridische ontwikkeling van het openbare orde begrip en een geleidelijk sterker wordende oriëntering op mensenrecht. In dit licht wordt ook de in het vorige hoofdstuk naar voren gekomen samenloop van een afwerende en een opleggende functie van het openbare orde begrip nader bekeken.

Als staatsrechtelijk onderwerp komt het verenigingsrecht aan bod, zoals dat sedert 1848 in de Nederlandse Grondwet staat. Deze keuze ligt voor de hand, omdat artikel 8 (grondrecht tot vereniging) het enige artikel in de huidige Nederlandse Grondwet is waarin het begrip openbare orde als beperkingscriterium ten aanzien van een grondrecht wordt gebruikt.[1] Vanwege de publiekrechtelijke aard en het vanuit democratisch oogpunt vitaal belang spits ik de bespreking toe op het verenigingsrecht van politieke partijen (par. 2). Als bestuursrechtelijke onderwerpen vergelijk ik algemene beginselen van behoorlijk bestuur met drie beginselen van mensenrecht (par. 3) en bespreek ik het politiebegrip openbare orde (par. 4). Bespreking van het strafrecht, dat als specifieke bescherming van de rechtsorde als geheel "van openbare orde" kan worden beschouwd, beperk ik tot misdrijven en overtredingen betreffende de openbare orde en de zeden in het Wetboek van Strafrecht (par. 5).

2. Het openbare orde begrip in het verenigingsrecht van politieke partijen[2]

In 1848 wordt het verenigingsrecht samen met het recht tot vergadering in artikel 10 van de Grondwet opgenomen: "Het regt der ingezetenen tot vereeniging en vergadering wordt erkend. De wet regelt en beperkt de uitoefening van dat regt in het belang der openbare

1 Sedert 1983 staan de rechten tot vergadering en betoging als koppel in artikel 9 Grondwet. Voorheen werden de rechten tot vereniging en vergadering in één adem genoemd en was het recht van betoging niet in de grondwet opgenomen. In het huidige artikel 9 Grondwet is ten aanzien van de rechten van vergadering en betoging de beperkingsformule "in het belang van de openbare orde" verengd tot "ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden". Ten aanzien van het recht tot vereniging, dat sedert 1983 in artikel 8 Grondwet staat, is dat niet gebeurd.

2 In deze paragraaf maak ik gebruik van het proefschrift van J.A.O. Eskes, Repressie van politieke bewegingen in Nederland, Een juridisch-historische studie over het Nederlandse publiekrechtelijke verenigingsrecht gedurende het tijdvak 1798-1988, Zwolle 1988. Zie ook mijn recensie van dit proefschrift in Publiek Domein 1989, p. 337-340.

orde."[3] Het artikel betreft zowel verenigingen van privaat- als van publiekrechtelijke aard.[4] Tijdens de parlementaire behandeling van een in 1850 ingediend ontwerp van een uitvoeringswet wordt de openbare orde formule in het grondwetsartikel gehekeld vanwege de zeer ruime beperkingsmogelijkheid. "Het artikel had schrik en angst verwekt. Waarom? Omdat het recht van vereeniging en vergadering daarbij *erkend* werd. (...) Ziet gij dan niet dat de tweede zinsnede de eerste wegcijfert? Dat de gewone wetgever geheel vrij blijft, om te nemen niet alleen repressieve, maar ook preventieve maatregelen; in het belang, dat is, voor het nut, der openbare orde; dat met die tweede zinsnede elk dwangmiddel verdedigbaar is."[5]

Na het mislukken van het eerste ontwerp uitvoeringswet is in een nieuw ontwerp (1854-1855) het oprichten van verenigingen vrij: "Tot de oprigting eener vereeniging wordt geene magtiging gevorderd." (artikel 1). Volgens artikel 2 is de vereniging die strijdig is met de openbare orde verboden. In artikel 3 wordt met de openbare orde strijdig geacht elke vereniging welke tot doel heeft: "1) ongehoorzaamheid aan of overtreding van de wet of eene wettelijke verordening; 2) aanranding of bederf der goede zeden; 3) stoornis in de uitoefening der regten, van wie het ook zij."[6] Volgens artikel 4 wordt deelneming aan een verboden vereniging strafbaar verklaard, als strijdig met de openbare orde.[7] Over dit repressief stelsel ten aanzien van verboden verenigingen, dat in handen van de strafrechter wordt gelegd, is het parlement tevreden.

Het in het wetsontwerp opgenomen rechtspersoonlijkheidsregime krijgt forse kritiek. Een van de punten van kritiek richt zich op de maatstaf die gehanteerd moet worden bij het weigeren van de rechtspersoonlijkheid: "gronden ontleend aan het algemeen belang." Gevreesd wordt dat dit zeer ruim weigeringscriterium in handen van de bestuurlijke overheid kan leiden tot willekeur bij het beperken van het recht van vereniging als politiek grondrecht.[8] Ondanks deze kritiek wordt het ontwerp in het parlement aanvaard. De regeling gaat de geschiedenis in als Wet van 22 april 1855 (S.32) tot regeling en beperking der uitoefening van het regt van vereeniging en vergadering (WVV).

3 Zie over artikel 10 Grondwet 1848 en de daarop gebaseerde Wet Vereniging en Vergadering 1855 ook hoofdstuk 5, par. 3.

4 Op één uitzondering na - artikel 18 van de Staatsregeling voor de Bataafsche Republiek van 1798 - heeft de Nederlandse wetgever er steeds van afgezien regelingen tot stand te brengen die exclusief gericht zijn op politieke partijen. De op artikel 18 van de Staatsregeling 1798 gebaseerde strafbepalingen tegen "verstoorders van de publieke rust" geven strafmodaliteiten als strenge geseling, brandmerk, gevangenisstraf, verbanning en doodstraf. Deze regeling was geen lang leven beschoren. De Staatsregeling van 1801 laat elke regeling betreffende het verenigingsrecht achterwege. Eskes 1988, p. 11.

5 Handelingen II 1850-1851, p. 1138 rechter kolom (Groen van Prinsterer). Minister van binnenlandse zaken is Thorbecke. Eskes 1988, p. 29-43.

6 Definitieve tekst, na enkele wijzigingen, zie H II 1854-1855, p. 63, p. 323, p. 556-557; Eskes 1988, p. 33. Zie ook hfdst. 5, par. 3.

7 Deze strafbepaling is later ondergebracht in artikel 140 van het Wetboek van Strafrecht.

8 De door Thorbecke en anderen gesignaleerde mogelijkheid van willekeur is in de praktijk herhaaldelijk werkelijkheid geworden. Zie over toepassing van de WVV in de periode 1855-1930 Eskes 1988, p. 45-88.

Het rechtspersoonlijkheidsregime in de WVV blijkt inderdaad te werken als een instrument waarmee het overheidsbestuur staatsgevaarlijk geachte en andere ongewenste verenigingen het leven moeilijk kan maken, terwijl de verbodenverklaring als zwaarste middel vermeden kan worden. Toch werkt het openbare orde begrip uit het verbodsregime door in het algemeen belang criterium bij het weigeren van de rechtspersoonlijkheid. De redenering loopt als volgt. De bestuurlijke overheid ziet het als haar plicht om een vereniging die "gevaar in zich sluit voor de openbare orde en goede zeden" de rechtspersoonlijkheid te weigeren "op gronden ontleend aan het algemeen belang."[9]

In 1939 wordt de WVV aangescherpt. In de periode van 1855 tot 1939 wordt het zwaarste middel, verbodenverklaring, maar één keer ingezet. Dat is in 1894, in het geval van de Sociaal-Democratische Bond (SDB).[10] Daarbij geven rechterlijke instanties blijk van grote terughoudendheid in de omgang met het verbodsregime.[11] Na meerdere terugverwijzingen wordt het doel van de SDB tenslotte strijdig geacht met de openbare orde als dat zonneklaar blijkt uit een door de partijleden goedgekeurde resolutie. Daarin verklaart de SDB een revolutionaire partij te zijn die "de omverwerping der bestaande maatschappelijke orde beoogt met alle hare ten dienste staande onwettelijke of wettelijke, vredelievende of gewelddadige middelen."[12] Naar aanleiding van het SDB-verbod maakt Eskes attent op een krachtig argument om de verstrekkende beslissingsbevoegdheid betreffende het verboden karakter van verenigingen toe te wijzen aan de rechter. Het betreft het argument dat bestuurlijke onregelmatigheden die wij tegenwoordig als strijdig met algemene beginselen van behoorlijk bestuur zouden aanmerken, niet gecorrigeerd zouden kunnen worden door enig systeem van rechterlijke controle. "Bestuurlijke beslissingen waren - voor zover niet (in zeldzame gevallen) in administratief beroep was voorzien - in de negentiende eeuw volstrekt onaantastbaar."[13]

Met het oog op het dreigende gevaar van het nationaal-socialisme[14] stelt Van den Bergh in 1936 de principiële kwestie aan de orde van "partijen, die uitsluitend met wettige middelen aan de democratie een einde willen maken (...), om dan door wijziging van wet en Grondwet onze democratische staat in een dictatoriale te veranderen."[15] Hij baseert zijn verwerping van de "relativistische" of "waardevrije" democratie-opvatting op "één fundamenteel en principieel verschil tussen democratische en niet-democratische partijen: de laatste categorie streeft naar die ene beslissing, die de democratie haar mogelijkheid van "zelfcorrectie" ontneemt en dan gaat het om de beslissing, die de democratie zelf opheft."[16]

9 Het betreft de weigering van de rechtspersoonlijkheid aan de Nieuw-Malthusiaansche Bond bij Ministeriële beschikking van 4 juni 1927, WvhR, 11666, p. 4. Zie hierover Eskes 1988, p. 82-86.
10 Al in 1884 was de SDB de rechtspersoonlijkheid geweigerd. Eskes 1988, p. 46 v.
11 Zie bij voorbeeld Hof Arnhem, 5 mei 1893, WvhR 6334; Eskes 1988, p. 51.
12 Tekst weergegeven in uitspraak HR 3 december 1894, WvhR 6585. Eskes 1988, p. 49/50.
13 Eskes 1988, p. 55.
14 Zie over de jaren dertig Eskes 1988, p. 89-282.
15 G. van den Bergh, De democratische Staat en de niet-democratische partijen, Inaugurele rede (Univ. Amsterdam), 1936, p. 6; Eskes 1988, p. 249.
16 Van den Bergh 1936, p. 6; Eskes 1988, p. 249.

Op zoek naar mogelijkheden om op te treden tegen niet-democratische partijen komt Van den Bergh bij het tweede punt van de omschrijving van het openbare orde criterium in artikel 3 van de WVV 1855: een doel dat gericht is op "aanranding of bederf der goede zeden".[17] Dit verbodsmotief kan volgens hem de rechtsgrond opleveren om fundamentele zedelijke beginselen - hij noemt de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en het beginsel van gelijkheid voor de wet - via het openbare orde criterium te laten doorwerken. Door het negeren van de eerbied voor de persoonlijkheid van ieder mens bedreigt de dictatuur-gedachte van niet-democratische partijen in zijn opvatting elk van deze drie zedelijke beginselen.

In een in 1939 doorgevoerde wijziging van de WVV[18] wordt het juridisch instrument van de verbodenverklaring aangescherpt. In de nieuwe opzet zit de verbodsbeslissing niet meer in een rechtsoverweging van de strafrechter, maar krijgt ze zelfstandige betekenis, als een declaratoire beschikking van de burgerlijke rechter. Op basis daarvan kan dan eventueel een strafvervolging tegen deelnemers aan de verboden vereniging worden ingesteld. In de aanhef van artikel 3 WVV komt een toevoeging.[19] Naast het *doel* mag nu ook de *feitelijke werking* van de vereniging niet strijdig zijn met de openbare orde.[20] In de volgende opmerking in de Memorie van Toelichting is bevestiging te vinden voor een oriëntatie aan fundamentele zedelijke beginselen, zoals door Van den Bergh bepleit. "Het wezenlijke in de rechtsstaatgedachte is: dat de Staat zelf rechten erkent, die aan zijn bevoegdheid voorafgaan, en dat ook hij zich gebonden weet aan hoogere normen, zoodat het positieve recht niet is product van den wil van den wetgever alleen".[21]

In de periode na de tweede wereldoorlog tot 1976 wordt de WVV met het oog op aanpassing aan de internationale rechtsorde twee maal gewijzigd.[22] Een in 1968 ingediend wetsontwerp betreft het verbodsregime en houdt verband met het Verdrag van New York van 7 maart 1966 inzake de uitbanning van elke vorm van rassendiscriminatie.[23] Waar in dit wetsontwerp voorgesteld wordt om praktisch alle vormen van rassendiscriminatie strafbaar te stellen[24] lijkt aanpassing van artikel 3 WVV overbodig. De verbodsgronden

17 Van den Bergh 1936, p. 19; Eskes 1988, p. 250.

18 Wet van 13 mei 1939, S. 200.

19 Op toevoegingen aan artikel 3 die de Tweede Kamer als van "conjuncturele aard" beschouwde ga ik hier niet in. Het gaat om buitenlandse bindingen van Nederlandse politieke partijen. Voor dit deel van de wijziging werd een werkingsduur tot 1 januari 1944 in de wet vastgelegd. Juist die "vreemdelingen", die men met deze bepalingen uit de Nederlandse politiek wilde weren, hadden binnen een jaar na het inwerkingtreden van de wet de macht!", aldus Eskes 1988, p. 278.

20 Deze verscherping en uitbreiding van de bestaande verbodsnorm gaat een stap verder dan de jurisprudentie in die tijd. Daarin was al vastgelegd dat een "doel" ook als "feitelijk doel" kon worden vastgesteld aan de hand van de "werkzaamheid" van een associatie. Zie al HR 11 januari 1909, WvhR 8797 (Club International de Bienfaisance); Eskes 1988, p. 266.

21 H II 1937-1938, 475.3, p. 3; Eskes 1988, p. 263-264.

22 De eerste wijziging (Wet van 10 december 1964, S. 42) betreft het rechtspersoonlijkheidsregime en is bedoeld om te voldoen aan het "Verdrag van San Francisco" over vakverenigingsrecht, goedgekeurd bij wet van 8 december 1949, Stb. J 538. Eskes 1988, p. 378 v.

23 H II 1967-1968, 9724, 1-2. Eskes 1988, p. 383 v.

24 Zie daarover hierna par. 5.

overtreding van de wet of aantasting of bederf der goede zeden lijken immers alle vormen van rassendiscriminatie via het openbare orde criterium te kunnen opvangen. Mede met het oog op het internationaal forum bestaat echter behoefte aan duidelijkheid. Bij Wet van 18 februari 1971, S.96, wordt als vierde verbodsgrond aan artikel 3 WVV toegevoegd: "het bedrijven, in stand houden of bevorderen van discriminatie van mensen volgens hun ras." Voor een omschrijving van discriminatie wordt verwezen naar het Wetboek van Strafrecht."[25]

In 1976 wordt het hele verenigingsgedeelte van de staatsrechtelijke WVV overgeheveld naar het nieuw BW,[26] "een cruciaal moment in de geschiedenis van ons publiekrechtelijk verenigingsrecht en in het bijzonder van het verbodsregime."[27] In de privaatrechtelijke sfeer waarin de herziening van het Burgerlijk Wetboek wordt behandeld, komt de in de WVV sedert 1939 geregelde declaratoire uitspraak van de verbodenverklaring te vervallen. Het openbare orde criterium overleeft de verhuizing van de WVV naar het BW. Artikel 15 van het in 1976 ingevoerde boek 2 BW luidt: "Een rechtspersoon is verboden, wanneer haar doel of werkzaamheid in strijd is met de openbare orde of de goede zeden."

De behoefte aan een eerste toepassing van het nieuwe verbodsregime op een politieke partij laat niet lang op zich wachten. Het betreft de grof op racistische gevoelens inspelende Nederlandse Volks-Unie (NVU).[28] In december 1977 vordert de officier van justitie bij de Rechtbank in Amsterdam ontbinding van de NVU wegens de verboden aard van de partij, waarvan het doel en/of de werkzaamheid in strijd is met de openbare orde en/of de goede zeden. Bij beschikking van 8 maart 1978[29] wijst de Rechtbank Amsterdam de vordering tot ontbinding af. De Rechtbank aarzelt niet de NVU in een rechtsoverweging als een verboden vereniging te kwalificeren. Een ontbinding alleen van de NVU mist volgens de Rechtbank echter elke betekenis, nu de NVU zo nauw verbonden is met de "Stichting tot Steun en Toezicht op de Nederlandse Volks-Unie" dat de rechten en verplichtingen van de NVU uitsluitend aan deze stichting toekomen. De Hoge Raad oordeelt dat de overweging van de Rechtbank over het verboden karakter van de NVU, anders dan de Rechtbank meent, rechtens geen consequenties heeft.[30] Met deze uitspraak van de Hoge Raad is de totale mislukking van de justitiële actie tegen de racistische NVU een feit.

De ongelukkige NVU-uitspraak wordt aanleiding voor een wijziging van het verbodsregime in het BW. Een daartoe in 1982 door minister van justitie De Ruiter aan de Tweede Kamer aangeboden wetsontwerp (17476) wordt buitengewoon slecht ontvangen.[31]

25 Art. 3, tweede lid WVV, jo art. 90quater WvS. Zie ook hierna par. 5.
26 Wet van 8 april 1976, S. 229.
27 Eskes 1988, p. 414. Op p. 411-435 geeft hij een uitgebreid juridisch-historisch overzicht van de totstandkoming van boek 2 BW, ook over de schermutselingen over privaat- of publiekrechtelijke inbedding van het verenigingsrecht.
28 Over het optreden tegen de NVU, Eskes 1988, p. 435-460.
29 NJ 1978, 281, m.nt. Maeijer.
30 HR 9 maart 1979, NJ 363, m.nt. Maeijer.
31 Over de reparatie van het verbodsregime in het BW (1982-1988) Eskes 1988, p. 481-564.

Maar in de op 13 november 1984 aangeboden Memorie van Toelichting geeft minister van justitie Korthals Altes aanvaardbare antwoorden op de lawine van door de Tweede Kamer gestelde vragen. Het veelvuldig verwijt van de vaagheid van de verbodsgrond "strijd met de openbare orde of de goede zeden" pareert hij door de fundamentele discussie daarover bij het tot stand komen van boek 2 BW in herinnering te brengen.[32] "Korthals Altes kon in dit verband met instemming wijzen op de interpretatieve uitspraken van zijn voorganger Samkalden in 1953, die voor het BW-verbodsregime in vergelijking met de WVV een duidelijke *verenging* van het verbodscriterium hadden opgeleverd, in die zin dat het in ieder geval: a. beperkter was dan strijd met de wet en b. beperkter was dan aantasting van andermans rechten."[33]

In alinea 8 van de Memorie van Antwoord geeft de minister een nadere explicatie ten aanzien van de verbodsgrond "openbare orde of de goede zeden", die volgens hem de kern raakt van wat met de verbodsgrond wordt beoogd.[34] Naast een aantal voorbeelden geeft hij in deze passage op twee plaatsen een algemene normering van het verbodsoptreden. Het moet gaan om "handelingen die inbreuk maken op de algemeen aanvaarde grondvesten van ons rechtsstelsel" of om "een aantasting van de als wezenlijk ervaren beginselen van ons rechtsstelsel die, indien op grote schaal toegepast, ontwrichtend zou blijken voor de samenleving." De uitleg van de minister krijgt in de Tweede Kamer praktisch volledige instemming. De grotendeels samenvallende abstracte normen hebben volgens Eskes het openbare orde-criterium in artikel 15 (thans artikel 20) boek 2 BW een vastere en duidelijkere omlijning gegeven dan het ooit eerder bezat.[35]

Artikel 20 boek 2 BW, zoals gewijzigd bij Wet van 17 maart 1988 luidt: "1. Een rechtspersoon waarvan de werkzaamheid in strijd is met de openbare orde, wordt door de rechtbank op vordering van het openbaar ministerie verboden verklaard en ontbonden. 2. Een rechtspersoon waarvan het doel in strijd is met de openbare orde, wordt door de rechtbank op vordering van het openbaar ministerie ontbonden. Alvorens de ontbinding uit te spreken kan de rechtbank de rechtspersoon in de gelegenheid stellen binnen een door haar te bepalen termijn zijn doel zodanig te wijzigen dat het niet meer in strijd is met de openbare orde."

Met het schrappen van de woorden "of met de goede zeden" in de verbodsbepaling in het BW wordt aansluiting gezocht bij de beperkingsclausule in het grondwetsartikel. Het in artikel 8 Grondwet 1983 voorkomende begrip openbare orde omvat mede het begrip goede zeden, zo blijkt uit de beraadslagingen.[36] Artikel 8 Grondwet 1983 luidt: "Het recht tot vereniging wordt erkend. Bij de wet kan dit recht worden beperkt in het belang van de openbare orde." Letterlijk genomen geeft de grondwetgever met deze tekst de wetgever tot vandaag de dag carte blanche voor de invoering van de meest ingrijpende beperkingen op

32 H II 1984-1985, 17476, 5, p. 2.
33 Eskes 1988, p. 507.
34 H II 1984-1985, 17476, 5, p. 3.
35 Eskes 1988, p. 508-509.
36 Handelingen II 1976-1977, p. 2201.

het verenigingsrecht, tot zelfs een preventief toezicht toe. [37] Daarover merkt Eskes naar ik meen terecht op dat niet goed voor te stellen is dat de wetgever van deze bevoegdheid ooit nog gebruik zou (willen) maken. Maar, ook daarin geef ik Eskes gelijk, "voor het plaatsen van een grondrecht onder de hoge rechtsmacht van de Grondwet blijft wezenlijk dat niet afgegaan wordt op (vermoede of verwachte) intenties van de gewone wetgever."[38]

Wat heeft de bespreking van het verenigingsrecht van politieke partijen opgeleverd voor de vraag naar doorwerking van drie beginselen van mensenrecht via het begrip openbare orde? Mij lijkt dat de opmerking van Van den Bergh in 1936 over de eerbied voor de persoonlijkheid van ieder mens het meest pregnant de morele kern van het beginsel vrijheid raakt. In het criterium dat de democratie haar mogelijkheid van "zelfcorrectie" niet ontnomen mag worden komen vrijheid, zorg en trouw samen: het daadwerkelijk zorgvuldig en betrouwbaar instaan voor de gelijkwaardige vrijheid van ieder in een democratische samenleving. In deze geest wordt de doorwerking van fundamentele zedelijke beginselen in het openbare orde begrip bevestigd bij de wijziging van de WVV in 1939.

En hoe staat het met het gelijkheidsbeginsel? Wijst de uitbreiding van de wettelijke omschrijving van "strijd met de openbare orde" in artikel 3 WVW in 1971 met het verbod van rassendiscriminatie niet expliciet op doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in het begrip openbare orde? Zeker. Maar de wettelijke omschrijving van discriminatie, als aantasting van rechten van de mens en fundamentele vrijheden,[39] bevestigt óók mijn stelling dat het bij het gelijkheidsbeginsel gaat om gelijkwaardige vrijheid, zorg en trouw (als beginselen van mensenrecht) ten aanzien van ieder. In mijn concept komt het aspect van gelijkwaardigheid expliciet tot uitdrukking in de eis van alpartijdigheid.

Het inruilen van de vier verbodsgronden van artikel 3 WVV voor de formule "openbare orde of de goede zeden", bij de verhuizing naar boek 2 BW in 1976, past in de ontwikkelingslijn van doorwerking van fundamentele zedelijke beginselen. Met het in aansluiting op artikel 8 Grondwet 1983 laten vervallen van de woorden "of de goede zeden" in artikel 20 boek 2 BW (1988) kan de wettelijke erkenning van doorwerking van zedelijke beginselen in het openbare orde begrip zélf als voltooid worden beschouwd. De geschiedenis van het openbare orde begrip in het politiek verenigingsrecht laat zien dat respect voor individuele en collectieve vrijheid, waaronder ook die van politieke partijen zelf, in dit begrip steeds duidelijker op de voorgrond komt. Aspecten van zorgvuldigheid (zoals bij het uitbannen van vormen van discriminatie) en betrouwbaarheid (zoals bij het streven om halfslachtigheid en willekeur te vermijden bij het aanpakken van niet-democratische politieke partijen) zijn daar onverbrekelijk mee verbonden.

37 H II 1976-1977, 13872.7, p. 32.

38 Eskes 1988, p. 461.

39 Artikel 90quater Wetboek van Strafrecht, waarnaar in artikel 3 lid 2 WVV (1971) wordt verwezen. Zie daarover ook par. 5 van dit hoofdstuk. Een opmerking in de Memorie van Toelichting bij de wijziging van de WVV, dat een verbod van rassendiscriminatie een plaats zou verdienen in de Grondwet, heeft mede geleid tot de formulering van het gelijkheidsbeginsel in artikel 1 van de in 1983 gewijzigde Grondwet. Eskes 1988, p. 385, noot 360.

Ten aanzien van functies van het openbare orde begrip hebben we in het ipr en in het contractenrecht gezien dat de afwerende functie van de formule "strijd met de openbare orde" niet alleen beperkend, maar ook beschermend werkt ten aanzien van vitale rechtsbelangen. In het verenigingsrecht blijkt dat niet anders te zijn. Een voorbeeld van het samenvloeien van de afwerende en opleggende functies van het openbare orde begrip is artikel 20 boek 2 BW. Als de rechtbank gebruik maakt van de mogelijkheid om een politieke partij de gelegenheid te geven haar doel zodanig te wijzigen dat het niet meer in strijd is met de openbare orde vloeien de verschillende functies van het openbare orde begrip samen in een bemiddelende, mensenrechtelijk georiënteerde beschermingsfunctie.

3. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in verhouding tot drie beginselen van mensenrecht

In de eerste decennia van deze eeuw staan in een "antagonistisch vaderschap" de Amsterdamse hoogleraar Struycken en diens Leidse collega Krabbe aan de wieg van de beginselen van behoorlijk bestuur.[40] In de jaren dertig wordt de golf van "stormachtige" wetenschappelijke aandacht voor ongeschreven normen van behoorlijk bestuur gebroken door een reactie die gericht is op beperking van rechterlijke bemoeienis met het bestuur.[41] Tijdens de tweede wereldoorlog is het Scheidsgerecht voor de Voedselvoorziening de eerste administratieve rechter die openlijk zijn toevlucht zoekt tot ongeschreven beginselen van bestuurlijke behoorlijkheid.[42] In 1950 duikt het begrip "algemene beginselen van behoorlijk bestuur" (abbb) op in het rapport van de door de regering ingestelde Commissie van advies inzake verhoogde rechtsbescherming (Commissie-De Monchy).[43] In 1952 introduceert de Kroon het begrip in de jurisprudentie,[44] in 1954 verschijnt het in de wetgeving. In artikel 5 van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie (Wet-Arbo) worden als beroepsgronden opgenomen: a) strijd met een algemeen verbindend voorschrift, b) kennelijk misbruik van bevoegdheid, c) dat de overheid bij afweging van de betrokken belangen niet in redelijkheid tot het besluit of de handeling heeft kunnen komen of d) besloten of gehandeld heeft in strijd met enig in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur.

In zijn in 1952 voor de Nederlandse vereniging voor Administratief Recht geschreven preadvies vat Wiarda de abbb op als "ethische tendenzen" die aan het bestuursrecht ten

40 P. Nicolaï, Beginselen van behoorlijk bestuur, proefschrift, Amsterdam 1990, p. 11-24. Zie voor een recensie C.J. Bax in NJB 1991, p. 779-783. Het "antagonistisch vaderschap" betreft A.A.H. Struycken, Administratie of rechter, Arnhem 1910 en H. Krabbe, Administratieve Rechtspraak - Bijdrage, Groningen 1901; De moderne Staatsidee, 's-Gravenhage 1915.

41 Nicolaï 1990, p. 39-52.

42 Nicolaï 1990, p. 54 v., beschrijft hoe daarna ook de burgerlijke rechter en de Centrale Raad van Beroep "op ontdekkingstocht gaan".

43 Het voorstel van deze Commissie wordt later verwerkt in de Wet beroep administratieve beschikkingen (Wet-Bab, 1964). In 1976 wordt deze wet vervangen door de Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (Wet-Arob), die op haar beurt in 1994 is vervangen door de Algemene wet bestuursrecht.

44 KB 17-01-1952, Stb.1952, 32; Nicolaï 1990, p. 73.

grondslag liggen.[45] In zijn inventarisatie van rechtspraak komt hij tot de beginselen van fair play, zorgvuldigheid, zuiverheid van oogmerk, evenwichtigheid en rechtszekerheid. Met fair play vat hij de eisen samen van een eerlijke procedure, waarin de onpartijdigheid van het bestuur en de gelegenheid voor de burger om voor zijn betrokken belangen op te komen gewaarborgd worden. Bij het beginsel zorgvuldigheid denkt Wiarda in de eerste plaats aan eisen van procedurele nauwkeurigheid en oplettendheid. In een ruimere opvatting denkt hij ook aan een inhoudelijk zorgvuldige afweging van belangen. Zuiverheid van oogmerk bekijkt hij aan de positieve en aan de negatieve kant. De bestuurshandeling moet gericht zijn op het doel waarvoor de bevoegdheid is verleend (positief) en er mogen geen andere doelstellingen als hoofd- of nevenoogmerk in het spel zijn (negatief). Het beginsel van evenwichtigheid ziet op evenredigheid in de verhouding tussen algemeen en bijzonder belang en op evenwichtigheid in de verhouding tussen de beslissing in het gegeven geval en die in vergelijkbare gevallen. Het rechtszekerheidsbeginsel heeft volgens Wiarda de algemene strekking dat gerechtvaardigde belangen behoren te worden gehonoreerd.

In verhouding tot drie beginselen van mensenrecht is Wiarda's fair play beginsel in eerste lijn terug te voeren tot procedurele vrijheid (openheid en eerlijkheid van informatie en communicatie). Zijn zorgvuldigheidsbeginsel valt uiteraard onder zorg, evenals de positieve kant van zijn beginsel zuiverheid van oogmerk. Negatief gezien valt zuiverheid van oogmerk met het oog op betrouwbaar bestuurshandelen in de eerste plaats onder trouw. Het evenwichtigheidsbeginsel is in mijn model terug te vinden in de eis van alpartijdigheid. Wiarda's omschrijving van het rechtszekerheidsbeginsel is te beschouwen als een specificatie van het beginsel trouw, in een betekenis van stelselmatigheid van bestuursbeleid en daarop gebaseerd betrouwbaar bestuurshandelen in het individuele geval.

In de evolutie van beginselen van abbb wordt het belang van de "compenserende" functie van deze beginselen in de sociale rechtsstaat Nederland steeds duidelijker.[46] Op het niveau van bestuursbeleid leveren ze tegenwicht tegen een terugtred van de wetgever. Op het niveau van het individuele geval compenseren ze het ontbreken van effectieve politieke controle op het bestuur en zijn ze een aanknopingspunt bij het vorm geven aan een veranderende verhouding burger-overheid. Op zoek naar een ordenend principe voor een nieuwe systematisering van abbb bekijkt Nicolaï of het goede zin heeft om aansluiting te zoeken bij privaatrechtelijke beginselen van behoorlijkheid.[47] Daarbij verwijst hij naar een benadering door Van Gerven (1983). In een aan privaatrecht en publiekrecht gemeenschappelijke onderbouw beperkt deze de beginselen-catalogus tot het zorgvuldigheidsbeginsel, het evenwichtigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Daarbij spreekt hij van algemene beginselen van behoorlijk handelen.[48] Deze benadering is in mijn op basale beginselen gericht onderzoek uiteraard interessant.[49] Volgens Nicolaï is het echter *niet* verhelderend

45 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, preadviezen uitgebracht door I. Samkalden en G.J. Wiarda, Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XXIV, Haarlem 1952, p. 75. Over deze preadviezen Nicolaï 1990, p. 79 v.

46 Nicolaï 1990, p. 211 v.

47 Nicolaï 1990, p. 229 v.

48 W. van Gerven, Beginselen van behoorlijk handelen, Story Scientia, 1983, p. 15 v.

49 Zie mijn benadering van beginselen van behoorlijk handelen in hoofdstuk 4, par. 5.

om voor abbb aansluiting te zoeken bij basale beginselen. De vraag is nu, of en hoe de argumenten die Nicolaï daarvoor tegen Van Gerven aandraagt ook mijn concept van drie beginselen van mensenrecht raken.

Nicolaï spitst zijn betoog in eerste instantie toe op het zorgvuldigheidsbeginsel. Zijn eerste argument is dat het betrekken van dit abbb op een globaal zorgvuldigheidsbeginsel geen recht doet aan een in het bestuursrecht algemeen aanvaard onderscheid tussen procedurele en materiële aspecten van bevoegdheidsuitoefening.[50] Als abbb is het zorgvuldigheidsbeginsel primair procedureel georiënteerd terwijl het privaatrechtelijk ook aan materiële eisen is georiënteerd, aldus Nicolaï. Dit argument is niet sterk. Ook Van Gerven vat het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk *handelen* primair procedureel op.[51] Met het oog op materiële aspecten van een redelijke en billijke afweging van alle betrokken belangen hanteert Van Gerven het evenwichtigheidsbeginsel, als algemeen beginsel van behoorlijk handelen.[52] Bovendien is het zorgvuldigheidsbeginsel niet alleen in het privaatrecht, maar ook in het bestuursrecht niet uitsluitend procedureel, maar ook materieelrechtelijk van aard. "het zorgvuldigheidsbeginsel neemt in het bestuursrecht een belangrijke plaats in. Het heeft enerzijds betrekking op de voorbereiding van besluiten, anderzijds op de wijze van besluiten zelf en op de inhoud van het besluit."[53]

Een tweede argument van Nicolaï tegen het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk handelen heeft betrekking op de specifieke in de uitoefening van bestuursbevoegdheden aanwezige elementen van gezag, dienstbaarheid en publieke belangenbehartiging. Deze maken de concretisering van het zorgvuldigheidsbeginsel op bestuursrechtelijk terrein dermate verschillend van die op privaatrechtelijk terrein (ook al zou het beginsel zuiver procedureel worden opgevat), dat het volgens hem meer verhelderend is om van twee verschillende zorgvuldigheidsbeginselen te spreken.[54] Vooral specifieke bestuursrechtelijke zorgvuldigheidseisen die uitdrukking geven aan het beginsel van actief dienstbetoon kunnen volgens Nicolaï binnen een privaatrechtelijk zorgvuldigheidsbeginsel niet verklaard worden. Ook dit argument overtuigt niet. In bestuursrecht én privaatrecht komen zeer uiteenlopende gezags- en machtsposities, dienstbaarheid en eisen van rekening houden met publiek belang voor. Mij lijkt dat het operationaliseren van op specifieke verhoudingen toegespitste eisen van zorgvuldig handelen juist aan helderheid wint, als dat gebeurt vanuit het besef van een gemeenschappelijk basisbeginsel dat het hele recht doortrekt.

50 Nicolaï 1990, p. 231.

51 Vgl. Van Gerven 1983, p. 16.

52 Bij zijn bespreking van het "zorgvuldigheidsbeginsel" in artikel 6.3.1.1.lid 2 NBW (thans art.162 lid 2 boek 6 BW), dat buiten het bereik van de artikelen 6.1.1.2 (art. 2 boek 6 BW) en 6.5.3.1 (art. 248 boek 6 BW) mede de materiële eisen van redelijkheid en billijkheid zou moeten bestrijken, ziet Nicolaï 1990, p.231-232, de algemene schakelbepaling betreffende redelijkheid en billijkheid van artikel 3.1.1.16 jo artikel 3.1.1.13 NBW (thans art. 15 jo art. 12 boek 3 BW) over het hoofd.

53 Memorie van Toelichting, TK 1988-1989, 21221, nr. 3; De parlementaire geschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht, Eerste tranche (wet van 4 juni 1992, Stb. 315), p. 247.

54 Nicolaï 1990, p. 232.

Ten aanzien van het vertrouwensbeginsel is Nicolaï bereid te spreken van een "gemene onderbouw", voor zover het gaat om een algemeen principe dat in het rechtsverkeer gewekt vertrouwen in beginsel bescherming verdient. Door de specifieke "verticale" relatie overheid-burger in het bestuursrecht kán de inhoud van een bestuursrechtelijk en een privaatrechtelijk vertrouwensbeginsel volgens Nicolaï niet samenvallen. Dat doet aan het onderliggend beginsel van behoorlijk handelen niet af, lijkt me. Evenals bij het zorgvuldigheidsbeginsel gaat het ook bij het operationeel maken van het vertrouwensbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk handelen telkens om een specifieke inkleuring naar de aard van de rechtsbetrekking en de context waarin het rechtsverkeer zich afspeelt. Dat het in het bestuursrecht gaat om een op publieke gezagsuitoefening gebaseerde "verticale" relatie komt in deze optiek juist helder naar voren.

Het evenwichtigheidsbeginsel, zoals Van Gerven dat voorstelt, beschouwt Nicolaï wél als een algemeen beginsel van behoorlijk handelen. Hij betoogt dat voor iedere bevoegdheidsuitoefening geldt dat "het resultaat van de afweging van de belangen niet op willekeur mag wijzen en dient te voldoen aan door de rechter (al dan niet "marginaal") te toetsen eisen van redelijkheid en billijkheid."[55] Het bestaan van een "recht" tot "misbruik" van een bevoegdheid acht hij in zijn algemeenheid onverenigbaar met de idee van een rechtsstaat. Daarom geldt het verbod van misbruik van bevoegdheid voor *iedere* uitoefening van bevoegdheid, ongeacht de aard van de bevoegdheid, aldus Nicolaï.

Geconcludeerd kan worden dat Nicolaï's argumenten tegen algemene beginselen die betrek king hebben op zorg en trouw onvoldoende hout snijden. Zijn erkenning van een evenwichtigheidsbeginsel komt in de richting van mijn voorstel over "alpartijdigheid". Waar hij bij evenwichtigheid het accent legt op *niet on*rechtvaardig handelen (verbod van willekeur), ligt in mijn voorstel van alpartijdigheid het accent op *recht*vaardig handelen (het daadwerkelijk evenwichtig meewegen van alle betrokken belangen).[56] Mij lijkt dat deze actieve opvatting van evenwichtigheid een goede basis biedt voor een opvatting van beginselen van behoorlijk bestuur als open normen die algemene regels geven voor de behoorlijke uitoefening van bestuursbevoegdheden, zoals Nicolaï die ook zelf voorstaat.

In zijn poging tot systematisering komt Nicolaï tot één algemeen beginsel van behoorlijk bestuur dat altijd geldt, ongeacht de aard van het bestuurshandelen: het beginsel van correct en zorgvuldig bestuursgedrag. Als we correct bestuursgedrag hier vertalen als eerlijk, betrouwbaar bestuursgedrag, dan is dit beginsel te zien als een uitwerking in het bestuursrecht van de door mij voorgestelde beginselen trouw en zorg. Tien specifieke beginselen van behoorlijk bestuur spitst Nicolaï toe op besluitend besturen en koppelt hij aan vijf fasen in het besluitvormingsproces. Beginselen van 1) correcte bejegening en 2) zorgvuldig onderzoek situeert hij in de fase van voorbereiding van het bestuursbesluit. Aan de fase van de beslissingsprocedure koppelt hij het beginsel van 3) zorgvuldige beslissings-

55 Nicolaï 1990, p. 235.

56 Zie over het willekeurverbod als gemeenschappelijke ondergrens van behoorlijk overheidshandelen A.Q.C. Tak en R.E. Bakker, De centrale rol van het willekeurverbod bij de toetsing van overheidshandelen, in Publiekrechtelijke bewegingen, red. A.W. Heringa en N. Verheij, Deventer 1990, p. 205-218.

procedure, aan de fase van het nemen van het besluit het beginsel van 4) deugdelijke besluitvorming. In de fase van het vaststellen van de inhoud van het besluit spelen het beginsel van 5) draagkrachtige motivering, 6) het gelijkheidsbeginsel, 7) het vertrouwensbeginsel en 8) het beginsel van redelijke en billijke belangenafweging. Tenslotte situeert hij in de fase van de kennisgeving van het besluit de beginselen van 9) zorgvuldige kennisgeving en van 10) kenbare motivering. In het merendeel van deze specifieke beginselen van behoorlijk bestuur zijn gemakkelijk contextafhankelijke aspecten van zorg of trouw te onderkennen. Voor het overige sporen deze beginselen - met name het gelijkheidsbeginsel en dat van redelijke en billijke belangenafweging - met de basiseis van alpartijdigheid.

In de bespreking van de abbb tot nu toe is vooral sprake van betrouwbaar en zorgvuldig overheidsbestuur. Waar blijft in dit verhaal de vrijheid van de burger? "Naar huidig inzicht is het bestuur niet meer te typeren als de overheid die over de burger beslist zonder met diens zienswijze rekening te houden. Weliswaar is het bestuur in de eerste plaats gebonden aan de regels van de wetgever en aan de resultaten van de politieke besluitvorming, maar binnen die grenzen moet het ook rekening houden met de belangen van de bij de besluitvorming betrokken burger zoals die burger deze zelf ziet. Dit vergt een andere benadering van de burger, waarbij sprake is van een betere communicatie dan vroeger noodzakelijk werd geoordeeld."[57] In deze passage in de Memorie van toelichting van een in 1989 aan de Tweede Kamer aangeboden ontwerp Algemene wet bestuursrecht komen als kaderprincipes van deze wet naar voren: subjectiviteit van de burger, wederkerigheid van de relatie bestuur-burger en actieve zorgplicht van het bestuur.[58] Daarin zijn niet alleen aspecten van zorg en trouw te onderkennen, maar vooral ook de principiële vrijheid van de burger om naar eigen inzicht voor eigen belangen op te komen en de rechtsplicht van de overheid om deze vrijheid te respecteren.

De Algemene wet bestuursrecht (Awb) is, ter codificatie van het bestuursrecht, opgezet als "aanbouwwetgeving". In de eerste tranche[59] is wat de abbb betreft vooral aandacht besteed aan aspecten van zorgvuldigheid en belangenafweging. Zo staat bij voorbeeld in artikel 3:2 Awb dat het bestuursorgaan bij de voorbereiding van een besluit de nodige kennis vergaart omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen. In artikel 3:3 Awb staat dat het bestuursorgaan de bevoegdheid tot het nemen van een besluit niet gebruikt voor een ander doel dan waarvoor ze is verleend. Artikel 3:4 lid 1 Awb handelt over het afwegen van de betrokken belangen en in het tweede lid van dit artikel staat dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

In aanvulling op de algemene zorgvuldigheidsplicht ten aanzien van het vergaren van kennis omtrent relevante feiten en af te wegen belangen is voor beschikkingen in hoofdstuk 4 van de Awb het horen van belanghebbenden in de voorbereidingsfase geregeld. Een

57 TK 1988-1989, 21221, nr. 3, p. 11-12.
58 Nicolaï 1990, p. 180.
59 Wet van 4 juni 1992, Stb. 315.

hoorplicht is ook te vinden in hoofdstuk 7, betreffende de bezwaarschriftprocedure. Daarover is in de parlementaire geschiedenis van de Awb een passage te vinden die naadloos aansluit bij een gespreksmodel van recht. Het betreft de volgende opmerking van minister van justitie Hirsch Ballin: "In de ontwerp-Algemene wet bestuursrecht worden een aantal elementaire eisen gesteld aan de inrichting van de bezwaarschriftprocedure. De meest voor de hand liggende en meest wezenlijke is, dat het orgaan dat moet beslissen op het bezwaarschrift ook van oor tot oor en van aangezicht tot aangezicht in contact treedt met de "belanghebbende."[60]

De mooie woorden van de minister worden in de Awb niet waargemaakt voor het geval dat het bezwaar "kennelijk ongegrond" is. Dan kan van het horen van belanghebbenden worden afgezien (artikel 7:3 onderdeel b Awb). De bedoeling is om de aan de bezwaarschriftprocedure verbonden bestuurslasten te verminderen zonder wezenlijk afbreuk te doen aan de rechtsbescherming van betrokkene.[61] Het probleem is echter, dat je niet vooraf maar pas achteraf kunt weten of horen iets kan bijdragen. Een in de Tweede Kamer ingediend amendement om onderdeel b van artikel 7:3 Awb te laten vervallen is echter verworpen.[62]

In de optiek van drie beginselen van mensenrecht is de genoemde uitzondering van de hoorplicht een voorbeeld van een gebrek aan vrijheid van de burger (private autonomie), dat correspondeert met een gebrek aan zorg aan de kant van overheidsorganen. Dat deze uitzondering op de hoorplicht het gevolg is van democratische besluitvorming in het wetgevingsproces (uitoefening van publieke autonomie) doet daar niet aan af. Als de burger zich naar eigen inzicht door niet gehoord te worden rechtens te kort gedaan voelt, dan is in ieder geval de weg naar de rechter nog open. Deze zal dan mede toetsen of terecht van het horen van belanghebbenden is afgezien. Aan de kant van het wetgevingsproces is de vraag wat terecht komt van het (te zijner tijd op zijn betrouwbaarheid te toetsen) voornemen om aan deze problematiek bijzondere aandacht te schenken bij de volgens artikel 9:3 Awb voorgeschreven evaluatie van de Awb.[63] Al met al is de Awb een aardig "oefenterrein" voor het toetsen van algemene beginselen van behoorlijk bestuur aan drie beginselen van mensenrecht, in het spanningsveld van administratieve macht en private en publieke autonomie.

4. Het politiebegrip openbare orde

Waar de Algemene wet bestuursrecht vooral is toegesneden op beschikkingen en andere schriftelijke overheidsbesluiten, gaat het bij het handhaven van de openbare orde als politiebegrip vooral om feitelijk handelen op straat en ander openbaar terrein. "Het begrip openbare orde duidt hier een rechtens relevante feitelijke situatie aan die de grondslag

60 Parlementaire Geschiedenis Awb I, p. 332.
61 PG Awb I, p. 72.
62 Hand.II, 1991-1992, blz. 2691-2692, Amend. nr. 14, I (Wolffensperger, D66); PG Awb I, blz. 337.
63 PG Awb I, p. 73.

vormt voor de bevoegdheid tot bestuurlijk optreden ter handhaving."[64] Als algemene beginselen van politierecht noemt Van der Meulen het proportionaliteitsbeginsel, het subsidiariteitsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het beginsel van gematigdheid. Volgens hem is hier sprake van algemene beginselen van behoorlijk bestuur (zorgvuldigheidsbeginsel, evenredigheidsbeginsel, verbod van willekeur) "in een ander jasje."[65]

Om tot een praktisch bruikbare omschrijving van het politiebegrip openbare orde te komen maakt Van der Meulen gebruik van twee onderscheidingen.[66] De eerste betreft de functies van het openbare orde begrip. Wat ik eerder heb aangeduid als afwerende functie duidt hij aan als bevoegdheidsbegrenzing. De opleggende functie duidt hij aan als bevoegdheidsgrondslag. In beide functies relateert hij openbare orde aan de samenleving als geheel.[67] Inhoudelijk koppelt hij de functie van bevoegdheidsbegrenzing aan een harde kern van elementaire normen die de grondslag van de samenleving vormen. In de functie van bevoegdheidsgrondslag ziet hij het openbare orde begrip veel ruimer, met het oog op de talloze aspecten van de organisatie van de samenleving. Hij verwijst in dit verband onder andere naar openbare orde in het kader van de huishouding van de Gemeente (artikel 168 oude Gemeentewet). De grens van de gemeentelijke huishouding ligt bij de bijzondere belangen in de private sfeer van de ingezetenen.[68]

Als bevoegdheidsbegrenzing wordt het begrip openbare orde gebruikt om een grens te stellen aan een algemene regel. In mijn studie komt dit neer op begrenzing van private autonomie, zoals in het contractenrecht. De bevoegdheidsgrondslag betreft de operationele functie van het openbare orde begrip. Deze operationele functie komt neer op het onder de noemer openbare orde uitoefenen van bestuurlijke macht die democratisch gelegitimeerd moet worden door uitoefening van publieke autonomie.

De tweede onderscheiding heeft betrekking op de betekenissen van het openbare orde begrip. Hier maakt Van der Meulen onderscheid in een normenstelsel en een feitelijke situatie. Waar met het openbare orde begrip rechtsnormen worden aangeduid gaat het steeds om "een min of meer beperkte groep normen ter onderscheiding van het geheel aan normen". Als rechtsfeit ziet openbare orde steeds op "een complex en uitgebreid geheel in de fysieke werkelijkheid."[69] In de betekenis van rechtsfeit vat Van der Meulen het politiebegrip openbare orde op. Terecht, denk ik. Maar ik denk óók dat de grote verwevenheid van openbare orde als rechtsfeit met het achterliggende normenstelsel niet te ontkennen valt. Dat wordt duidelijk als openbare orde als rechtsfeit in een handelingsperspectief

64 B.M.J.Van der Meulen, Ordehandhaving, actoren, instrumenten en waarborgen, Deventer 1993, p. 21.

65 Van der Meulen 1993, p. 249. Artikel 3:1 Awb bepaalt dat de in de Awb gecodificeerde abbb ook gelden voor andere handelingen dan besluiten, voor zover de aard van deze handelingen zich daartegen niet verzet. De aard van feitelijke politiehandelingen lijkt zich inderdaad niet te verzetten tegen toetsing aan abbb. Zie daarover Van der Meulen 1993, p. 294 v. met literatuurverwijzingen.

66 Van der Meulen 1993, p. 14 v.

67 Van der Meulen 1993, p. 15, verwijst in dit verband naar De Vareilles-Sommières, Des lois d'ordre public et de la dérogation aux lois, 1899.

68 Van der Meulen 1993, p. 18, verwijst naar het bekende "Wilnisser Visser-arrest" van de Hoge Raad van 13 februari 1922, NJ 1922, p. 473.

69 Van der Meulen 1993, p. 21.

wordt bekeken als het resultaat van feitelijke openbare ordening volgens een bepaald normenstelsel. De verwevenheid van het reële en het ideële in het politiebegrip openbare orde is ook terug te vinden in de historische ontwikkeling van het politiebegrip zelf.

Tot in de achttiende eeuw drukte het begrip politie praktisch de complete overheidsfunctie uit.[70] Politie had toen de betekenis van bestuur. In die betekenis werd de gemeentelijke Apv, nu Algemene plaatselijke verordening, vroeger Algemene politieverordening genoemd.[71] Naarmate zich geleidelijk in verband met de groei van overheidstaken afzonderlijke ministeries vormden, werd politie als overheidsfunctie beperkt. Gaandeweg vielen overheidstaken als de zorg voor de staatsorganisatie en voor de externe veiligheid buiten het bereik van het politiebegrip. Tenslotte werd daaronder nog slechts begrepen de zorg voor de interne veiligheid van het land. In deze ontwikkelingsgang is de betekenis van politie als functie teruggebracht tot bescherming van orde, rust en veiligheid in de samenleving. Deze betekenis komt overeen met "het liberale feitelijke begrip openbare orde (rust op straat)."[72] Maar dat wil niet zeggen dat in dit primair feitelijk politiebegrip openbare orde de ideële factoren, die betrekking hebben op het normenstelsel als geheel, verdwenen zijn.

De geschiedenis van politie als ambt zoals wij dat nu kennen begint na de Franse overheersing in 1813. De in het Franse recht tot ontwikkeling gekomen tweedeling in judiciële politie (opsporing van strafbare feiten) en bestuurlijke politie (handhaven van de openbare orde en voorkomen van misdrijven) werd destijds in Nederland wel overgenomen, maar niet consequent toegepast. Afkeer van de geheime staatspolitie van Napoleon schijnt daaraan in de weg te hebben gestaan. Pas in 1957 is het gelukt de totale politietaak in een Politiewet te regelen. Artikel 2 van de Politiewet[73] geeft de politie tot taak "in ondergeschiktheid aan het bevoegd gezag en in overeenstemming met de geldende rechtsregelen te zorgen voor de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde en het verlenen van hulp aan hen, die deze behoeven."

Onder de "daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde" in artikel 2 Politiewet valt zowel de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde als "het handhaven van de openbare orde" als bestuurlijk onderdeel van het handhaven van de rechtsorde. Als de politie optreedt ter strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, staat zij onder gezag van de officier van justitie (artikel 13 Politiewet).[74] Treedt de politie op ter handhaving van de openbare orde en ter uitvoering van de hulpverleningstaak, dan staat zij onder gezag van de burgemeester (artikel 12 Politiewet).[75] Dat de burgemeester bij de handhaving van de openbare orde

70 Vgl.J.J.H. Suyver, Politie in de rechtsorde, Zwolle 1986; F. Perrick, Politie in Nederland, Zwolle 1982.

71 J.W. Edinga, De model Algemene plaatselijke verordening in 2000, Regelmaat 1995/1, p. 11-17.

72 P.H. Bakker Schut, T. Prakken en Th. de Roos, Politiek protest in de rechtszaal, Recht en Kritiek 1984, p. 51. Vgl. Van der Meulen 1993, p. 20.

73 Voorheen artikel 28. Op 1 april 1994 is de nieuwe Politiewet van 9 december 1993, Stb. 724, in werking getreden.

74 Voorheen artikel 36 Politiewet 1957.

75 Voorheen artikel 35 Politiewet 1957.

het gezag heeft over de politie staat sedert 1851 ook in de Gemeentewet.[76] Daarmee staat een als consistent en b*etrouw*baar bedoelde in het politiebegrip openbare orde ingebakken *zorg*plicht van de overheid ten aanzien van ordehandhaving juridisch buiten kijf. De vraag is of en zo ja in hoeverre deze ordehandhaving gericht is op vrijheid van de burger.

Om de ordehandhavende taak te situeren binnen het geheel van overheidstaken, bespreekt van der Meulen twee hoofdtaken van de overheid in de rechtsstaat. De eerste staatstaak betreft het algemeen belang, het waarborgen van de continuïteit van de samenleving als zodanig. De *rechts*staat voegt daar als tweede taak waarborging van de individuele vrijheid aan toe.[77] Ordehandhaving is gegrondvest in het geweldsmonopolie van de overheid. Met het oog daarop dient sprake te zijn van een deugdelijke democratisch-wettelijke onderbouwing met voldoende waarborgen voor de individuele vrijheid.[78] Deze opvatting zet het politiebegrip openbare orde in een democratisch perspectief van vrijheid.

Bij een nadere bepaling van vrijheid maakt Van der Meulen onderscheid tussen drie hoofdaspecten: onaantastbaarheid, uitingsvrijheid en bewegingsvrijheid. Deze kernvrijheden hebben naast een hoge intrinsieke waarde (zij zijn ieder voor zich erkend als grondrecht) ook een hoge extrinsieke waarde. Daarmee bedoelt hij situaties waarin deze kernaspecten van vrijheid geen doel in zichzelf zijn maar middel tot het realiseren van andere waarden.[79] Ordehandhaving door de politie betreft rechtstreeks het fundamentele recht op bewegingsvrijheid van betrokkenen in de openbare ruimte. De overheid heeft een structurele zorg voor het open houden van de openbare ruimte. Daarnaast treedt de overheid ook ordenend op met betrekking tot het "vluchtig" gebruik van de openbare ruimte, "het alledaagse gebruik waarbij de inrichting van de ruimte en de mate van structurele veiligheid als gegeven gelden (constante factoren zijn)."[80] Dit ordenend optreden impliceert volgens Van der Meulen vrijwel steeds zowel bescherming als beperking van het fundamentele recht op bewegingsvrijheid.

Interventies in de beide andere kernaspecten van vrijheid - onaantastbaarheid en uitingsvrijheid - zijn volgens Van der Meulen *niet* aan ordehandhaving inherent. "Indien daarvan in een concreet geval sprake is, behoeft dit een bijzondere rechtvaardiging."[81] Als ik het goed zie, dan is deze op het eerste oog vanwege de duidelijkheid aantrekkelijke opvatting vanuit een oogpunt van rechtsbescherming niet ongevaarlijk. Daarbij denk ik zowel aan het *niet* eisen van een bijzondere rechtvaardiging bij beperkende interventies in het aspect bewegingsvrijheid als aan het *wél* eisen van een bijzondere rechtvaardiging, óók bij beschermende interventies, in de aspecten onaantastbaarheid en uitingsvrijheid.

76 Thans in artikel 174 van de nieuwe Gemeentewet van 14 februari 1992, Stb. 96.
77 Van der Meulen 1993, p. 7.
78 Van der Meulen 1993, p. 13.
79 Van der Meulen 1993, p. 13.
80 Van der Meulen 1993, p. 30, koppelt ieders *gelijke* recht van de openbare ruimte gebruik te maken overeenkomstig de daaraan gegeven bestemming aan het (nog net) verschoond zijn van een legitimatieplicht en aan het Souverein besluit van 12 december 1813, Stcrt. 1814, nr. 4.
81 Van der Meulen 1993, p. 33.

Streven naar optimale bewegingsvrijheid voor ieder lijkt als uitgangspunt met het oog op het algemeen gebruik van de openbare ruimte passend. Dit uitgangspunt impliceert echter naar ik meen dat rekening wordt gehouden met de hoge "extrinsieke waarde" van dit kernaspect van vrijheid, als middel tot het realiseren van andere kernaspecten van vrijheid (onaantastbaarheid en uitingsvrijheid). Mij lijkt dat *iedere* "openbare orde" interventie gerechtvaardigd moet kunnen worden met het oog op het waarborgen van individuele vrijheid in de publieke ruimte. Dat geldt, ongeacht welk kernaspect van vrijheid in de feitelijke situatie op de voorgrond staat. Voor uitingsvrijheid zal meestal zonder meer duidelijk zijn dat ze direct in het verlengde van bewegingsvrijheid ligt. Bij onaantastbaarheid valt dat misschien niet direct op, omdat het daarbij gaat om de persoonlijke levenssfeer. Het gaat om de vrijheid van de burger om datgene wat hij voor zich wil houden af te schermen van anderen en met name ook van overheidsinterventie. Toch lijkt mij dat eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer bij het gebruik van de openbare ruimte wel degelijk mede inherent is aan ordehandhaving.

Laten we als voorbeeld nemen twee uitspraken van de Hoge Raad van 14 oktober 1986.[82] In de beide arresten, die over hetzelfde geval gaan, staat centraal de rechtmatigheid van "schaduwen", observeren en volgen door de politie, in een fase waarin geen strafbare feiten zijn gepleegd en tegen de geobserveerde personen geen redelijke verdenking bestaat. Er is geen sprake van opsporing in de zin van strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Als wettelijke basis voor het schaduwen gaat de Hoge Raad uit van artikel 28 (thans artikel 2) Politiewet. Ten aanzien van de klacht dat met het schaduwen door de politie inbreuk wordt gemaakt op het in artikel 8 lid 1 van het Europees mensenrechtenverdrag beschermde privacy-recht overweegt de Hoge Raad dat deze klacht "reeds hierom" geen doel treft "omdat de verbalisanten blijkens hun tot het bewijs gebezigde relaas zich hebben beperkt tot waarneming van hetgeen in het openbaar geschiedde."[83] Daarmee is voor de Hoge Raad de toetsingskous af. De waarneming komt in dit geval neer op het door de politie drie uur lang observeren van een stilstaande auto, gevolgd door het inzetten van een achtervolging vóórdat het bericht komt dat een inbraak is gepleegd. Pas na dat bericht kunnen de inzittenden van de auto als verdachten worden beschouwd.

"Waarneming van hetgeen in het openbaar geschiedde" kan worden beschouwd als bij uitstek horende bij de openbare orde taak van de politie. Als het goed is hoeft de politie in het kader van ordehandhaving zelfs praktisch niets anders te doen dan waarnemen wat in het openbaar gebeurt. Maar of volgehouden kan worden dat waarneming in het openbaar "reeds hierom" geen inbreuk oplevert op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, omdat en zolang ze zich beperkt tot datgene wat in het openbaar gebeurt is nog maar de vraag. Stel je voor: je zoekt een zonnig plekje in het stadspark op om op je gemak de krant te lezen of te mijmeren over dingen van het leven. Een stel politiemensen komt tegenover je staan en behandelt je als een object van systematische, indringende waarneming in het openbaar. Die waarneming duurt net zo lang als je het nog volhoudt op dat plaatsje onder de zon. Tast de politie in die situatie je vrijheid van persoonlijke levenssfeer

82 NJ 1987, 564, NJ 1988, 511.
83 NJ 1988, 511, onder 6.3.

aan? Mij lijkt van wel. Een redenering als die van de Hoge Raad, dat de waarneming "reeds hierom" geen inbreuk oplevert op je persoonlijke levenssfeer omdat en zolang deze zich beperkt tot datgene wat in het openbaar gebeurt, schiet hier eenvoudig te kort. Als respect voor en bescherming van de persoonlijke levenssfeer zich niet mede tot de openbaarheid uitstrekt, dan kan de openbare ruimte gemakkelijk verworden tot een voor menselijke vrijheid onherbergzame ruimtelijke sfeer. Daarin wordt de vrijheid waarborgende functie van ordehandhaving opgeofferd aan een technisch-functionele ordening van bewegingsvrijheid.

"Elke vrijheid bevat een kern die bescherming behoeft, omdat anders de betreffende vrijheid zelf verloren gaat", zegt Van der Meulen.[84] Tegen de achtergrond van de feitelijke macht van het geweldsmonopolie van de politie wil ik daar sterk aan vasthouden. Als niet wordt vastgehouden aan een integrale bescherming van algemene én individuele vrijheid in al haar kernaspecten, dan valt van het politiebegrip openbare orde geen bemiddelende functie in dienst van mensenrecht te verwachten. Eerder is dan te verwachten dat het openbare orde begrip als bevoegdheidsgrondslag (voor de politie) in dienst komt te staan van bevoegdheidsbegrenzing (van de burger).

5. Misdrijven en overtredingen betreffende de openbare orde en de zeden in het Wetboek van Strafrecht

Het privaatrecht en ook het staats- en bestuursrecht worden doorgaans in de praktijk gebracht zonder dat daar een rechter aan te pas komt. Afgezien van transacties in het voortraject is het strafrecht daarentegen aangewezen op erkenning en toepassing door de rechter in het strafproces. Dat is niet verwonderlijk. Het strafrecht wordt gekenmerkt door het toevoegen van leed, anders dan via eigenrichting door betrokken partijen. Vanaf de Germaanse tijd tot aan de Bataafse omwenteling van 1795 is het strafproces geleidelijk veranderd van een openbaar, mondeling proces waarin het initiatief bij de klager lag en de rechter een lijdelijke rol speelde in een min of meer schriftelijk proces, waarbij van rechtswege werd vervolgd en waarin de rechter het onderzoek naar de materiële waarheid in handen had. Met de Franse overheersing (1810-1813) kwamen idealen over het mondeling karakter van het strafproces in de belangstelling. Mede daardoor geïnspireerd zijn openbaarheid en mondelinge procesbehandeling leidende beginselen in het Nederlands Wetboek van Strafvordering van 1838 geworden. Ook de ontwerpers van het thans nog geldende Wetboek van Strafvordering van 1926 hebben de bedoeling gehad het onderzoek ter terechtzitting een openbaar en mondeling karakter te geven. Dat aan het "onmiddellijke" karakter van het strafproces afbreuk wordt gedaan naarmate de rechter meer afgaat op het schriftelijk materiaal uit het vooronderzoek en verklaringen van horen zeggen en anonieme getuigenverklaringen als bewijsmiddelen accepteert, mag duidelijk zijn.[85]

84 Van der Meulen 1993, p. 12.

85 Dorothé Garé, Het onmiddellijkheidsbeginsel in het Nederlandse strafproces, Arnhem 1994, over de ontwikkeling van het Nederlands strafproces tot 1926, p. 3-40, over de ontwikkelingen sedert 1926, p. 79-142. Zie ook G.P.M.F.Mols, Staande de zitting; Een beschouwing over het onmiddellijkheidsbeginsel, Arnhem 1989.

Ten aanzien van de *inhoud* van het strafrecht werd in Nederland met de inlijving bij Frankrijk in 1811 de Franse Code Pénal van kracht. In afgezwakte vorm is die tot 1886 in werking gebleven. Zo werden in 1854 de lijfstraffen en in 1870 de doodstraf (behalve in het militair strafrecht) afgeschaft. Op 1 september 1886 is het Wetboek van Strafrecht (Sr) in werking getreden, dat tot op heden van kracht is gebleven.[86] Daarnaast zijn strafbepalingen ook te vinden in bijzondere wetten, in gemeentelijke en andere verordeningen. Denk bij voorbeeld aan de Wegenverkeerswet, de Wet Eonomische Delicten en Algemene plaatselijke verordeningen.

Al is het strafrecht eigenlijk bedoeld als "ultimum remedium", voor "uitschieters" van onrecht,[87] het functioneert óók als een soort "vangnet" voor allerlei soms zeer lichte vergrijpen.[88] De onderscheiding in misdrijven en overtredingen is een kwestie van een politiek-juridische keuze ten aanzien van een meer of mindere mate van strafwaardigheid. Met het oog daarop worden misdrijven in het strafrecht anders behandeld dan overtredingen. Zo moet bij misdrijven steeds het *bewijs* van een vorm van opzet of schuld geleverd worden. Bij overtredingen gaat het doorgaans om een pure gedraging. Gevangenisstraf komt alleen bij misdrijven voor, niet bij overtredingen.[89] Het Wetboek van Strafrecht is ingedeeld in drie boeken. In het eerste boek staan algemene bepalingen die voor het gehele strafrecht gelden. In het tweede boek staan misdrijven, in het derde boek overtredingen. Naast een groot aantal andere categorieën misdrijven en overtredingen (bijvoorbeeld betreffende de algemene veiligheid van personen en goederen) bestaan speciale categorieën misdrijven en overtredingen betreffende de openbare orde en de zeden. Mijn keuze voor deze categorieën is geïnspireerd door het begrippenpaar openbare orde en goede zeden in het privaatrecht.

Ik begin met de categorie die het minst om het lijf heeft: overtredingen betreffende de zeden. Onder deze titel staat nog maar één artikel (de overige zijn vervallen): het verbod op openbare dronkenschap (artikel 453 Sr). Als we het zedelijke niet zedenmeesterachtig opvatten, maar in het perspectief van mensenrechtelijk georiënteerde zedelijke beginselen, dan heeft een zelfstandig verbod van openbare dronkenschap in onze tijd geen reden van bestaan meer. Ordeverstoring in dronkenschap is geregeld onder overtredingen betreffende de algemene veiligheid van personen en goederen (artikel 426 Sr).

In tegenstelling tot de categorie overtredingen betreffende de zeden laat de categorie misdrijven tegen de zeden (artikelen 239-253 Sr) niet het beeld van leegloop zien. In het merendeel van de twintig in deze titel ondergebrachte artikelen gaat het mede of uitsluitend om de bescherming van kinderen. Het betreft onderwerpen als het aanbieden aan kinderen van pornografie of het gebruiken van kinderen voor pornografie of voor seksuele gemeenschap, ontucht of koppelarij, het dronken maken van kinderen en het afstaan van

86 Hazewinkel-Suringa/Remmelink, Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht, vijftiende druk, Alphen a.d. Rijn 1996, p. 53 v.
87 Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 10.
88 C.D. van der Vijver, De burger en de zin van strafrecht, Lelystad 1993, p. 35.
89 Zie voor de talrijke verschilpunten tussen misdrijven en overtredingen Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 100-107.

kinderen voor ongezond werk. Los van minderjarigen zijn delicten opgenomen zoals ongewenste confrontatie met pornografie, verkrachting, gemeenschap of ontucht met een bewusteloze of geestelijk gestoorde en vrouwenhandel. Het gaat om misbruik van kinderen en andere zwakke groepen, vooral op seksueel gebied. Als zedelijk beginsel is dan vooral bescherming van onvolwassen individuele vrijheid (op seksueel gebied) als maatschappelijke zorgplicht voor de zwakkere het richtsnoer. Op terreinen als dit, waar mensen bijzonder kwetsbaar zijn, is het gevaar uiteraard groot dat zorg kan omslaan in moralistisch paternalisme. In het concept dat ik voorsta dringt zich hier de rol op van het beginsel trouw, in een betekenis van integere rechtsbescherming die duurzaam gericht is op respect voor vrijheid voor ieder.

De titel "Overtredingen betreffende de openbare orde" (artikelen 429bis-442a Sr) laat een bonte verzameling strafbepalingen zien. Daarin lopen meer en minder actuele onderwerpen uiteen van smalende godslastering in het openbaar, via discriminatie in ambt, beroep of bedrijf, naaktrecreatie, burengerucht, bedelarij, landloperij, het onbevoegd gebruik maken van Rode Kruis kentekens en telefonische colportage voor een liefdadig doel tot het onbevoegd opnemen van een pleegkind. In deze categorie worden verschuivingen in de beleving van wat strafwaardige ordeverstoring is en het vergaarbak-karakter van het openbare orde begrip aardig gedemonstreerd. Als aangenomen wordt dat de titel de lading dekt, dan moet in ieder geval in elke bepaling een of ander aspect van openbaarheid te vinden zijn. Er is echter *niet* in iedere bepaling een feitelijk ruimtelijk openbaarheidsaspect aan te wijzen. Het gaat hier kennelijk niet uitsluitend om openbare orde in een ruimtelijke betekenis van het ordelijk verloop van het gemeenschapsleven op een bepaalde plaats. Zo stelt artikel 429quater Sr, de laatste keer geactualiseerd in 1991, strafbaar het in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf discrimineren van personen wegens hun ras, hun godsdienst, hun levensovertuiging, hun geslacht of hun hetero- of homoseksuele gerichtheid. In dit artikel, waarop ik hierna terugkom, bestrijkt het openbaarheidsaspect de gehele sociaal-economische sfeer.

Onder de titel "Misdrijven tegen de openbare orde" (artikelen 131-151c Sr) loopt het scala onderwerpen uiteen van opruiing in het openbaar tot enig strafbaar feit, mislukte uitlokking, belediging, aanzetten tot, deelnemen aan of steunen van discriminatie, via huisvredebreuk, het afluisteren van gesprekken binnen of buiten met een apparaat, grafschending en het wegmaken van lijken tot het afstaan van kleine kinderen uit winstbejag. Bij deze verzameling misdrijven is duidelijker dan bij de overtredingen dat het openbare orde begrip hier méér inhoudt dan rust en veiligheid op straat en ander openbaar terrein. Er zit bij voorbeeld "ook iets in van de mensen niet hinderen in hun door de rechtsorde gegeven vrijheid van privéleven met inbegrip van de religieuze sfeer, in welk verband ik aan delicten als huisvredebreuk en godslastering denk."[90] Naast bemiddelende bescherming van vrijheid in de publieke en private sfeer zijn hier evenals bij de overtredingen gevallen te vinden waarin expliciet de zorg voor zwakkeren en het vrijwaren van mensen tegen achterstelling voorop staan.

90 Noyon/Langemeijer-Remmelink, Wetboek van Strafrecht, Boek II, titel V, Misdrijven tegen de openbare orde, p. 137.

Op het vrijwaren tegen achterstelling, of anders gezegd het uitbannen van vormen van discriminatie, ga ik hier wat nader in. De vraag is of de ontwikkeling van strafbepalingen op dit gebied gezien kan worden in samenhang met de ontwikkeling van de mensenrechtelijk georiënteerde beginselen vrijheid, trouw en zorg. De ontwikkeling van strafbepalingen die ik op het oog heb begint met de invoering in 1934 van de artikelen 137c en 137d Sr als misdrijven tegen de openbare orde.[91] De genoemde artikelen betreffen in die tijd kort gezegd het in het openbaar zich in beledigende vorm uitlaten over een volksgroep (artikel 137c Sr) en het verspreiden van voor een volksgroep beledigende geschriften of afbeeldingen (artikel 137d Sr). Volgens de Memorie van Toelichting is de invoering noodzakelijk omdat met name beledigingen tegen "onze Israëlitische medeburgers" in die tijd een soort "epidemisch karakter" krijgen.[92] De Duitse bezetting heeft aan vervolgingen betreffende belediging van Joden een einde gemaakt, "waarna van een serieuze herleving van de artikelen 137c en d Sr in hun oude vorm in feite geen sprake meer is geweest, hoewel nog wel een incidentele vervolging werd ingesteld."[93]

De artikelen komen weer in de belangstelling met het oog op het Internationaal Verdrag van New York van 7 maart 1966, inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie.[94] Het verdrag legt de deelnemende staten onder andere de verplichting op (in artikel 4 sub a) om bij de wet strafbaar te verklaren het verspreiden van racistische denkbeelden, het aanzetten tot rassendiscriminatie met inbegrip van racistische geweldpleging en het verlenen van steun aan racistische activiteiten.[95] Deze verplichtingen geven aanleiding om de artikelen 137c en 137d Sr aan te scherpen en toe te spitsen op belediging, het aanzetten tot haat of het discrimineren van een groep mensen wegens hun ras, godsdienst of levensovertuiging. Een nieuw artikel 137e Sr verbiedt het anders dan ten behoeve van zakelijke berichtgeving openbaar maken of verspreiden van uitingen die beledigend zijn of aanzetten tot haat, discriminatie of geweld tegen mensen wegens ras, godsdienst of levensovertuiging.

Naast deze misdrijven tegen de openbare orde worden als overtredingen betreffende de openbare orde de artikelen 429ter en 429quater Sr ingevoerd. In artikel 429ter wordt strafbaar gesteld hij die deelneemt aan of geldelijke of andere stoffelijke steun verleent aan activiteiten gericht op discriminatie van mensen wegens hun ras. In artikel 429quater wordt strafbaar gesteld hij die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf in het goederen- of dienstenverkeer iemand wegens zijn ras achterstelt. Aan godsdienst en levensovertuiging als discriminatiegronden is volgens de wetgever in die tijd geen behoefte, terwijl geslacht en seksuele geaardheid als discriminatiegronden door de regering worden afgehouden met de mededeling dat zo'n uitgebreidere strafbepaling de uitvoering van het Verdrag van New York te buiten zou gaan.[96]

91 Wet van 19 juli 1934, Stb. 405,
92 Hand. II 1933-1934, 237, nr. 3, p. 2-3; Van der Neut 1986, p. 28.
93 Van der Neut 1986, p. 28.
94 Trb. 1966, 237 (Franse en Engelse tekst, Trb.1967, 48 (Nederlandse tekst). Inwerkingtreding in Nederland 9 januari 1972. Zie over dit verdrag ook par. 3 van dit hoofdstuk.
95 Vgl. Van der Neut 1986, p. 31-32; Eskes 1988, p. 383 v.
96 MvT, 9724, 1967-1968, p. 4, Hand. II, 1969-1970, p. 4334 v; Van der Neut 1986, p. 36.

De reikwijdte van artikel 429quater Sr wordt na de invoering ervan in 1971 al snel als te beperkt ervaren, vooral met het oog op de vestiging in Nederland van grote aantallen Surinamers en buitenlandse werknemers. Met een aanscherping van het artikel in 1981 wordt het tegengaan van achterstelling beoogd, niet alleen op de markt van goederen en diensten, maar ook op de arbeidsmarkt.[97] Met ingang van 1 februari 1992 is artikel 429quater Sr wéér aanzienlijk uitgebreid en heeft het zijn huidige redactie gekregen: "Hij die in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf personen discrimineert wegens hun ras, hun godsdienst, hun levensovertuiging, hun geslacht of hun hetero- of homoseksuele gerichtheid wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste twee maanden of geldboete van de derde categorie."[98]

In de loop van de parlementaire behandeling van de wijziging van artikel 429quater Sr is ook een misdaadvariant van deze overtreding ingevoegd, artikel 137g Sr. Het verschil met de overtreding is, dat in artikel 137g *opzettelijk* discrimineren wordt vereist en dat naast ras geen andere discriminatiegrond wordt genoemd. Ook van artikel 429ter Sr is een misdaadvariant ingevoerd. Deze bepaling, artikel 137f Sr, is niet naast een corresponderende overtreding komen te staan, maar is, aangescherpt en uitgebreid, daarvoor in de plaats gekomen. Bij dezelfde wetswijziging zijn ook de discriminatiegronden in de artikelen 137c, 137d en 137e Sr aangevuld. Daarbij valt op dat in artikel 137d (aanzetten tot haat of discriminatie) naast hetero- of homoseksuele gerichtheid ook geslacht wordt genoemd, terwijl in artikel 137c (opzettelijke belediging) geslacht *niet* wordt genoemd. Stof voor een volgende aanscherping?

De uitbreiding en aanscherping in de loop van de jaren van strafbepalingen inzake discriminatie laten zien dat achterstelling van mensen wegens ras en andere genoemde gronden steeds zwaarder als strafwaardig onrecht wordt aangemerkt. Zijn deze uitbreidingen en verschuivingen in het licht van feitelijke ontwikkelingen uit te leggen als pogingen tot een alpartijdige uitwerking van de mensenrechtelijke beginselen vrijheid, trouw en zorg? Ik denk van wel. Onder discriminatie of discrimineren wordt in het Wetboek van Strafrecht overeenkomstig artikel 90quater verstaan "elke vorm van onderscheid, elke uitsluiting, beperking of voorkeur, die ten doel heeft of ten gevolge kan hebben dat de erkenning, het genot of de uitoefening op voet van gelijkheid van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden op politiek, economisch, sociaal of cultureel terrein of op andere terreinen van het maatschappelijk leven, wordt teniet gedaan of aangetast."[99] Dit discriminatiebegrip legt een directe juridische verbinding tussen achterstelling en mensenrechtelijk georiënteerde vrijheid. Iedere achterstelling van mensen op de genoemde gronden is een directe aantasting van menselijke vrijheid en waardigheid.

97 MvT 1979-1980, 16115, p. 3. Wet van 22 mei 1981, Stb. 306. Zie Noyon-Langemeijer/Remmelink, aantek. 1 v. bij artikel 429quater Sr; Van der Neut 1986, p. 39 v.

98 Wet van 14 november 1991, Stb. 623. Artikel 429 ter is bij deze wet ingetrokken.

99 Het discriminatiebegrip van artikel 90quater Sr correspondeert met artikel 1 lid 1 van het Verdrag van New York inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie. Zie hierover Van der Neut 1986, p. 29 v., met literatuurvermeldingen.

Het strafrechtelijk tegengaan van achterstelling met het oog op ieders gelijkwaardige vrijheid is een vorm van overheidszorg. Deze zorg op het niveau van de ordehandhavings- en misdaadbestrijdingsfunctie van het strafrecht moet gecombineerd worden met zorg op het niveau van rechtsbescherming van de burger tegen de overheid. Juist de rechtsbeschermende functie van het strafproces bepaalt het rechtskarakter van het strafrecht en is bij uitstek georiënteerd op mensenrechtelijke beginselen van behoorlijk handelen. Kunnen dimensies van zorg in mensenrechtelijk perspectief op beide niveaus samengaan?

Aan de hand van recente wetgeving en wetsvoorstellen op strafrechtelijk terrein laten Dorothé Garé e.a. als tendens de neiging van de Nederlandse overheid zien om internationaal erkende rechtsbeginselen instrumenteel in plaats van rechtsbeschermend toe te passen.[100] Het gaat dan onder andere om het onmiddellijkheidsbeginsel, het externe en interne openbaarheidsbeginsel, het beginsel van de contradictoire procesvoering, de onschuldpresumptie en het privacy-beginsel. Al deze beginselen hebben te maken met een vrije, eerlijke procesvoering naar het voorbeeld van het open gesprek.

Ik denk dat in het spanningsveld van een instrumentele en een rechtsbeschermende opvatting van strafrechtelijke beginselen het beginsel trouw als verbindende factor tussen vrijheid en zorg van bijzonder belang is. Op het niveau van de bescherming van mensen tegen belediging en het aanzetten tot haat komt het aspect trouw mooi naar voren in een uitspraak van de Hoge Raad uit 1940.[101] Daarin wordt een beroep van de verdachten op hun geloofsovertuiging door de Hoge Raad verworpen. De overtuiging van de verdachten betreft de bestrijding van godsdienstleiders. Daar kan volgens de Hoge Raad niet de noodzaak uit volgen om deze overtuiging te uiten in een vorm die "met uitsluiting van iedere mogelijkheid van goede trouw zonder enige motivering aan de wederpartij in een keur van grievende en beledigende uitdrukkingen kwade en de meest lage doeleinden aanwijst." In het licht van zorg staat de "uitsluiting van iedere mogelijkheid van goede trouw" hier gelijk aan het categorisch onthouden aan een ander van een vrijheid die de een wél voor zichzelf opeist.

Een bemiddelende rol van het beginsel trouw ten aanzien van aan de ene kant adequate strafvervolging en aan de andere kant individuele rechtsbescherming is te illustreren aan de hand van de actuele discussie over strafrechtelijke aansprakelijkheid van journalisten die beledigende uitspraken van derden citeren als bijdrage aan het publieke debat, bij voorbeeld over racisme.[102] Met het oog op bepalingen in verdragen op het gebied van de mensenrechten heeft deze discussie een sterk internationaal publiekrechtelijke inslag. Ik stel daarom voor de bespreking uit te stellen tot het volgende hoofdstuk. Als afsluiting van deze discussiebijdrage *over* strafrecht wil ik nog kort ingaan op discussie *in* het strafrecht.

100 Dorothé Garé e.a. (N.J.C.M-werkgroep Strafrecht en Mensenrechten), Straatsburg: ijkpunt of breekpunt?, NJCM Bulletin 1995, p. 482-503.

101 HR 4 maart 1940, NJ 1940, 830. Zie daarover Noyon-Langemeijer/Remmelink, aantek. 1a (noot 1) op artikel 137c Sr.

102 Zie over deze discussie Fred Janssens, Beledigende uitlatingen in de media, Opmerkingen naar aanleiding van EHRM 23 september 1994, Series A 289 (Jersild v. Denemarken), NJCM Bulletin 1995, p.124-141.

In onderstaande passage brengt Peter Bal de idee van discussie *in* het strafrecht treffend naar voren. "Om de morele verwerpelijkheid van het gedrag van de "dader" en diens aansprakelijkheid te bepalen, mogen we niet het deelnemersperspectief verlaten en een objectiverend waarnemersstandpunt tegenover hem innemen. We moeten met andere woorden "in gesprek" blijven met de dader. Slechts wanneer alle perspectieven van het slachtoffer, de dader en de maatschappij openlijk aan de orde zijn gesteld, kan de morele laakbaarheid en toerekenbaarheid van toegebrachte schade worden vastgesteld. Een dergelijke open discussie biedt bovendien aan de dader de gelegenheid om morele verantwoordelijkheid op zich te nemen."[103]

Als inhoudelijke richtlijnen voor "het gesprek met de dader" vraagt Bal aandacht voor mensenrechten. Hij beschouwt deze rechten als de morele maatstaven voor juridische discoursen. Ze openen volgens hem de mogelijkheid om de legitimiteit van het positieve strafrecht vanuit een moreel gezichtspunt te beoordelen. Naast een mensenrechtelijke fundering van een eerlijk straf*proces* pleit hij voor een *inhoudelijke* rol voor mensenrechten in het strafrechtelijk discours. In deze visie moeten misdaaddefinities gefundeerd worden op ernstige schendingen van fundamentele rechten. Ook bij het overtreden van algemeen erkende strafrechtsnormen moet de mogelijkheid van een op mensenrechten gebaseerde rechtvaardigingsgrond open blijven. Als tegenover elkaar staande fundamentele rechten in het geding zijn, acht Bal enigerlei vorm van juridische controle via wetgever en/of rechter geboden. "In dit opzicht vervullen strafrecht en strafrechtspleging de rollen van morele hoeders in dit soort aangelegenheden, al zullen ze het debat hierover open moeten laten."[104]

Het pleidooi van Bal voor een richtinggevende procedurele én inhoudelijke rol voor mensenrechten in het strafrecht sluit aan bij mijn opvatting van drie beginselen van mensenrecht als toetssteen voor het rechtskarakter van recht. Dat geldt uiteraard ook voor misdrijven en overtredingen betreffende de openbare orde en de zeden. Bal gaat uit van het juridisch niveau van mensenrechten zélf. In mijn voorstel wil ik de mogelijkheid van open discussie principieel open houden, óók als het gaat om de juridisering van rechten die als fundamenteel ervaren worden. Daarom wil ik de achter juridische mensenrechten liggende beginselen van behoorlijk handelen dienst laten doen als basaal richtsnoer voor het rechtskarakter van rechtsbeslissingen, óók in het strafrecht. Dat in de rechtspraktijk mensenrechten zélf als algemeen aanvaarde juridische standaard van behoorlijk handelen worden ervaren doet aan dit voorstel niet af. Integendeel, deze mensenrechten zijn in mijn voorstel te beschouwen als algemeen aanvaarde juridische uitwerkingen van de mensenrechtelijke beginselen vrijheid, trouw en zorg. Overigens gaat ook Bal bij de interpretatie van mensenrechten in het strafrecht uit van het recht op persoonlijke vrijheid.[105] Daarmee wordt ook langs deze weg vrijheid als leidend beginsel van mensenrecht bevestigd.

103 Peter Bal, Wat draagt Habermas bij tot de ontwikkeling van een discourstheorie van het straf(proces)-recht?, Recht en Kritiek 1994, p. 152-169, zie p. 163.

104 Bal 1994, p. 168, verwijst voor een genuanceerde beschouwing over de verhouding tussen mensenrechten en morele verantwoordelijkheid naar Raes 1992.

105 Bal 1994, p. 167 v.

INTERNATIONAAL PUBLIEKRECHT

1. Inleiding

Het internationaal publiekrecht is ontstaan uit het traditionele volkenrecht, dat oorspronkelijk alleen rechten en plichten van staten onderling regelde. Het bemoeide zich niet met mensenrechten. Na de eerste wereldoorlog werden in vredesverdragen regels over de behandeling van minderheden opgenomen. "Hoewel ook dit afspraken tussen staten waren betroffen deze regelingen in de eerste plaats mensen. Een eerste begin van mensenrechten trad het volkenrecht binnen."[1]

Na de tweede wereldoorlog is in een overgang van volkenrecht naar internationaal publiekrecht de opmars van mensenrechten op gang gekomen. De idee van een interne samenhang tussen drie beginselen van mensenrecht, waarvan ik in deze studie uitga, sluit aan bij de doctrine van ondeelbaarheid en onderlinge afhankelijkheid van alle mensenrechten. Deze doctrine wordt aangehangen door de Verenigde Naties. Maar hoewel relevante pogingen worden gedaan is ze nog niet vertaald naar de rechtspraktijk.[2] Werkt vrijheid als leidend beginsel van mensenrecht de feitelijke achterstandspositie van sociale mensenrechten ten opzichte van klassieke vrijheidsrechten in de hand? Bij sociale rechten staat immers niet vrijheid, maar feitelijke zorg op de voorgrond. Deze kwestie roept de historische vraag op, hoe de voorrangspositie van klassieke vrijheidsrechten ten opzichte van sociale mensenrechten zich feitelijk ontwikkeld heeft.

Als model voor de historische ontwikkeling van de voorrangspositie van klassieke vrijheidsrechten ten opzichte van sociale mensenrechten schets ik de ontwikkeling van de vrijheid van geweten sedert de Griekse oudheid tot de erkenning als mensenrecht (par. 2), in 1950 in het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), in 1966 in het Internationaal verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten (IVBPR). In een aparte paragraaf behandel ik daarna de vraag of een algemeen geformuleerd mensenrecht op gewetensvrijheid, los van godsdienstige overtuiging, juridisch mogelijk is (par. 3). Deze bespreking is bedoeld om de juridisch-praktische houdbaarheid van een leidende positie van vrijheid als mensenrechtbeginsel op de proef te stellen.

1 H.G. Schermers, Mensenrechten en internationaal publiekrecht, in P.B. Cliteur en A.P.M.J. Vonken, (red.), Doorwerking van mensenrechten, Groningen 1993, p. 143-151, p. 143.

2 Cees Flinterman, De ondeelbaarheid van de rechten van de mens, in A.P.M. Coomans e.a. (red.), De toenemende betekenis van economische, sociale en culturele mensenrechten, Leiden 1994, p. 1-7.

Het EVRM en het IVBPR zijn juridisch bindende verdragen op het gebied van de klassieke rechten van de mens. Verdragen op het gebied van sociale rechten van de mens - zoals het in 1961 in Europees verband overeengekomen Europees Sociaal Handvest (ESH) en het in 1966 in VN-verband gesloten Internationaal verdrag inzake economische sociale en culturele rechten (IVESCR) - zijn moeilijker juridisch hard te maken. De in deze verdragen aangenomen sociale rechten blijven als "ondergeschoven kind" in de schaduw van burgerlijke en politieke rechten.[3] Daarmee strookt de praktijk inderdaad niet met de doctrine van de ondeelbaarheid en onderlinge afhankelijkheid van alle rechten van de mens. Kunnen drie beginselen van mensenrecht in hun eenvoud een handje helpen om theorie en praktijk dichter bij elkaar te brengen? Bij het bekijken van de ingewikkelde leer van negatieve en positieve verplichtingen van staten uit het EVRM lijkt dat aannemelijk (par. 4).

Het begrip openbare orde komt in dit hoofdstuk pas kijken bij de in het vorige hoofdstuk uitgestelde bespreking van de discussie over strafrechtelijke aansprakelijkheid van journalisten die racistische uitspraken van derden publiceren (par. 5). De onopvallende rol die het begrip openbare orde in deze discussie speelt is op het punt van *inhoud* een bevestiging van een algemene inzetbaarheid van het begrip openbare orde, georiënteerd op drie beginselen van mensenrecht. De vraag naar *functies* leidt tot bundeling van eerder besproken deelfuncties in een universele bemiddelende functie van het begrip openbare orde (par. 6). Na een verkenning op het gebied van mensenrecht in de context van het Europees Gemeenschapsrecht (par. 7) kom ik in die context kort op dit bemiddelend openbare orde begrip terug (par. 8). Ik doe dat in een speculatieve beschouwing over het aanpakken van een actueel rechtspolitiek probleem: discriminatie van "Europese vreemdelingen" ten opzichte van burgers van de Europese Unie.

2. De ontwikkeling van de vrijheid van geweten tot klassiek mensenrecht[4]

In de klassieke Griekse polisfilosofie vallen politiek en religie samen. De idee dat het individu vanuit een morele overtuiging zelfstandige rechten tegenover de staat zou kunnen hebben ontbreekt. Omstreeks het einde van de vijfde eeuw voor Christus begint de politiek-religieuze eenheid van de polis af te brokkelen. Het inzicht ontstaat dat het politieke systeem niet een natuurnoodzakelijke ordening is maar het resultaat van menselijk handelen. Daardoor ontstaat ruimte voor conflict tussen persoonlijke (private) en gemeenschappelijke (publieke) moraal.

3 Th.C. van Boven, Slotopmerkingen in A.P.M. Coomans e.a. (red.), De toenemende betekenis van economische, sociale en culturele mensenrechten, Leiden 1994, p. 140-142, p. 140. Zie ook NJCM-commentaren inzake de versterking van het respect voor economische, sociale en culturele rechten, NJCM-Bulletin, 19-3 (1994), p. 276-296 en NJCM-Bulletin, 20-2 (1995), p. 255-259.

4 Ik maak gebruik van het proefschrift van B.P. Vermeulen, De vrijheid van geweten, een fundamenteel rechtsprobleem, Arnhem 1989. Zie ook R. Bost, Recensie in Tijdschrift voor Privaatrecht 1990, p. 1-495-1511.

Na het verval van de Griekse polis lijken Romeinse denkers zich in twee tegengestelde richtingen van de polisfilosofie af te keren. Aan de ene kant richt het denken zich op kosmopolitisch universalisme. Aan de andere kant richt het zich op het individu, op het innerlijk. Door het inzicht dat je iemand per definitie niet kunt dwingen om te geloven komt *vrijheid* van geloof als beginsel tegenover geloofs*dwang* te staan. Door een sterke oriëntatie op innerlijke autonomie blijft een uiterlijke sfeer van vrijheid voor de individuele mens echter nog buiten beeld. Daarbij komt dat ook het beginsel van geloofsvrijheid zelf restrictiever wordt toegepast naarmate de vervolging van het christendom wegens vermeende staatsvijandigheid afneemt.[5]

Tegen de tijd dat het christendom de status van Romeinse staatsgodsdienst heeft bereikt, heeft er een koerswijziging plaatsgehad in de christelijke theologie. Doordat het criterium voor objectieve waarheid gezocht wordt in de kerk, worden argumenten vóór vrijheid en tégen dwang op het terrein van de religie ondergraven. De kerk is niet meer een geestelijke gemeenschap van gelovigen op basis van vrijwilligheid. Ze is "een machtig, hiërarchisch georganiseerd en door de staat beschermd instituut."[6] De middeleeuwse Westeuropese samenleving wordt letterlijk een "respublica christiana". In een eenheid van kerk en Rooms-Duitse rijk symboliseren paus en keizer samen de politiek-religieuze eenheid van de christenen.

Met de opkomst van zich onafhankelijk beschouwende nationale vorsten brokkelt vanaf de dertiende eeuw het Rooms-Duitse imperium af. Pleidooien voor tolerantie en gewetensvrijheid worden steeds sterker. Door geloofsverdeeldheid, dynastiek en adellijk machtsstreven en de overtuiging de (eigen) enig ware godsdienst met alle middelen te moeten beschermen, wordt West-Europa vanaf de tweede helft van de zestiende eeuw het toneel van bloedige godsdienstoorlogen. Om hieraan een einde te maken worden pogingen gedaan om in een nieuwe politieke orde met juridische regelingen tot een zekere mate van vreedzame coëxistentie van verschillende godsdiensten te komen. De eerste regeling op dit gebied is het verdrag dat bekend staat als de Augsburgse religievrede (1555). Dit verdrag erkent de rooms-katholieke en de lutherse confessie en verbiedt de roomse en lutherse landsheren van het Duitse rijk elkaar tegen hun geweten in tot een van deze religies te dwingen. De vrijheid van godsdienstkeuze wordt geformuleerd als gewetensvrijheid van de vorst. Zijn onderdanen moeten hun vorst in zijn keuze volgen of uitwijken.

De Augsburgse religievrede geeft voeding aan de idee van een soevereine staat die niet (meer) als hoofddoel heeft het handhaven van waarheden, maar het waarborgen van een vreedzame politieke orde. De primaire staatstaken liggen in deze visie niet op religieus, maar op wereldlijk terrein. Het belang van eenheid van religie moet wijken als het herstel van die eenheid niet zonder grote schade aan het algemeen belang (orde, vrede, welvaart) te bereiken is. Om de orde en rust te kunnen waarborgen moet de vorst als een neutrale, soevereine instantie boven twistende religiepartijen staan.

5 Vermeulen 1989, p. 28.
6 Vermeulen 1989, p. 31-32.

Naast en vaak in samenhang met de politiek-pragmatische pleidooien voor (partiële) secularisatie van de staat en voor tolerantie ten aanzien van godsdienstige minderheden worden in de zestiende en zeventiende eeuw principieel-ethische argumentaties ontwikkeld voor religieuze verdraagzaamheid. In aan tijd en omstandigheden aangepaste vorm zijn deze argumentaties meestal gebaseerd op de klassieke bezwaren tegen geloofsdwang. Een spiritualistisch motief grijpt terug op de eerder besproken ethiek van het innerlijk. Verder wordt opnieuw een beroep gedaan op het argument dat het geloof slechts in vrijheid aanvaard kan worden. Origineel is een derde argument: de onaantastbare waardigheid van het individuele geweten. Dit argument ligt ten grondslag aan de formulering van de vrijheid van geweten op het terrein van de religie als individueel recht van de mens. Eerdere argumenten kunnen geen individueel recht funderen omdat afwijzing van geloofsdwang daarin niet gebaseerd is op iets individueels, maar op het wezen van kerk en geloof.

Vooronderstelling in de tot nu toe geschetste redenering is nog steeds dat de objectieve (geloofs)waarheid in beginsel gekend kan worden. Maar er ontstaat ook een tendens van relativering van de waarheid. Het argument dat geen enkele wereldlijke instantie in staat is te bepalen wat de waarheid is en dus geen bevoegdheid heeft iemand omwille van zijn geloofsovertuiging te veroordelen en te straffen wint steeds meer aan kracht. Daarmee zijn de belangrijkste praktische en theoretische voorwaarden vervuld om de vrijheid van geweten te kunnen formuleren als een *recht*. Praktisch is de eenheid tussen kerk en staat verbroken. De staat heeft zich tegenover de religie geëmancipeerd. Theoretisch is het argument van dwang ter wille van geloofswaarheid weggevallen. Deze ontwikkelingen scheppen de ruimte waardoor een bepaald aspect van het geweten - in het geweten komt de mens in aanraking met God - nu als argument voor de gewetens*vrijheid* kan gaan fungeren. Deze opvatting ligt al besloten in het gewetensconcept dat sinds de oudheid dominant is. Nu zijn de noodzakelijke condities vervuld om het geweten op grond van godsverbondenheid een eigen sfeer, juridisch geformuleerd als vrijheidsrecht, te kunnen en te moeten toekennen.

In de loop van de tijd wordt in verdragen, edicten en verdedigingsverbonden aan de aanhangers van de belangrijkste godsdiensten gaandeweg vrijheid van geweten toegekend. De Unie van Utrecht (1579) is op dit gebied een primeur. De in artikel XIII Unie van Utrecht gewaarborgde vrijheid van geweten kan beschouwd worden als de eerste positivering van de idee der mensenrechten in een subjectief vrijheidsrecht.[7] Niet een autonome grondslag, waarvan hier nog geen sprake is, maar de theonome grondslag van het geweten blijkt de juridische formulering van de vrijheid van geweten als eerste mensenrecht mogelijk te hebben gemaakt.

In de tijd vóór de Franse revolutie worden politieke verlangens die te maken hebben met zekerheid van leven en eigendom, met vrijheid van godsdienst en meningsuiting, met beginselen van een eerlijke procesgang en met bescherming tegen wreedheden in de strafrechtspleging steeds meer gemeengoed. Sterker nog, men gaat daar rechten in zien die

7 Vermeulen 1989, p. 56 v.

aan een ieder mens als zodanig behoren toe te komen.[8] Internationaal gezien is dat nog niet zo duidelijk bij het tot stand komen van de Unie van Utrecht in 1579 en ook niet bij de Engelse Bill of Rights van 1688. In Bills of Rights die tot stand komen in de onafhankelijkheidsstrijd van Jonge Amerikaanse staten tegen Engeland, is dat wél duidelijk. De eerste Amerikaanse Bill of Rights is die van Virginia van 1776. Deze en latere Amerikaanse Verklaringen hebben grote invloed op de Franse Verklaring van de Rechten van de Mens en de Burger van 1789 en via deze op alle latere verklaringen van rechten van de mens.[9]

Artikel 2 van de Franse Verklaring van 1789 luidt: "Het doel van iedere politieke vereniging is het handhaven van de natuurlijke en onvervreemdbare mensenrechten. Deze rechten zijn vrijheid, eigendom, veiligheid en het verzet tegen onderdrukking."[10] De Franse verklaring staat bij de vestiging van de Bataafse Republiek model voor de Hollandse Proclamatie der rechten van den Mensch en van den Burger van 1795. Artikel 5 van de Hollandse Proclamatie is echter van eigen bodem. Als een vernieuwing van de in 1579 in de Unie van Utrecht vastgelegde vrijheid van geweten op het gebied van de religie staat in dit artikel: "dat ieder Mensch het recht heeft, om God zoodanig te dienen als hij wil, of niet wil, zonder daarin op eenigerlei wijze gedwongen te kunnen worden."[11]

In de Unie van Utrecht van 1579 en in de Hollandse Proclamatie van 1795 mag de notie van mensenrecht te herkennen zijn, het blijft een interne statelijke aangelegenheid. Pas na de eerste wereldoorlog komt met de oprichting van de Volkenbond als eerste algemene wereldorganisatie een voorzichtige internationalisering van rechten van de mens op gang. Het streven van de Volkenbond is erop gericht om staatsgrenzen en grenzen van volkeren zo veel mogelijk te laten samenvallen. Dit leidt tot internationale afspraken over de behandeling van minderheden. "Hoewel ook dit afspraken tussen staten waren betroffen deze regelingen in de eerste plaats mensen. Een eerste begin van mensenrechten trad het volkenrecht binnen."[12]

Tijdens de tweede wereldoorlog klinken klemmende pleidooien voor een wereldomvattende regeling op het gebied van mensenrechten. Een bekend voorbeeld van zo'n pleidooi is de boodschap van President Franklin D. Roosevelt van 6 januari 1941, gericht aan het Congres van de Verenigde Staten van Amerika. De in die boodschap verpakte "Vier

8 A.A.G. Peters, De emancipatie van de mens, in M.B.W. Biesheuvel en C. Flinterman (red), De rechten van de mens, Amsterdam 1983, p. 7-22, zie p. 10-11. Peters maakt er op attent dat al in de Engelse Magna Charta van 1215 vier wezenlijke bestanddelen van de rechten van de mens te onderkennen zijn: de notie van een forum waarvoor zulke rechten verdedigd kunnen worden; een beroep op "hoger recht" dan een bevel van politieke overheden; een beginsel van wederkerigheid en de nodige feitelijke politieke macht van onderdanen om subjectieve rechten te kunnen doorzetten.

9 Peters 1983, p. 11. Zie ook Gerbenzon/Algra 1987, p. 182 v.

10 Over de introductie in de Franse Verklaring van individuele én collectieve zelfbeschikking van de mens, als individu en burger, zie Meij van Bruggen 1989, p. 12 v.

11 Gerbenzon/Algra 1987, p. 184. De auteurs verwijzen naar de Amsterdamse dissertatie van W.J. Goslinga, De Rechten van den Mensch en Burger (1936).

12 Schermers 1993, p. 143.

Vrijheden" zijn nadien een gevleugeld leven gaan leiden.[13] "In the future days, which we seek to make secure, we look forward to a world founded upon four essential human freedoms. The first is freedom of speech and expression - everywhere in the world. The second is freedom of every person to worship God in his own way - everywhere in the world. The third is freedom from want - which, translated into world terms, means economic understandings which will secure to every nation a healthy peace life time for its inhabitants - everywhere in the world. The fourth is freedom from fear - which, translated into world terms, means a worldwide reduction of armaments to such a point and in such a thorough fashion that no nation will be in a position to commit an act of physical aggression against any neighbour - anywhere in the world. That is no vision of a distinct millennium. It is a definite basis for a kind of a world attainable in our own time and generation."[14] In deze historische boodschap worden niet alleen klassieke vrijheidsrechten genoemd, waaronder de gewetensvrijheid op het gebied van de religie. Ook sociale rechten van de mens worden daarin voorgesteld als aspecten van vrijheid.

In 1945 komt het Handvest van de Verenigde Naties (VN) tot stand. Daarin worden enkele bepalingen opgenomen over het bevorderen door de VN van universele eerbied voor en inachtneming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden voor allen, zonder onderscheid naar ras, geslacht, taal of godsdienst. In 1948 wordt in de Algemene vergadering van de VN de eerder als politieke intentieverklaring dan als juridisch document bedoelde Universele Verklaring van de Rechten van de mens aangenomen. In artikel 1 van de Universele Verklaring staat dat alle mensen vrij en gelijk in waardigheid en rechten geboren worden, dat zij begiftigd zijn met verstand en geweten en dat zij zich jegens elkander in een geest van broederschap behoren te gedragen. Een hernieuwing van de boodschap van de Franse revolutie: vrijheid, gelijkheid en broederschap. Juridisch bindend wordt de gewetensvrijheid daarna in Europees verband gecodificeerd in artikel 9 EVRM. In VN-verband gebeurt dat in artikel 18 IVBPR.

3. Zet "oeverloosheid" van het geweten het vrijheidsbeginsel opzij?[15]

In zijn proefschrift betreffende de gewetensvrijheid als fundamenteel rechtsprobleem komt Vermeulen tot de conclusie: "het geweten heeft elke "aanwijsbaarheid" verloren. Het heeft niet enkel de grenzen van zijn oorspronkelijke terrein, de religieuze, private sfeer reeds lang overschreden. Zijn actieradius is zelfs onbeperkt geworden: het is "oeverloos" geworden."[16] Hij betoogt dat het geweten niet alleen theoretisch, maar ook feitelijk oeverloos is

13 Naar deze morele uitgangspunten verwijst de "Four Freedoms Award" van de Roosevelt Stichting. Oud-premier R. Lubbers ontving deze onderscheiding op 3 april 1995 voor zijn inspanningen in de jaren tachtig om een einde te maken aan de Koude Oorlog.

14 Th.C. van Boven, De volkenrechtelijke bescherming van de godsdienstvrijheid, proefschrift Leiden, Assen 1967, p. 67, verwijst voor dit citaat naar Commager, Henry Steele, Documents of American History (3rd ed., 1946), p. 634.

15 De "oeverloosheidsthese" wordt verdedigd door Vermeulen, 1989. De bespreking in deze paragraaf is een verkorte weergave van mijn commentaar op deze these in Bost 1990.

16 Vermeulen 1989, p. 123.

geworden. Factoren als toenemende overheidsinterventies op terreinen die voorheen tot het private domein behoorden, differentiatie op godsdienstig terrein, politisering en individualisering van het geweten spelen hierbij een rol. Naast het voor de hand liggende anarchie-argument - angst voor opheffing van de beschermende functies van het recht bij onbegrensde externe gewetensvrijheid - werkt Vermeulen een principieel juridisch argument uit tegen een algemeen recht op gewetensvrijheid: omdat het geweten geen concrete verschijningsvorm heeft is adequate clausulering van de gewetensvrijheid principieel onmogelijk.

Een analyse van de artikelen 9 EVRM en 18 IVBPR leidt Vermeulen tot de bevinding dat deze slechts de innerlijke gewetensvrijheid bestrijken, niet de externe vrijheid van geweten. Hij betoogt dat de daarin opgenomen bepalingen over de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging objectief-restrictief uitgelegd moeten worden. In zijn betoog gaat het om de rol die de vrijheid van geweten in het bestaande Nederlandse rechtssysteem speelt en kan spelen. Vooral op het laatste (kán spelen) is mijn bezwaar gericht. In de visie van Vermeulen kan het geweten slechts díe rol in het rechtssysteem spelen waarvoor de wetgever op deelterreinen vooraf een overzichtelijk kader creëert. Mijn bezwaar ziet niet op het pragmatisch-juridisch niveau van regelgeving of rechtspraak ter effectuering van een fundamenteel menselijke waarde als de vrijheid van geweten. Mijn bezwaar ziet op het principieel-juridisch niveau van de erkenning van die fundamentele waarde zélf. Het keert zich tegen een visie waarin deze principiële algemene erkenning - waaraan in een democratische rechtsstaat ook overheidsorganen gebonden zijn - geacht wordt nutteloos te zijn, omdat ze in de rechtspraktijk "onmogelijk" zou zijn.

Is het geweten inderdaad oeverloos geworden? Laat de ontwikkeling van het Westerse denken over gewetensdwang en gewetensvrijheid niet de geleidelijke uitkristallisering zien van universele menselijke waarden als algemene inspiratiebronnen voor gewetensvol handelen? Kan de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, waarnaar Vermeulen in de openingspassage van zijn studie verwijst, niet gezien worden als neerslag van deze eeuwenoude ontwikkeling op het gebied van menselijke (gewetens)waarden? Mij lijkt dat de Universele Verklaring beschouwd kan worden als eerste poging in de geschiedenis van de menselijke soort om te komen tot universele politiek-juridische maatstaven voor gewetensvol handelen. Dat geldt juist ook, nu algemeen menselijke waarden geleidelijk aan losgekoppeld zijn of worden van de christelijke religie als inspiratiebron. De door Vermeulen beschreven schijnbaar bescheiden plaats die de gewetensvrijheid in ons huidig rechtssysteem inneemt kan dan verklaard worden vanuit de gedachte dat de vrijheid van geweten juridisch gezien een soort restcategorie is. In samenhang met nieuwe inzichten in de samenleving wordt deze restcategorie telkens nader gedifferentieerd en geconcretiseerd. De kern van morele vrijheid blijft daarbij het uitgangspunt.

Voeding voor de hier voorgestelde visie vind ik bij Vermeulen zelf, waar hij verwijst naar fundamentele rechtsbeginselen, "basiswaarden als de democratie en het respect voor de rechten van de mens" die in onze rechtsorde differentiatie tussen verschillende gewetensmotieven toelaten. "De redelijkheid van een dergelijke differentiatie vloeit voort uit de taak van de staat genoemde beginselen te waarborgen, hetgeen impliceert dat hij niet hoeft en

soms zelfs niet dient te wijken voor (gewetens)principes die deze beginselen uitsluiten."[17] Impliceert dit niet dat het de taak van de staat is om óók of juist het *beginsel* van gewetensvrijheid als grond- of mensen*recht*beginsel te waarborgen? Een beginsel dat zich niet oplost met het steeds weer nader concretiseren. En komen, mét respect voor de rechten van de mens, niet tevens algemeen-menselijke voedingsbronnen en daaraan gekoppeld iets als een universele "oever" voor de uit deze bronnen voortkomende stromingen in zicht? Ik denk aan stromingen als verdraagzaam humanisme, pacifisme en een ecologische vredespolitiek.

Vermeulen onderschrijft mijn betoog op het punt van het telkens nader differentiëren en juridisch concretiseren van de vrijheid van geweten.[18] Maar hij ziet daarin eerder een bevestiging dan een weerlegging van de in zijn proefschrift verkondigde stelling dat de vrijheid van geweten een onmogelijk recht is. Het is en blijft volgens hem goed mogelijk het beroep op het geweten en de vrijheid van geweten te zien als een belangrijke morele inspiratiebron om te komen tot de formulering en eerbiediging van grondrechten. Historisch kan het beginsel van de vrijheid van geweten zelfs gezien worden als de "moeder der grondrechten."[19] Door de positivering van een aantal gewetensrelevante vrijheden is de juridische taak van de gewetensvrijheid volgens Vermeulen echter uitgehold. Ik ga er daarentegen van uit dat de vrijheid van geweten als *recht*sbeginsel niet voor juridische uitholling vatbaar is. Integendeel, ze blijft steeds vatbaar voor nadere juridische concretisering.

Als uitgegaan wordt van erkenning van vrijheid van geweten als beginsel van mensenrecht, dan dient juridische beperking van deze gewetensvrijheid zich niet aan als "onmogelijk", het uitgangspunt van Vermeulen. Juridische beperking dient zich dan aan als "noodzakelijk" in een democratische samenleving. Het uitgangspunt voor het mogelijk maken van gewetensconform levensgedrag of voor de erkenning van gewetensbezwaren is dan niet zoals bij Vermeulen de praktische hanteerbaarheid bezien vanuit het rechtssysteem. Het uitgangspunt is dan respect voor en bescherming van de gewetensvrijheid als fundamentele rechtswaarde, in een evenwichtige afweging met en bescherming van andere basiswaarden.

Vermeulen stelt dat er zwaarwegende gronden zijn om aan te nemen dat artikel 9 lid 1 EVRM uitsluitend de interne gewetensvrijheid bestrijkt. Anders dan de tegengestelde visie, die in rechtspraak veelal wordt ingenomen, noodzaakt dit standpunt er niet toe om toevlucht te nemen tot onaanvaardbare beperkingsmethoden, aldus Vermeulen.[20] Hij onderbouwt zijn standpunt met argumenten van historische, systematische en rechtslogische aard. Ik beperk de bespreking hier tot het in de ogen van Vermeulen doorslaggevend

17 Vermeulen 1989, p. 233.

18 B.P. Vermeulen, Wie bepaalt de reikwijdte van de grondrechten? Preadvies, Handelingen van de vereniging voor wijsbegeerte van het recht, R&R 1992/1, p. 16-46, p. 31-32.

19 Vermeulen 1992, p. 32, verwijst naar G. Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte (1895) in R.Schnur (Hrsg.), Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte, Darmstadt 1964.

20 Vermeulen 1989, p. 184.

rechtslogisch argument: de onmogelijkheid van ongeclausuleerde externe gewetensvrijheid.[21]

Ik deel de mening van Vermeulen dat de beperkingsgronden van artikel 9 lid 2 EVRM - waaronder het criterium openbare orde - uitsluitend van toepassing zijn op *uitings*vrijheid, niet op *innerlijke* vrijheid. Dat blijkt duidelijk uit de tekst van dit artikellid: "De vrijheid zijn godsdienst te belijden of overtuiging tot uitdrukking te brengen kan aan geen andere beperkingen zijn onderworpen dan die bij de wet zijn voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van de openbare veiligheid, voor de bescherming van de openbare orde, gezondheid of goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen." Ook ben ik het met Vermeulen eens dat het gezien verdragstekst en verdragssystematiek niet toegestaan is de in artikel 9 lid 1 EVRM opgesomde vrijheden buiten artikel 9 lid 2 om te beperken. In de visie van Vermeulen dwingt dit rechtslogisch tot de conclusie: "Daar de vrijheid van geweten in artikel 9 lid 1 EVRM niet aan beperkingen onderworpen is, kan en mag zij enkel op het forum internum betrekking hebben."[22]

In de volgende benadering vervalt het in Vermeulens redenering ijzersterk rechtslogisch argument, de onmogelijkheid van ongeclausuleerde externe gewetensvrijheid. In de overgang tussen het eerste en het tweede gedeelte van artikel 9 lid 1 EVRM meen ik stof voor deze benadering te vinden. Voor de duidelijkheid volgt hier de tekst van artikel 9 lid 1 EVRM integraal: "Een ieder heeft recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst; dit recht omvat tevens de vrijheid om van godsdienst of overtuiging te veranderen, alsmede de vrijheid hetzij alleen, hetzij met anderen, zowel in het openbaar als in zijn particuliere leven zijn godsdienst of overtuiging te belijden door de eredienst, door het onderwijzen ervan, door de praktische toepassing ervan en het onderhouden van de geboden en voorschriften."

Vermeulen spreekt over "twee verschillende groepen van vrijheidsrechten, waarbij de ene categorie (de vrijheid van gedachte, geweten etc.) enkel op het forum internum, de andere categorie (de godsdienstige en levensbeschouwelijke uitingsvrijheid) op het forum externum betrekking heeft."[23] Het onderscheid tussen louter innerlijke geestesvrijheid en uiterlijke handelingsvrijheid wordt volgens de auteur enigszins "verdoezeld" door de frase dat het eerdergenoemde recht tevens het laatstgenoemde omvat ("includes resp. "implique" in de authentieke Engelse en Franse verdragsteksten)."[24] Ten onrechte suggereert dit volgens hem dat de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst mede betrekking heeft op het forum externum.

21 Voor een bespreking van de andere argumenten verwijs ik naar Bost 1990, p. 1508-1509. De strekking van Vermeulens redenering ten aanzien van artikel 9 EVRM is ook van toepassing op artikel 18 IVBPR.

22 Vermeulen 1989, p. 191.

23 Vermeulen 1989, p. 185-186.

24 Vermeulen 1989, p. 186.

Zou het kunnen dat het bindteken - omvat, includes, implique - ook verhelderend werkt? Ik doel op het feit, dat dit bindteken nevenschikkend seculiere en religieuze noties in een doorgaande lijn betrekt op innerlijke én uiterlijke vrijheden. Is de overgangspassage zo gezien zowel een verbinding tussen het religieuze en het seculiere geestesleven als tussen het rijk van de geest en dat van het sociaal handelen? In deze visie drukt artikel 9 lid 1 EVRM niet "twee verschillende groepen vrijheidsrechten" uit, maar innerlijke vrijheden en daarvan te onderscheiden, maar niet of nauwelijks te scheiden uiterlijke vormen van diezelfde vrijheden, zoals ze zich in de samenleving manifesteren. Zo gezien worden in artikel 9 lid 1 EVRM innerlijke aspecten van de geesteswereld naar hun uiterlijke aspecten samengevat in een religieuze stroming onder de noemer "godsdienst" en een seculiere stroming onder de noemer "overtuiging". De seculiere externe gedachten- en gewetensvrijheid is dan onder te brengen in uitingsvormen van "overtuiging". Dat komt overeen met de in artikel 9 lid 1 EVRM genoemde "praktische toepassing ervan" (van godsdienst en overtuiging). Zo gezien kan naar ik meen met recht gepleit worden voor een interpretatie van artikel 9 lid 1 EVRM die rekening houdt met de secularisatie van het gewetensbegrip, maar het daarom nog niet als "overloos" beschouwt.

De tegenwerping dat de externe gewetensvrijheid niet af te leiden is uit artikel 9 lid 1 EVRM, juist omdat ze als het ware "opgeslokt" wordt door de vrijheid van overtuiging, snijdt in de door mij voorgestelde interpretatie geen hout. Deze tegenwerping gaat uit van een visie die niet alleen het interne gewetensbegrip, maar ook de externe uitingsvormen van levensovertuiging zuiver formeel benadert, als uitsluitend objectief herkenbaar aan "hoe" de overtuiging zich manifesteert en niet mede aan "wat" ze tot uitdrukking brengt.[25] Als aangenomen wordt dat externe gewetensvrijheid in artikel 9 lid 1 EVRM inderdaad onder de noemer van uiting van (gewetens)overtuiging te brengen is, dan komt deze externe gewetensvrijheid per definitie onder het beperkingsregime van artikel 9 lid 2 EVRM te vallen, waaronder het beperkingscriterium openbare orde. Daarmee vervalt in déze redenering het in Vermeulens redenering ijzersterk argument van rechtslogische aard tégen het erkennen van externe gewetensvrijheid.

De historische ontwikkeling van de gewetensvrijheid én de oeverloosheidsthese van Vermeulen illustreren de achtergrond van de voorrangspositie van klassieke vrijheidsrechten ten opzichte van sociale mensenrechten. Klassieke vrijheidsrechten die weinig of niets kosten (interne gewetensvrijheid) of die vanuit overheidsoptiek juridisch goed beheersbaar zijn (externe godsdienstvrijheid) kunnen gemakkelijker juridisch erkend worden dan sociale rechten waarvan gevreesd wordt dat ze een "onmogelijke" zorgverplichting op de staat leggen. Met ontkrachting van de oeverloosheidsthese en de daarop gebaseerde "onmogelijkheid" van principiële erkenning van externe gewetensvrijheid wordt een mogelijk juridisch obstakel voor vrijheid als leidend beginsel van mensenrecht uit de weg geruimd. Dat is zeker van belang waar het hier om het geweten als morele kern van de mens en om gewetensvrijheid als "moeder der grondrechten" gaat.

25 Dat een formele, "objectief-restrictieve" interpretatie wat het "objectieve" betreft nogal betrekkelijk kan zijn heb ik proberen te illustreren aan het voorbeeld dat Vermeulen geeft in de zaak Arrowsmith voor de Europese Commissie. Zie Vermeulen 1989, p. 202 v.; Bost 1990, p. 1510.

4. Drie beginselen van mensenrecht als hulpmiddel bij het opheffen van de tweedeling in klassieke en sociale mensenrechten?

"De ondeelbaarheid en onderlinge afhankelijkheid van alle rechten van de mens staan tegenwoordig buiten kijf. Zij zijn een fundamenteel beginsel van de benadering van de rechten van de mens door de Verenigde Naties en behoren tot de normatieve grondslag van het tegenwoordige internationale recht inzake de rechten van de mens."[26] Theoretisch sluit deze doctrine aan bij de in het eerste deel van deze studie weergegeven reconstructie van subjectieve rechten als voorwaarden voor een legitieme rechtsorde.[27] Praktisch lijkt de doctrine van de ondeelbaarheid en afhankelijkheid van alle rechten van de mens nog nauwelijks vertaling te vinden in de rechtspraktijk. Dat de tweedeling van mensenrechten in afzonderlijke politieke en sociale componenten onvoldoende recht doet aan de bescherming van de menselijke persoon in haar totaliteit leidt Van Boven naar ik meen terecht af "uit de keuzes die in latere codificaties zijn gemaakt aangaande bescherming van bepaalde categorieën mensen: vrouwen, kinderen, migranten, inheemse volkeren. In al deze codificaties zijn de politieke en sociale grondrechten bij elkaar gebracht omdat juist voor de kwetsbare mens de beschikking over politieke mondigheid en sociale bescherming een levensvoorwaarde is voor een menswaardig bestaan."[28]

Bij het hanteren van de klassieke vrijheidsrechten van het EVRM is via het Europees Hof voor de bescherming van de rechten van de mens te Straatsburg de leer van de negatieve en positieve staatsverplichtingen ontstaan.[29] Deze leer kan gezien worden als een poging tot een gedeeltelijke vertaling van de doctrine van de ondeelbaarheid en onderlinge afhankelijkheid van alle rechten van de mens in de rechtspraktijk. Als een probleem dringt zich dan op dat het onderscheid tussen negatieve en positieve verplichtingen soms "werkelijk verwarrend" kan zijn.[30] Laten we deze materie wat nader bekijken aan de hand van een analyse van de aard van positieve verplichtingen uit het EVRM.[31]

De traditioneel als klassieke mensenrechten aangeduide rechten uit het EVRM gaan uit "van de aan de Franse en Amerikaanse revoluties ontleende idee dat ieder individu een bepaalde mate van vrijheid toekomt waarin de staat, of ieder met de staat gelijk te stellen verband, niet mag treden. (...) Naast, en in contrast met, deze klassieke grondrechten staan de sociale grondrechten. Sociale grondrechten leggen aan de staat een verplichting op om actie te ondernemen om het individu bescherming te bieden of om anderszins voordelen voor het individu veilig te stellen. Het beeld dat aldus ontstaat is er een van twee soorten

26 Flinterman 1994, p. 1, met bronvermeldingen.
27 Zie hfdst. 3, par. 2.
28 Van Boven 1994, p. 140-141.
29 Zie hierover Caroline J. Forder, Positieve verplichtingen in het kader van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, in NJCM-Bulletin 17-6 (1992), p. 611-637.
30 Forder 1992, p. 619.
31 Forder 1992, p. 616 v.

constitutionele rechten: van sociaal-grondrechtelijke en klassiek-grondrechtelijke aard."[32] In het verlengde van de hier geschetste tweedeling ligt een onderverdeling in positieve (sociale) en negatieve (klassieke) rechten met daaraan gekoppelde positieve en negatieve staatsverplichtingen.

In de leer van positieve staatsverplichtingen uit het EVRM worden positieve (sociale) rechten en dito staatsverplichtingen gevormd uit rechten waarvan oorspronkelijk aangenomen werd dat ze uitsluitend een negatief (klassiek) karakter hadden. In een onderzoek van de jurisprudentie van het Hof in Straatsburg naar de reikwijdte van positieve verplichtingen in het kader van het EVRM komt Forder tot de conclusie dat het moeilijk kan zijn positieve en negatieve verplichtingen van elkaar te onderscheiden. Soms blijkt de karakterisering vrij willekeurig te gebeuren terwijl het aanmerken van een verplichting als positief kan resulteren in een geringere bescherming van het desbetreffende belang. Forder toont overtuigend aan "dat positieve en negatieve verplichtingen niet van dien aard zijn dat zij als twee uitersten tegenover elkaar staan, maar dat ze eerder twee parallelle, complementaire en elkaar soms overlappende categorieën van bescherming vertegenwoordigen."[33] Om die reden pleit zij ervoor, positieve verplichtingen zoveel als redelijkerwijs mogelijk is naar analogie met negatieve te ontwikkelen.

Ik zou nog een stap verder willen gaan. Ik zou willen pleiten voor het bekijken van alle staatsverplichtingen op het gebied van grond- en mensenrechten als (varianten van) positieve verplichtingen. Met deze benadering wil ik niet alleen de ondeelbaarheid en onderlinge afhankelijkheid van alle rechten van de mens accentueren. Ik denk dat deze benadering ook kan helpen voorkomen dat de klassieke vrijheidsidee en daarmee de idee van de rechtsstaat in de kern bedreigd wordt. Dat laatste kan gebeuren als de klassieke vrijheidsidee overwoekerd wordt door handelend optreden van de overheid bij het verwezenlijken van sociale grondrechten.[34]

Bij de door mij voorgestelde benadering kan de aan het einde van het eerste deel van deze studie ter sprake gekomen typologie van verplichtingen van staten goede diensten bewijzen. Het gaat om de verplichtingen 1) "to respect", 2) "to protect" en 3) "to fulfil".[35] Wat nu een negatieve verplichting wordt genoemd kan dan getypeerd worden als de (positieve) verplichting "to respect". Het positieve aspect van deze verplichting is de positieve grondhouding van respect die geëist wordt voor ieders persoonlijke vrijheid. Deze grondhouding brengt de verplichting mee om zich te onthouden van iedere ongerechtvaardigde inmenging in de private en publieke vrijheidssfeer van de rechtsgenoten. Deze benadering van positief respect voor vrijheid spoort met een leidende positie voor het mensenrechtelijk beginsel vrijheid, in onverbrekelijke samenhang met de beginselen trouw en zorg.

32 Forder 1992, p. 616, verwijst naar Van der Pot/Donner, Handboek van het Nederlands staatsrecht, bewerkt door L. Prakke, J.L. de Reede en G.J.M.van Wissen, Zwolle 1989, p. 236.

33 Forder 1992, p. 637.

34 Forder 1992, p. 623 signaleert deze tendens onder verwijzing naar C.A.J.M. Kortmann, De Grondwetsherziening, Deventer 1983, p. 42.

35 Zie hfdst. 4, par. 6, met verwijzing naar Coomans 1994.

De verplichtingen om te respecteren, te beschermen en te verwezenlijken kunnen alle drie op dezelfde manier vastgesteld worden als het Straatsburgse Hof nu de negatieve verplichtingen vaststelt. Op dat punt komt mijn voorstel overeen met dat van Forder, die betoogt dat het Hof bij positieve verplichtingen hetzelfde "twee-trappenproces" moet toepassen als bij negatieve verplichtingen. "Aldus moet het Hof zich allereerst toeleggen op de vraag naar de strekking van het belang van het individu, om zich vervolgens te wijden aan een beschouwing van de vraag of er doelstellingen of andere factoren zijn die een beperking van de reikwijdte van het recht rechtvaardigen."[36]

De eerste trap van het genoemde "twee-trappenproces" heeft steeds in eerste instantie te maken met een aspect van vrijheid, een kern van morele vrijheid die in alle rechten van de mens zit. Op deze eerste trap is dat vrijheidsaspect direct betrokken op de strekking van het belang van het individu. Als aspecten van actieve zorg (in de varianten beschermen en verwezenlijken) daar in deze eerste stap ondeelbaar mee samen hangen, dan moeten die in ieder geval juist de kern van het vrijheidsaspect tot zijn recht laten komen.

Op de tweede trap spelen de beginselen vrijheid en zorg hun rol op een ander niveau. Op deze trap is staatszorg primair betrokken op algemene aspecten van vrijheid voor ieder binnen de rechtsorde als geheel. Onder de noemer van die algemene vrijheid vallen alle rechten van de mens. In het concrete geval hoort daaronder óók het beschermen van de kern van de individuele vrijheid die in het proces (op de eerste trap) aan de orde is. Het integer instaan voor bescherming van het in verhouding tot andere algemene belangen vaak zeer kwetsbaar individueel belang typeert hier de praktisch bemiddelende rol van het beginsel trouw. Het speelt die rol niet achtereenvolgens, op de beide niveaus van het twee-trappenproces. Het speelt die praktische rol óók bij het overstappen van de ene theoretisch af te bakenen trap op de andere. Het beginsel trouw moet in een doorlopend proces borg staan voor een integere bescherming van ieders individuele vrijheid als algemeen belang. Als het twee-trappenproces vanuit deze optiek kan worden toegepast, dan werken drie beginselen van mensenrecht inderdaad als hulpmiddel bij het vertalen van de doctrine van de ondeelbaarheid en onderlinge afhankelijkheid van alle rechten van de mens in de rechtspraktijk.

5. Staatsverplichtingen: uitbanning van rassendiscriminatie tegenover respect voor uitingsvrijheid van journalisten

In het vorige hoofdstuk heb ik de uitbreiding en aanscherping geschetst van Nederlandse strafbepalingen met het oog op het bestrijden van discriminatie.[37] In de discussie over rassendiscriminatie via de media draait het om de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de journalist. "Deze problematiek doet zich met name in die gevallen voor, waarin een journalist, ogenschijnlijk onbecommentarieerd, uitlatingen van opruiend of (voor een groep mensen) beledigend karakter uit overwegingen van nieuwswaarde aanhaalt met de intentie

36 Forder 1992, p. 627.
37 Hfdst. 7, par. 5.

om zijn publiek te informeren over het verschijnsel van rechts-extremisme."[38] Is deze journalist strafbaar of gaat hij vrij-uit vanwege de vrijheid van het publieke debat in de media?

Een uitspraak van 23 september 1994 van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens gaat over een geval dat zich in Denemarken heeft afgespeeld rond de journalist Olaf Jersild.[39] Het Hof heeft deze zaak behandeld nadat Jersild in Denemarken tot in hoogste strafrechtelijke instantie vervolgd en veroordeeld is wegens medeplichtigheid aan belediging van een groep mensen wegens hun ras in een televisieprogramma. Volgens de Deense rechters moet het belang van de bescherming tegen rassendiscriminatie in de zaak Jersild zwaarder wegen dan dat van de vrijheid van meningsuiting van de journalist, betreffende zaken van openbaar belang. De Deense cassatierechter komt tot de slotsom dat het uitzenden van de opvattingen van de extreem-rechtse jongeren voor de journalist niet geboden was, "temeer niet daar Jersild van de uitlatingen geen afstand heeft genomen én daar aan de uitlating elke nieuwswaarde ontbreekt."[40] Volgens het Hof in Straatsburg daarentegen had Jersild vrij-uit moeten gaan. Het Hof oordeelt dat Denemarken met het strafrechtelijk veroordelen van Jersild artikel 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting) heeft geschonden.

De eerste trap van het in de vorige paragraaf genoemde twee-trappenproces levert hier geen probleem op. De vrijheid van meningsuiting staat in het proces voorop. Dat de veroordeling van de journalist een inbreuk op die vrijheid inhoudt, is tussen partijen onbetwist. Het Hof kan in één adem doorlopen van de eerste naar de tweede trap: "It is common ground that the measures giving rise to the applicants case constituted an interference with his right to freedom of expression."[41] Evenmin staat tussen partijen ter discussie dat deze inbreuk bij de wet is voorzien en een legitiem doel dient, overeenkomstig de eisen van artikel 10 lid 2 EVRM. Het legitiem doel van de desbetreffende Deense strafbepaling komt overeen met het in artikel 10 lid 2 EVRM genoemde doelcriterium: bescherming van de goede naam of rechten van anderen. Resteert overeenkomstig de laatste eis van artikel 10 lid 2 EVRM de vraag of de inbreuk op de vrijheid van meningsuiting door middel van een veroordeling van de journalist "noodzakelijk" is in een democratische samenleving. Dat is de vraag waar het in de zaak Jersild tegen Denemarken om gaat.

Bij de vraag naar de noodzaak van de veroordeling van Jersild betrekt het Hof de in eerdere uitspraken uitgezette lijn. Aan de ene kant staat de belangrijke rol die de media in een democratische samenleving hebben. Aan de andere kant staan de "plichten en verantwoordelijkheden" die de vrijheid van meningsuiting overeenkomstig het tweede lid

38 Janssens 1995, p. 124, verwijst in dit verband naar de artikelen 131, 137c, 137e, 261 en 266 Sr. Ter illustratie van het probleem wijst hij op recente commotie over een documentaire over Duitse neo-nazi's, waarin extreem-rechtse jongeren ruim de kans kregen om hun visie over Auschwitz te geven.

39 EHRM 23 september 1994, Series A 289 (Jersild v. Denemarken). Over deze uitspraak uitgebreid Janssens 1995, p. 125 v. Zie voor de belangrijkste rechtsoverwegingen uit het arrest NJCM-Bulletin 20-2 (1995), p. 167-175.

40 Janssens 1995, p. 126.

41 Rechtsoverweging nr. 27, NJCM-Bulletin 1995, p. 168.

van artikel 10 EVRM met zich brengt met het oog op de in dat lid genoemde beperkingsgronden. Met het oog op "plichten en verantwoordelijkheden" van de journalist ten aanzien van de reputatie en de rechten van anderen ziet het Hof als een belangrijke factor of het onderwerp als geheel, objectief gezien, geacht kan worden als doel te hebben gehad het propageren van racistische gezichtspunten en ideeën.[42] Het Hof komt tot de slotsom dat Jersild in het kader van het publieke debat een integer gebruik heeft gemaakt van zijn vrijheid van meningsuiting.

Vertaald naar de Nederlandse strafrechtspraktijk is het in het vorige hoofdstuk besproken artikel 137e Sr hier relevant. Deze strafbepaling verbiedt het verspreiden of openbaar maken van voor een groep mensen wegens hun ras beledigende uitlatingen, anders dan ten behoeve van zakelijke berichtgeving. In een Nederlandse variant van de zaak Jersild kan de verwijzing in artikel 137e Sr naar zakelijke berichtgeving de Nederlandse rechter behulpzaam zijn bij het vaststellen van de "plichten en verantwoordelijkheden" van journalisten in het kader van de bescherming van mensen tegen discriminatie via de strafwet.[43] In de Deense strafbepaling komt zo'n bestanddeel betreffende zakelijke berichtgeving niet voor. In de rechtspraak van het Hof in Straatsburg speelt de taak van journalisten in het kader van het publieke debat een belangrijke rol, ongeacht de inhoud van nationale bepalingen. Aan de andere kant speelt het nakomen door de nationale staten van verplichtingen uit het VN-verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie een belangrijke rol. Dit verdrag heeft een op het EVRM aanvullende werking.[44]

In Nederland is niet alleen in artikel 137e Sr een verwijzing naar het publieke debat te vinden. Volgens het derde lid van artikel 261 Sr, over smaad en smaadschrift, gaat de dader vrij-uit als hij te goeder trouw heeft kunnen aannemen dat het te laste gelegde waar was en dat het algemeen belang de telastlegging eiste. Janssens oppert naar ik meen terecht dat de term "te goeder trouw" in artikel 261 lid 3 Sr correspondeert met de eerder besproken "plichten en verantwoordelijkheden" van de journalist in het kader van het publieke debat over aangelegenheden van openbaar belang.[45] De term "te goeder trouw" in artikel 261 lid 3 Sr bevestigt een juridische bemiddelende rol van het mensenrechtelijk beginsel trouw ten opzichte van de beginselen vrijheid en zorg. Trouw is hier de verbindende factor tussen individuele vrijheid van meningsuiting ten dienste van publieke communicatie en overheidszorg voor het vrijwaren van mensen tegen rassendiscriminatie.

Het begrip openbare orde speelt in deze paragraaf mee via de strafbepaling van artikel 137e Sr. In de internationale context van artikel 10 lid 2 EVRM is deze nationale strafbepaling een bij wet voorziene noodzakelijke beperking van de vrijheid van meningsuiting. Als nationale strafbepaling valt artikel 137e Sr onder de noemer openbare orde. Zoals eerder besproken staat dit artikel in het Nederlandse Wetboek van Strafrecht onder

42 Rechtsoverweging nr. 31, laatste paragraaf, NJCM-Bulletin 1995, p. 171.

43 Janssens 1995, p. 133 v., komt tot de conclusie dat de Nederlandse rechtspraktijk "Jersild" op de voet volgt.

44 Vgl. Janssens 1995, p. 138, die verwijst naar P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, De Europese conventie in theorie en praktijk, 3e druk, Nijmegen 1990, p. 587-588.

45 Janssens 1995, p. 139.

de titel Misdrijven tegen de openbare orde.[46] Als beperkingsgrond volgens artikel 10 lid 2 EVRM valt dit misdrijf tegen de openbare orde niet onder het criterium openbare orde, maar onder bescherming van de goede naam of de rechten van derden. Juist door het onopvallende ervan speelt openbare orde hier een rol die naar *inhoud* een algemeen inzetbaarheid van het begrip openbare orde, georiënteerd aan drie beginselen van mensenrecht, bevestigt. Wat *functies* ten aanzien van mensenrecht betreft heeft het begrip openbare orde hier via artikel 137e Sr tegelijk een beschermende (tegen rassendicriminatie) en potentieel beperkende functie (vrijheid van meningsuiting). Nu deze samenloop al meerdere malen in deze studie is geconstateerd, komt de vraag op naar een overkoepelend functiebegrip dat de diverse deelfuncties van het openbare orde begrip ten aanzien van mensenrecht omvat. Daarover gaat de volgende paragraaf.

6. Een universele bemiddelende functie van het begrip openbare orde ten aanzien van mensenrecht

Artikel 29 van de Universele Verklaring van de rechten van de mens luidt: "1. Een ieder heeft plichten jegens de gemeenschap, zonder welke de vrije en volledige ontplooiing van zijn persoonlijkheid niet mogelijk is. 2. In de uitoefening van zijn rechten en vrijheden zal een ieder slechts onderworpen zijn aan die beperkingen, welke bij de wet zijn vastgesteld en wel uitsluitend ter verzekering van de onmisbare erkenning en eerbiediging van de rechten en vrijheden van anderen en om te voldoen aan de gerechtvaardigde eisen van de moraliteit, de openbare orde en het algemeen welzijn in een democratische gemeenschap." Zoals hier, als doelcriterium voor de noodzakelijke beperking van mensenrechten, is het begrip openbare orde een algemeen bekende verschijning in mensenrechtenverdragen en in nationale wetgeving inzake grond- en mensenrechten. In deze beperkende functie is het bij voorbeeld te vinden in de tweede leden van de artikelen 8 t/m 11 EVRM (betreffende recht op privacy, vrijheid van geweten en godsdienst, vrijheid van meningsuiting en recht van vereniging en vergadering) en in overeenkomstige artikelen in het IVBPR.

In de Nederlandse tekst van het EVRM zijn vier varianten van het begrip openbare orde als beperkingscriterium te vinden: in het belang van de openbare orde (in artikel 6, betreffende het recht op een eerlijk en openbaar proces), voor de bescherming van de openbare orde (artikel 9 lid 2), voor de handhaving van de openbare orde (artikel 2 lid 3 van het bij het EVRM behorende Vierde Protocol, betreffende vrijheid van beweging) en tenslotte het voorkomen van wanordelijkheden (tweede leden van de artikelen 8, 10 en 11).[47]

46 Zie hfdst. 7, par. 5.

47 A.M.F. Loof-Donker, E.M. Peeters en P.H. van der Tang-van Loenen, De openbare orde: een te nemen horde? Kanttekeningen bij de wijze waarop de Nederlandse wetgever omgaat met het begrip "openbare orde" als doelcriterium voor de beperking van grond- en mensenrechten, in NJCM-Bulletin 19-5 (1994), p. 503-518, p. 506.

Via de authentieke Engelse en Franse teksten van het EVRM proberen Loof-Donker e.a. duidelijkheid te krijgen over de betekenis van de verschillende formuleringen.[48] Daarbij wijzen zij er om te beginnen op dat de Franse term ordre public niet dezelfde betekenis heeft als de Engelse term public order. De eerste komt uit de Engelse common-law traditie, de tweede heeft een continentaal-Europese achtergrond.[49] De onderzoekers komen tot een driedeling in betekenisgeving. Als het meest ruime openbare orde begrip omvat het Franse ordre public de fundamentele beginselen van een positief rechtsstelsel. De Engelse term public order is minder ruim en komt overeen met het ordelijk verloop van het gemeenschapsleven of met de afwezigheid van publieke wanorde. In een derde, meest enge betekenis komen het Franse à la defence de l'ordre en het Engelse for the prevention of disorder overeen met het ontbreken of voorkomen van wanordelijkheden.

Aan de hand van deze driedeling onderzoeken Loof-Donker e.a. zes recente Nederlandse wetten die als grond voor wetgeving (handhaving van) de openbare orde hebben.[50] Zij komen tot de conclusie dat de opvatting van de Nederlandse wetgever slechts in twee van de zes gevallen strookt met de interpretatie zoals die af te leiden is uit de terminologie en de Europese jurisprudentie onder het EVRM. In de meerderheid van de gevallen blijkt de nationale wetgever een ruimer openbare orde begrip te hanteren dan in het corresponderende artikel van het EVRM gebeurt. In enkele van de onderzochte gevallen geeft de wetgever zo'n ruime invulling aan de bescherming van de openbare orde "dat niet slechts (de op zich al zeer ruime) bescherming van fundamentele rechtsbeginselen van de rechtsorde (ordre public) daar onder valt, maar ook iets dat lijkt op "het handhaven en beschermen van een maatschappelijk gewenste situatie."[51]

Loof-Donker e.a. spreken van een "minimalistische houding" van de Nederlandse wetgever ten aanzien van grond- en mensenrechten "die geen recht doet aan het beginsel dat de vrijheidsrechten, als grondbeginselen, extensief moeten worden opgevat en dat de op die rechten toegestane beperkingen, als uitzonderingen, restrictief moeten worden uitgelegd."[52] Zij beweren niet dat deze minimalistische houding ten aanzien van grond- en mensenrechten, hier synoniem, maatgevend is voor *alle* produkten van de Nederlandse wetgever. Wel signaleren zij een tendens waarin de wetgever steeds meer geneigd is "ruimhartig" gebruik te maken van "het belang van de openbare orde" als beperkingsgrond. "Hierbij lijkt de wetgever te vergeten dat grondrechten speciale bescherming genieten, *omdat* ze een halt behoren toe te roepen aan al te slagvaardig optreden van de overheid en een verhoogde rechtsgelding hebben, *omdat* ze een onlosmakelijk onderdeel

48 Loof-Donker e.a. 1994, p. 506 v. Zie ook J.G.C. Schokkenbroek, De openbare orde als beperkingsgrond voor de vrijheid van meningsuiting, NJCM-Bulletin 11-1 (1986). p. 3-22.

49 Loof-Donker e.a. 1994, p. 506-507 verwijzen naar Van Dijk/van Hoof 1990, p. 643 en Schokkenbroek 1986.

50 Loof-Donker e.a. 1994, p. 509. v. onderzoeken de Wet verboden rechtspersonen, de Wet openbare manifestaties, de Gemeentewet, de Wet identificatieplicht, de Wet bestrijding schijnhuwelijken en de Wet getuigenbescherming.

51 Loof-Donker e.a. 1994, p. 517.

52 Loof-Donker e.a. 1994, p. 517.

vormen van onze rechtsorde."[53]

De gesignaleerde beperkende tendens komt overeen met de volgende constatering van de onderzoekers Gerbranda en Kroes. "De vele jaren onderzoek naar de doorwerking van de grondrechten in de Nederlandse rechtspraktijk hebben ons in het eindrapport tot de conclusie geleid dat de wetgever zich vaker de rol van beperkter dan van beschermer heeft toegemeten."[54] Uit onderzoeken als de hier genoemde is in onderling verband op te maken dat de Nederlandse wetgever in de rol van beperkter van mensenrechten met het begrip openbare orde een vertrouwd, universeel instrument in handen heeft. Hoe staat het met de beschermende functie van het begrip openbare orde?

Evenals voor een beperkende functie is ook voor een universele beschermende functie van het openbare orde begrip een basis te vinden in de Universele Verklaring van de rechten van de mens. Ik denk aan artikel 28 UV. Volgens dit artikel heeft een ieder "recht op het bestaan van een zodanige maatschappelijke en internationale orde, dat de rechten en vrijheden, in deze Verklaring genoemd, daarin ten volle kunnen worden verwezenlijkt." In hun onderlinge samenhang kunnen de artikelen 28 en 29 UV niet alleen model staan voor universele beperkende, maar ook voor beschermende en bemiddelende aspecten van het politiek-juridisch gebruik van het begrip openbare orde ten aanzien van mensenrechten. Ik stel voor, de verschillende aspecten onder de overkoepelende noemer van een bemiddelende functie te brengen zonder de afzonderlijke functie-aspecten uit het oog te verliezen.

Met "bemiddeling" als overkoepelende functie van het begrip openbare orde ten aanzien van mensenrecht beoog ik de ondeelbaarheid en onderlinge afhankelijkheid van alle mensenrechten te accentueren. Wat vanuit het ene gezichtspunt een beperking is kan vanuit een ander gezichtspunt neerkomen op bescherming van hetzelfde of een ander mensenrecht. En wat op het micro-niveau van direct betrokkenen als beperkend overkomt kan vanuit het macro-niveau van de rechtsgemeenschap als noodzakelijk beschermend gezien worden met het oog op behoud van gelijkwaardige vrijheid voor ieder binnen die gemeenschap. In de vorige paragraaf hebben we uitgebreid een voorbeeld van een en ander bekeken. In dát licht stel ik voor de algemene inzetbaarheid van het begrip openbare orde ten aanzien van mensenrecht als "bemiddeling" aan te duiden. In deze functie geeft inhoudelijk het mensenrechtelijk beginsel vrijheid in zijn individuele en gemeenschappelijke dimensies de toon aan, in onderlinge samenhang met de beginselen trouw en zorg. Dat geldt óók voor sociale mensenrechten waarin feitelijk de component zorg op de voorgrond komt. En het geldt óók waar bij openbare orde het functie-aspect beperking van mensenrecht op de voorgrond staat. De praktische zin van zo'n universele bemiddelende functie van het begrip openbare orde ten aanzien van mensenrecht komt in de slotparagraaf van dit hoofdstuk aan de orde in het kader van het Europees Gemeenschapsrecht. Als voorwerk probeer ik in die context in de volgende paragraaf te laten zien dat het zin heeft de doctrine van de ondeelbaarheid en onderlinge afhankelijkheid van alle rechten van de mens

53 Loof-Donker e.a. 1994, p. 518.

54 Tjetske Gerbranda en Marianne Kroes, De wetgever en de mensenrechten: beschermer of beperker? Enkele aantekeningen naar aanleiding van het Grondrechten Evaluatie Onderzoek, NJCM-Bulletin 19-5 (1994), p. 465-481, p. 465.

te vertalen naar de rechtspraktijk.

7. Mensenrecht in de context van Europees Gemeenschapsrecht

De Europese Gemeenschap (EG) is als samenwerkingsverband op economisch gebied niet direct als zelfstandige verdragspartij juridisch gebonden aan mensenrechtenverdragen. De lidstaten van de EG zijn wél direct gebonden aan mensenrechtenverdragen. Het Hof van Justitie van de EG in Luxemburg heeft dat probleem al in 1969 aangepakt door mensenrechten binnen de EG afdwingbaar te maken als ongeschreven algemene beginselen van gemeenschapsrecht.[55] Het Verdrag van Maastricht (1992) betreffende de Europese Unie lijkt in artikel F lid 2 een stapje verder te gaan: "De Unie eerbiedigt de grondrechten, zoals die worden gewaarborgd door het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de Lid-Staten voortvloeien, als algemene beginselen van het gemeenschapsrecht." In dit artikel F wordt het EVRM als rechtstreeks bindend voor de Europese Unie beschouwd. Onder de Slotbepalingen van hetzelfde Europese Unieverdrag wordt echter in artikel L bepaald dat de bevoegdheid van het Hof van Justitie niet van toepassing is op de inleidende bepalingen van het Verdrag, waaronder artikel F.

De Witte noemt de geschetste regeling één van de vele eigenaardigheden van het Europese Unieverdrag. "Enerzijds wordt de bescherming van grondrechten belangrijk genoeg geacht om in één van de inleidende bepalingen van het verdrag genoemd te worden; anderzijds wordt aan het Hof van Justitie de mogelijkheid ontnomen om die zelfde grondrechten ook werkelijk afdwingbaar te maken."[56] Dit soort eigenaardigheden maakt het Europees Gemeenschapsrecht tot een interessant verkenningsgebied met het oog op de doctrine van de ondeelbaarheid en onderlinge afhankelijkheid van alle mensenrechten. Ik giet een korte verkenning in de vorm van een commentaar op het artikel "Over staatstaken, sociale grondrechten en mensenrechten" van Elies Steyger.[57]

Vooropgesteld: ik deel de algemene conclusie van Steyger dat mensenrechten over echt belangrijke dingen gaan waar we zuinig op en mee moeten zijn. Waar het mij hier om gaat is Steygers mening dat deze zuinigheid ermee gediend is als sociale grondrechten, ook in

55 Zaak 29/69 Stauder, Jur. 1969, p. 419. Zie over recente ontwikkelingen in de rol van mensenrechten in de rechtsorde van de Europese Gemeenschap Bruno de Witte, Economische, sociale en culturele rechten: de rol van de Europese Gemeenschap, in A.P.M. Coomans e.a. (red.), De toenemende betekenis van economische, sociale en culturele mensenrechten, Leiden 1994, p. 8-22, p. 15 v. met literatuurverwijzingen.

56 De Witte 1994, p. 16, maakt wat de grondrechtenbescherming in de Europese Unie betreft een onderscheid tussen de intergouvernementele en communautaire pijlers van het EU-verdrag. Ten aanzien van de intergouvernementele samenwerking (zoals op het gebied van justitie en binnenlandse zaken) hebben de lidstaten zich via artikel F verbonden om de grondrechten in acht te nemen. Binnen de EG blijven grondrechten evenals voorheen afdwingbaar als ongeschreven beginselen van gemeenschapsrecht.

57 Het artikel is te vinden in A.P.M. Coomans e.a. (red.), De toenemende betekenis van economische, sociale en culturele mensenrechten, Leiden 1994, p. 23-29.

het kader van de Europese Gemeenschap, opgevat worden als staatstaken en niet als grond- of mensenrechten. Die mening deel ik niet. Door mijn opvatting tegenover die van Steyger te stellen denk ik aannemelijk te maken dat het zinvol is om de doctrine van ondeelbaarheid en onderlinge afhankelijkheid van alle mensenrechten te vertalen naar de rechtspraktijk.

Steyger zet de toon met haar opvatting dat grond- en mensenrechten uit hun aard antidemocratisch zijn, of het nu gaat om klassieke of om sociale rechten. Waar ik op theoretisch niveau uitga van een intern verband tussen democratie en mensenrecht staat deze opvatting haaks op de mijne. Steyger bedoelt het volgende. "*Du* moment dat we (meestal op democratische wijze) hebben geaccepteerd dat grondrechten niet geschonden mogen worden hebben we de neiging om ze zodanig vast te leggen, dat aan dat principe niet meer getornd kan worden, ook niet wanneer de democratische verhoudingen in een land zodanig veranderen dat de ideeën over wie voor de bescherming in aanmerking komt, wijzigen."[58]

De neiging om het *principe* dat grondrechten niet geschonden mogen worden praktisch onaantastbaar te maken lijkt mij gezond. Het is precies de bedoeling van grondrechten dat ze niet geschonden worden. Dat hoeft er in een democratische samenleving naar ik meen niet aan in de weg te staan dat veranderende ideeën over wie voor de grondrechtelijke bescherming in aanmerking komt geëffectueerd worden. Bij wijziging van inzichten over de reikwijdte van grondrechtelijke bescherming kan het principe zélf van de onschendbaarheid van grondrechten onverkort overeind blijven. Overigens vindt ook Steyger zelf het vasthouden aan het principe van onschendbaarheid een goede zaak, als het om klassieke grondrechten gaat, waarvoor zij de term mensenrechten reserveert. Onverkorte bescherming van (klassieke) mensenrechten ziet zij terecht als bescherming tegen machtsmisbruik. Over sociale grondrechten denkt zij anders. De gewenste bemoeienis van de staat met gebieden die in het algemeen geformuleerd zijn als sociale grondrechten wil zij onder de noemer staatstaak brengen en bij voorkeur niet als sociaal grondrecht of mensenrecht definiëren. Waarom niet?

Als een nadeel van het formuleren van sociale grondrechten als grondrecht ziet Steyger een daaruit voortvloeiende verplichting tot staatsbemoeienis. Door staatsbemoeienis verplicht te stellen door middel van sociale grondrechten wordt in haar ogen onrecht gedaan "aan het zelfregulerend vermogen van de samenleving en aan het democratisch vermogen te beslissen op welke wijze wij bemoeienis wensen van de staat."[59] Als een ander nadeel ziet zij de mogelijkheid dat sociale grondrechten geformuleerd als grondrecht individueel afdwingbaar worden. Zij vreest de neiging van het verabsoluteren van grond- of mensenrechten en het daardoor uit het oog verliezen van de positie van derden. Op de genoemde nadelen ga ik nader in aan de hand van twee voorbeelden die Steyger geeft van sociale grondrechten die door het EG-verdrag beschermd en geëffectueerd worden: het recht op gelijke beloning voor gelijk werk van mannen en vrouwen in het arbeidsproces en het recht op veilige en gezonde werkomstandigheden. Een derde door haar genoemd voor-

58 Steyger 1994, p. 23-24.
59 Steyger 1994, p. 26.

beeld, gelijkberechtiging van EG-migranten, komt in de volgende paragraaf aan bod.[60]

Als werkdefinitie verstaat Steyger onder sociale (en culturele) grondrechten rechten "die de bescherming van groepen van mensen op het oog hebben op gebieden die uiteindelijk voor die groepen van belang zijn."[61] Volgens deze definitie beschouwt zij van de drie genoemde voorbeelden alleen het recht op veilige en gezonde werkomstandigheden onomstreden als een sociaal grondrecht. Het recht op gelijke beloning van mannen en vrouwen voor gelijk werk is volgens haar een klassiek grondrecht (een mensenrecht), ook al staat het in een verdrag dat economische, sociale en culturele rechten vastlegt, het IVESCR (artikel 7 (a-i). Over het derde voorbeeld, gelijke behandeling van EG-migranten, zegt Steyger alleen dat men daarover kan twisten. Laten we met het enige door Steyger als mensenrecht aangemerkte voorbeeld beginnen.

Dat het recht op gelijke beloning van mannen en vrouwen bij de arbeid geen sociaal grondrecht, maar een (klassiek) mensenrecht is, baseert Steyger op het recht om in gelijke situaties gelijk behandeld te worden. "En hoewel het gelijkheidsbeginsel lange tijd door zowel wetgever als werkgevers niet werd geacht gelijke beloning te omvatten, neemt dit niet weg dat we het hier over een mensenrecht en niet over een sociaal grondrecht hebben. Het simpele feit dat de (nationale) wetgever het werkgevers toestond om wel te discrimineren was een schending van een mensenrecht. Het was eigenlijk schandalig dat de EEG er voor nodig was dit recht te zetten."[62] Ik ben het met Steyger eens dat het bij gelijke beloning voor gelijk werk om een mensenrecht gaat. Dit mensenrecht is in artikel 23 lid 2 UV in 1948 als volgt geformuleerd: "Een ieder, zonder enige achterstelling, heeft recht op gelijk loon voor gelijke arbeid." In het oprichtingsverdrag van de Europese Economische Gemeenschap in 1957 is dit recht in artikel 119 erkend.

In de tweedeling van Steyger leidt de constatering dat het om een (klassiek) mensenrecht gaat er toe dat het dan niet tegelijk óók om een sociaal grond- of mensenrecht kan gaan. In mijn optiek gaat het om het integreren van klassieke en sociale aspecten in een en hetzelfde mensenrecht. Voor mij gaat het hier in de kern om gelijkwaardige vrijheid voor ieder ten aanzien van het deelnemen aan het arbeidsproces. Achterstelling op grond van geslacht is niet te rechtvaardigen. Waar het zelfregulerend vermogen van de vrije arbeidsmarkt kennelijk te kort schiet om deze achterstelling op te heffen komt op basis van het mensenrecht een zorgverplichting op de staat te liggen om deze vorm van discriminatie uit te bannen. In deze gedachtengang is Steygers constatering dat het hier om een klassiek mensenrecht gaat een bevestiging van ondeelbaarheid van klassieke en sociale aspecten van dit mensenrecht.

Het tweede voorbeeld: recht op veilige en gezonde werkomstandigheden. Steyger ziet dit niet als een mensenrecht. Het is in haar termen een in zichzelf niet zonder meer afdwingbaar sociaal grondrecht. Het legt een verplichting op de staat maatregelen te nemen om

60 Steyger 1994, p. 25 ontleent deze voorbeelden aan De Witte 1994.
61 Steyger 1994, p. 24.
62 Steyger 1994, p. 25.

daarvoor te zorgen. Steyger benadrukt dat de bemoeienis van de staat met arbeidsomstandigheden niet voortgevloeid is uit de erkenning van dit recht als sociaal grondrecht. "Het is in de vorige eeuw ontstaan uit de veelal hemeltergende omstandigheden waarin mensen moesten werken en de gruwelijke ongelukken die daarbij gebeurden. In de verschillende Europese staten besefte men dat ongebreideld liberalisme en kapitalisme kennelijk niet genoeg zelfregulerende mechanismen bezat om dit soort excessen te voorkomen en dus werd tot wetgeving om de vrijheid van ondernemers op dit punt in te dammen besloten. Nogmaals dit had niets met grondrechten, of zelfs maar met democratie te maken. Ook in niet democratische landen kan men van het begin van deze eeuw arbeidsbeschermende wetgeving zien ontstaan, zij het in de laatste landen langzamer dan in de eerste."[63]

Toegegeven, dit stukje geschiedenis heeft niets te maken met in die tijd *bestaande* afdwingbare sociale grondrechten. Anders zouden de mensen die destijds onder mensonwaardige omstandigheden moesten werken juridisch een poot gehad hebben om op te staan. Maar heeft dit stukje geschiedenis ook niets te maken met het *ontstaan* van grondrechten op sociaal-economisch gebied? Dat lijkt onwaarschijnlijk. Sterker nog, ik denk dat het ontstaan van wat nu economische en sociale grond- en mensenrechten genoemd worden alles te maken heeft met het besef van onrecht door een of andere vorm van onmenselijkheid, achterstelling, machtsmisbruik. "In elke situatie, in elke groep en samenleving is het realiseren van menselijke waardigheid een opgaaf die tegen de druk van omstandigheden, obstakels, machten, privileges en structuren in moet worden waargemaakt."[64] Is zo gezien de historische ontwikkeling van arbeidsrecht niet mensenrecht-in-ontwikkeling? Ik denk van wel.

Uitgangspunt is het zelfregulerend vermogen van de samenleving. Als dat kennelijk te kort schiet ontstaat het besef dat staatszorg geboden is voor het keren van onrecht. Dit besef zélf kan gezien worden in het licht van een *rechts*ontwikkeling, niet alleen in dat van een politieke ontwikkeling van staatstaken. In de kern gaat het evenals bij gelijk loon voor gelijk werk om gelijkwaardige vrijheid (hier vrijwaring van onveilige en ongezonde werkomstandigheden) en daaraan gekoppelde zorg voor ieder ten aanzien van het deelnemen aan het arbeidsproces. Mijn opvatting dat het in beide gevallen om een mensenrecht gaat strookt met artikel 23 UV. Daarin is het recht op rechtvaardige arbeidsvoorwaarden als mensenrecht opgenomen in het eerste lid en het recht op gelijk loon voor gelijke arbeid in het tweede lid.

Vanuit de contractsvrijheid kan de ontwikkeling van sociaal recht op het terrein van de arbeid beschouwd worden als het geleidelijk wettelijk beperken van een ongebreidelde machtspositie van ondernemers tegenover arbeiders als maatschappelijk zwakkere partij. In dit verband duikt het begrippenpaar openbare orde en goede zeden op. In verband met het arbeidscontract dat geacht wordt in strijd te zijn met de openbare orde en de goede zeden

63 Steyger 1994, p. 25 verwijst naar haar boek Medezeggenschap bij veiligheid en gezondheid, de Europese regelingen, Deventer 1990, p. 204-213.

64 Peters 1983, p. 7.

denk ik aan een eerder geciteerde passage van Van der Ley.[65] Contracten "waarbij leven, gezondheid en eerbaarheid in gevaar zijn van arbeiders en werkvrouwen, gelijk bij zekere chemische industrieën (loodwit en chloorkalk-fabrieken) worden geldig geacht." Daarbij ziet het er volgens Van der Ley (in 1899) naar uit, dat óf "over niet lange tijd, zowel de geldwoeker als het uitzuigingscontract doorlopend geacht worden in strijd te zijn met de goede zeden, of dat er wettelijke regeling omtrent dit onderwerp zal ontstaan."[66]

In VN-verband is het recht op veilige en hygiënische werkomstandigheden thans met zoveel woorden vastgelegd in artikel 7(b) IVESCR en in Europees verband in artikel 3 ESH. Zoals we eerder hebben gezien blijft de juridische afdwingbaarheid van de in deze verdragen erkende sociale mensenrechten achter bij de afdwingbaarheid van klassieke mensenrechten. Wat dat betreft sluit de opvatting van Steyger aan bij de realiteit. De ontwikkeling van sociale grondrechten in Europees Gemeenschapsverband bekijkt zij dan ook met enige argwaan. Met de Europese Akte van 1986 heeft de Europese Gemeenschap een expliciete bevoegdheid gekregen om bindende maatregelen te nemen op het terrein van de veiligheid en gezondheid op het werk. Met De Witte denk ik dat het er met het daaruit voortvloeiende pakket richtlijnen op lijkt "dat vanuit de Gemeenschap een belangrijke impuls is uitgegaan voor de verbetering van de toestand in een aantal landen. Daardoor levert de EG een bijdrage tot de effectuering van het recht op "veilige hygiënische arbeidsomstandigheden dat in artikel 7(b) van het IVESCR wordt genoemd en in artikel 3 van het ESH iets explicieter wordt beschreven."[67] Wat mij betreft past ook deze rechtsontwikkeling in een visie op arbeidsrecht als mensenrecht-in-ontwikkeling.

De door Steyger gesignaleerde nadelen van het formuleren van sociale grondrechten als grondrecht vallen naar ik meen weg bij het aannemen van de ondeelbaarheid en onderlinge afhankelijkheid van alle mensenrechten. Het is dan niet nodig om uit te gaan van *verplichte* staatsbemoeienis, ook als daar geen behoefte aan is, zodra een sociaal grondrecht als grond- of mensenrecht wordt geformuleerd. Aan de hand van de eerder besproken typologie van staatsverplichtingen kan ten aanzien van elk grond- of mensenrecht aan de hand van de feitelijke situatie telkens vastgesteld worden of volstaan kan worden met respecteren, dan wel dat er sprake dient te zijn van beschermen of van verwerkelijken.

Volgens Steyger wordt de staat door het creëren van een sociaal grondrecht een macht op zichzelf, voor zover het om het effectueren van dit grondrecht gaat. Zij geeft er de voorkeur aan dat de staat op sociaal gebied zelf uitmaakt in hoeverre zij moet ingrijpen. "Bevalt ons de mate waarin de staat dat doet niet, dan hebben wij de mogelijkheid of, via de volksvertegenwoordiging de regering tot een andere houding te dwingen, of indien zij dit niet doet een andere volksvertegenwoordiging te kiezen die het beter doet."[68] Mij lijkt dat de staat juist een macht op zichzelf wordt door het accepteren van staatstaken op sociaal gebied die *niet* teruggevoerd kunnen worden tot grondrechten.

65 Zie hfdst. 6, par. 3.
66 Van der Ley 1899, p. 82.
67 De Witte 1994, p. 12.
68 Steyger 1994, p. 28.

Ik versta onder een werkende democratie méér dan het terugfluiten of wegstemmen van niet bevallende regeerders of parlementariërs. Kenmerk van een democratische rechtsstaat is dat niet alleen de burgers, maar ook de staat onderworpen is aan het *recht*. Daaruit vloeit voort dat het bestuur als administratieve macht niet gerechtigd is zelf uit te maken in hoeverre het op sociaal gebied wenst in te grijpen. Staatstaken die betrekking hebben op fundamentele menselijke vrijheden en daarmee verbonden behoefte aan zorg, zowel op politiek als op economisch, sociaal en cultureel gebied, dienen gebaseerd te zijn op *rechten* van (groepen) mensen. En omdat het om *rechten* gaat, is in mijn opvatting van een werkende democratie niet alleen parlementaire controle, maar ook de mogelijkheid van rechterlijke controle op de rechtens juiste graad van staatsbemoeienis geboden. In tegenstelling tot staatstaken houden afdwingbare grond- en mensenrechten de weg naar de rechter open.

De rechter is de aangewezen instantie om grond- en mensenrechten via een eigentijdse interpretatie tot hun recht te laten komen, waar de wetgever achterblijft of het bestuur te kort schiet. Als staatstaken de plaats innemen van sociale grondrechten in plaats van daarop gebaseerd te zijn, wordt de rechterlijke macht als in een democratische rechtsstaat essentieel onderdeel van een systeem van checks and balances buiten spel gezet. En dat terwijl we het erover eens zijn dat de staat als uitoefenaar van macht aan grenzen gebonden moet worden.

Het ontkrachten van grondrechten en het daarmee buiten spel zetten van de rechter is geen goede remedie tegen het feit "dat grondrechten, zowel sociale als klassieke de neiging hebben zó uit te breiden ten voordele van de goed articulerende, redelijk gefortuneerde mens, dat degenen voor wie ze echt geschreven zijn, wel eens vergeten worden."[69] Met het onthouden van basale sociale rechten aan mensen voor wie die rechten echt bedoeld zijn, omdat er door anderen wel eens misbruik van gemaakt zou kunnen worden, zijn de sociaal zwakkeren niet gediend. Het voortdurend in het oog houden dat grond- en mensenrechten precies gericht zijn op het beschermen van de vrijheid van leven van zwakkeren in de samenleving lijkt een betere remedie. Bij het alert zijn daarop kan het besef van ondeelbaarheid en onderlinge afhankelijkheid van alle mensenrechten behulpzaam zijn. Dat geldt ook voor de ondeelbaarheid en onderlinge afhankelijkheid van drie beginselen van mensenrecht.

8. Openbare orde in de context van Europees Gemeenschapsrecht

Als een zelfstandige regionale rechtsorde heeft de EG een eigen openbare orde begrip.[70] Maar de EG heeft óók te maken met openbare orde opvattingen in andere internationale rechtskringen en met nationale openbare orde begrippen van de lidstaten. Daardoor is Europees Gemeenschapsrecht niet alleen een interessant verkenningsgebied met het oog op mensenrecht, maar ook met het oog op het begrip openbare orde. Ik beperk de verkenning

69 Steyger 1994, p. 29.

70 H. Boonk, De openbare orde als grens van het vrij verkeer in de EEG, Alphen a.d. Rijn 1977.

hier tot het derde in de vorige paragraaf genoemde voorbeeld van een grond- of mensenrecht, de gelijkberechtiging van EG-migranten.

Als gezegd laat Steyger het ten aanzien van gelijkberechtiging van EG-migranten bij de opmerking dat daarover te twisten valt. Ze bedoelt naar ik aanneem dat zowel iets te zeggen valt voor het aannemen van een mensenrecht als voor een sociaal grondrecht. Alleen al het vooruitzicht van zo'n twist geeft volop voeding aan de eerder besproken verwarring over de aard van staatsverplichtingen en daarmee corresponderende rechtsbescherming. Als we haar eigen tweedeling in rechtens afdwingbare mensenrechten en niet rechtens afdwingbare sociale grondrechten volgen, dan hangt de rechtsbescherming voor EG-migranten immers af van de uitkomst van een twist over de keuze voor één van de twee categorieën. Wat mij betreft is dat een sterk argument tégen zo'n tweedeling en vóór een praktische toepassing van de doctrine van ondeelbaarheid en onderlinge afhankelijkheid van alle rechten van de mens.

Gelijke behandeling van EG-migranten is gebaseerd op artikel 6 van het EG-verdrag dat binnen de werkingssfeer van het verdrag elke discriminatie op grond van nationaliteit verbiedt. Dit artikel maakt geen onderscheid tussen burgers van de Europese Unie en personen met de nationaliteit van derde landen. In de praktijk geldt het recht op gelijke behandeling echter niet voor vreemdelingen uit niet-EG landen, die in een van de lidstaten verblijven. Dat in de communautaire rechtspraktijk enkel discriminaties verboden zijn die EG-burgers betreffen noemt De Witte "een zwakke plek in de Europese regelgeving".[71] Hij vraagt zich af of deze selectieve effectuering van het in artikel 2, tweede lid van het IVESCR opgenomen verbod om te discrimineren op grond van nationaliteit tegelijk een schending van dat artikel betekent. Daarbij merkt hij op dat de bevoordeling door de communautaire wetgever van de unieburgers niet dwingend volgt uit de opzet en aard van de Europese Gemeenschap.[72] Als dat zo is dan kan het structureel achterstellen van personen met de nationaliteit van een derde land bij het effectueren van sociale grondrechten binnen de EG naar ik meen inderdaad worden beschouwd als discriminatie in de zin van artikel 2 IVESCR.

De achterstelling van "Europese vreemdelingen" wordt terecht beschouwd als een rechtspolitiek probleem dat niet langer genegeerd kan worden.[73] Van Boven noemt dit probleem de "achilleshiel van de Europese Unie" die kritische vragen oproept "in het licht van de normen en waarden die wij, buiten unieverband, internationaal propageren."[74] Bij wijze van toets ten aanzien van een mensenrechtelijk georiënteerd openbare orde begrip probeer ik hierna antwoord te geven op de volgende vraag. Zou in EG-verband het begrip openbare orde in een bemiddelende functie ten aanzien van mensenrecht bij het aanpakken van het probleem van de "Europese vreemdelingen" een begrijpelijke en zinvolle juridische rol kunnen spelen?

71 De Witte 1994, p. 11.
72 De Witte 1994, p. 19.
73 De Witte 1994, p. 19.
74 Van Boven 1994, p. 142.

Bij het bedenken van een antwoord mag niet vergeten worden dat de EG primair werkt vanuit een economisch perspectief. Dat wil niet zeggen dat de EG als internationale rechtsorde geen bijdrage levert aan het verwezenlijken van mensenrechten. Zo'n bijdrage staat echter niet voorop. Lang geleden heeft het EG-Hof ingestemd met EG-wetgeving die het recht op gelijke behandeling beperkt tot burgers van de EG-landen.[75] Een goed aanknopingspunt om aan die voorkeursbehandeling voor Unieburgers een einde te maken lijkt de voortgaande effectuering van een Europese ruimte zonder binnengrenzen (artikel B verdrag van Maastricht). In zo'n open ruimte is geen plaats voor ongelijke behandeling van *werknemers* op grond van het al dan niet hebben van de status van Unieburger.

Stel dat EG-wetgeving achterblijft en het EG-Hof het voortouw zou nemen en zou willen "omgaan". Bij gevallen van ongelijke behandeling van "Europese vreemdelingen" zou het zich kunnen laten inspireren door artikel 2 IVESCR als een van de voedingsbronnen voor ongeschreven algemene beginselen van Gemeenschapsrecht. Niet alleen het tweede lid, maar met name ook het derde lid van artikel 2 IVESCR kan inspirerend werken. Daarin gaat het over ontwikkelingslanden. Die kunnen, behoorlijk rekening houdend met de rechten van de mens en hun nationale economie, bepalen in hoeverre zij de in het IVESCR erkende economische rechten aan niet-onderdanen zullen waarborgen. Uit het feit dat EG-lidstaten niet kunnen doorgaan als ontwikkelingslanden kan afgeleid worden dat binnen de EG géén onderscheid gemaakt mag worden op het gebied van sociale rechten van werknemers naar de maatstaf van Unieburgers en niet-Unieburgers.

Al dan niet op de voorgestelde manier gesterkt door het IVESCR en mogelijk andere inspiratiebronnen zou het EG-Hof kunnen kiezen voor een juridische weg die zowel loopt via algemene beginselen van Gemeenschapsrecht als via het openbare orde begrip in artikel 48 lid 3 EG-verdrag. Artikel 48 EG-verdrag is gericht op vrij verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap. Er is sprake van *werknemers* der Lid-Staten, niet van *burgers* der Lid-Staten in hun functie van werknemer. Het begrip openbare orde figureert in artikel 48 lid 3 naast openbare veiligheid en volksgezondheid als beperkingsgrond die de lidstaten kunnen hanteren ten aanzien van het vrij verkeer van werknemers binnen de EG. In de jurisprudentie van het EG-Hof zijn de grenzen van de beperkende bevoegdheid van de lidstaten op grond van het openbare orde begrip in artikel 48 lid 3 EG-verdrag steeds preciezer afgebakend.[76] Een eerste vereiste in het kader van een communautair bepaald openbare orde begrip is dat de lidstaten moeten afgaan op de individuele situatie. Beperkende maatregelen op grond van de openbare orde mogen uitsluitend berusten op persoonlijk gedrag van de betrokkene. Dat gedrag moet een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging voor de openbare orde opleveren om een beperkende maatregel te rechtvaardigen.[77] De bedreiging moet een "fundamenteel belang van de samenleving" aantasten.[78]

75 De Witte 1994, p. 19.

76 Zie voor overzichten Boonk 1977; R.H. Lauwaars, Het voorbehoud voor de openbare orde als beperking van het vrije verkeer van personen in de EEG, SEW 12 (1978), p. 829 v.; Sacha Préchal, Europese mensenrechtenconventie en EEG-recht vergeleken inzake vreemdelingenrecht, Groningen 1983, p. 6 v.

77 Zaak 36/75, Rutili, Jur. 1975, p. 1232.

78 Zaak 30/77, Boucheau, Jur. 1977, p. 2015.

Daarbij mag geen oneigenlijk gebruik gemaakt worden van het begrip openbare orde. Dat laatste is bijvoorbeeld het geval als redenen van openbare orde worden opgevoerd terwijl het in werkelijkheid gaat om economische belangen van de eigen staat.

Het EG-Hof zou discriminatie van "Europese vreemdelingen" ten opzichte van burgers van de Unie, door EG-wetgeving of wetgeving van de lidstaten, kunnen beschouwen als ongerechtvaardigde beperking van het vrij verkeer van werknemers om oneigenlijke redenen van openbare orde. Daarbij zou de vaste jurisprudentie ten aanzien van een restrictieve invulling van het openbare orde begrip in artikel 48 lid 3 EG-verdrag als leidraad kunnen dienen. Ik neem aan dat ook de andere twee doelcriteria, openbare veiligheid en volksgezondheid, niet van toepassing zijn. Het resultaat zou zijn dat groepen mensen op het basale levensterrein van de arbeid niet structureel achtergesteld mogen worden binnen de Europese Unie als internationale rechtsorde. De juridische kloof tussen burgers van de Unie en andere ingezetenen zou kleiner worden.

In de geschetste redenering schakelt de EG-rechter het openbare orde begrip uit als mogelijke rechtvaardigingsgrond voor het structureel achterstellen van "Europese vreemdelingen". Juist door deze uitschakeling hanteert de EG-rechter in feite een op werkelijk *vrij* verkeer van werknemers binnen de EG gerichte communautaire notie van openbare orde in een betekenis van rechtsorde. Zo'n mensenrechtelijk georiënteerd Europees openbare orde begrip zou aansluiting kunnen zoeken bij de notie "ordre public de l'Europe"[79] die de Straatsburgse rechtspraak kent. De vraag over een bemiddelende rol voor het openbare orde begrip ten aanzien van mensenrecht kan in het gegeven voorbeeld een positief antwoord krijgen.

79 Vgl. E.A. Alkema, De betekenis van het EVRM voor de Nederlandse constitutie, in de bundel 40 jaar Europese Conventie voor de rechten van de mens en de Nederlandse rechtsorde, Staatsrechtconferentie 1990, Leiden 1990, p. 3-35, p. 11.

EEN RICHTSNOER VOOR IEDER?

1. Inleiding

Bij het onderzoek in het Nederlandse recht zijn de voornaamste onderzoeksresultaten gaandeweg vergeleken en meegenomen naar het volgende onderwerp. Toch loop ik de besproken onderwerpen in dit slothoofdstuk nog eens kort na, om een totaaloverzicht te krijgen. In deze samenvattende vergelijking (par. 2) wordt van meet af het eindresultaat betrokken: bundeling van deelfuncties van het begrip openbare orde in een universele bemiddelende functie, inhoudelijk georiënteerd aan drie beginselen van mensenrecht. Ter afronding van de houdbaarheidstest van het richtsnoer voor ieder (par. 3) wordt ook het moreel gezichtspunt van alpartijdigheid bij de onderzoeksresultaten betrokken.

Ik heb gespeeld met de gedachte om aan het slot van deze studie het richtsnoer vrij uitgebreid praktisch in te zetten. Daartoe dacht ik per onderzocht deelgebied in het Nederlandse recht het rechtsgehalte van enkele concrete beslissingen te peilen. Achteraf lijkt dat geen goede gedachte. Min of meer terloops zijn in het tweede deel al zoveel testmomenten aan de orde geweest dat de praktische hanteerbaarheid naar ik meen voldoende aannemelijk is geworden. Of en hoe het richtsnoer als hulpmiddel bij ieder ander werkt wordt niet duidelijker naarmate ik de mogelijke werking ervan zelf uitgebreider demonstreer. Voor ieder die het werkelijk als hulpmiddel wil gebruiken lijkt zelf praktisch ermee aan de slag gaan de enig aangewezen weg.

Voor een eenvoudige proef op de som kies ik het tweede Geertruidenberg-arrest, de beslissing van de Hoge Raad die de directe aanleiding tot deze studie is geworden.[1] De ingangsvraag blijft: is dit recht? (par. 4) Ik sluit deze studie af met een korte speculatieve beschouwing over drie beginselen van mensenrecht als universeel richtsnoer voor ieder in een wereldorde in wording (par. 5).

2. Samenvattende vergelijking Nederlands recht

Terugkijkend: bij de opkomst van het begrip openbare orde in het ipr[2] stelt het in een afwerende functie de rechter in staat om ongewenst vreemd privaatrecht dat volgens de verwijzingsregels toegepast zou moeten worden buiten toepassing te laten, als "in strijd met de openbare orde." Tegelijk gaat het in een opleggende functie als "recht van openbare orde" dienst doen als synoniem voor dwingend toepasselijk eigen recht. In plaats van

1 Zie hfdst. 1, par. 2.
2 Hfdst. 5, par. 2.

het ongewenste vreemde recht wordt eigen recht toegepast als zijnde "van openbare orde". Deze gang van zaken in het ipr illustreert de centrale positie van het openbare orde begrip als juridisch handvat om ongewenste resultaten af te weren en gewenste resultaten af te dwingen.

Kranenburg (1895)[3] betoogt dat "het beginsel van de openbare orde" in alle rechtsgebieden dezelfde afwerende en opleggende werking en ook dezelfde rechtens niet te passéren kerninhoud heeft. Deze kerninhoud oriënteert zich volgens hem aan persoonlijke vrijheid van de mens als misschien het meest tekenende kenmerk van de Nederlandse samenleving. Gezien in een doorgaande ontwikkelingslijn sluit mijn opvatting van vrijheid als leidend beginsel van mensenrecht in de kern van het openbare orde begrip daar mooi bij aan. Ook het beginsel zorg is bij Kranenburg in de kern van het openbare orde begrip te vinden, in de vorm van bescherming van maatschappelijk zwakkere groepen. Het beginsel trouw is bij hem vertaald in wetszekerheid. Dat past in een in die tijd gangbare opvatting van het legaliteitsbeginsel: geen recht buiten de wet.

De ontwikkelingen in het ipr in de laatste honderd jaar laten langs twee juridische wegen een toenemende invloed van mensenrecht zien. De ene weg loopt via de opkomst van voorrangsregels[4] en een steeds verdergaande inhoudelijke harmonisering van recht via internationale verdragen.[5] De andere weg loopt via het transformeren van morele beginselen in algemene rechtsbeginselen[6] en in universele beginselen van mensenrecht.[7] Het begrip openbare orde doet vooral dienst als een verbindingsweg in noodsituaties. Polak typeert deze functie in de rechtspraak van de Hoge Raad sedert 1963 als "ultimum remedium" voor het tot uitdrukking brengen van universele morele beginselen van recht.

Als "ultimum remedium" in de richting van wereldrecht blijkt het begrip openbare orde een test voor het tot uitdrukking brengen van op het EVRM gebaseerde beginselen van mensenrecht in het ipr goed te doorstaan.[8] Met name in de discussie over een Ierse echtscheidingskwestie is het toespitsen van deze test op drie beginselen van mensenrecht naar ik meen overtuigend. De afwerende en opleggende deelfuncties van het openbare orde begrip in het ipr kunnen hier adequaat gebundeld worden in een bemiddelende functie in dienst van mensenrecht.

Evenals in het ipr zijn ook in het contractenrecht een groeiende doorwerking van mensenrecht en de werking van het begrip openbare orde duidelijk met elkaar in verband te brengen. Bij de bespreking van het contractenrecht is langs diverse wegen aannemelijk geworden dat de beginselen vrijheid, trouw en zorg inderdaad alle relevante normatieve en feitelijke aspecten kunnen bestrijken om tot een evenwicht tussen individueel en algemeen belang te komen dat past in het Nederlandse recht.[9] De reële en ideële aspecten in Nieuwenhuis' drie beginselen van contractenrecht sporen met drie beginselen van mensenrecht.

3 Hfdst. 5, par. 3.
4 Hfdst. 5, par. 5.
5 Hfdst. 5, par. 8.
6 Hfdst. 5, par. 4.
7 Hfdst. 5, par. 6 en 7.
8 Hfdst. 5, par. 7.
9 Hfdst. 6.

Ook een benadering van het contract als een zich in fasen in de tijd ontwikkelende rechtsbetrekking leidt tot hetzelfde resultaat.

Duidelijker dan in het ipr is in het contractenrecht een samenloop van deelfuncties van het openbare orde begrip naar voren gekomen. In het contractenrecht is beter zichtbaar dat een overkoepelende bemiddelingsfunctie zich toespitst op een evenwicht tussen private en publieke autonomie. De afwerende deelfunctie die werkt als beperking van de contractsvrijheid geeft de grens aan van private autonomie. Gelijktijdig werkt dat afweren vanuit een publiek gezichtspunt als bescherming van vitale materiële en geestelijke gemeenschapswaarden. Vanuit dat gezichtspunt gaat het om uitoefening van publieke autonomie. Daaronder valt dan óók het vaststellen van de grenzen van de contractsvrijheid als uitoefening van private autonomie.

De samenloop van afweren aan de ene kant en opleggen aan de andere kant is ook te zien in het verenigingsrecht van politieke partijen.[10] Wat de inhoudelijke kant in dit rechtsgebied betreft kunnen enkele opmerkingen van Van den Bergh (1936) in deze studie als representatief worden beschouwd. Een daarvan gaat over eerbied voor de persoonlijkheid van ieder mens, die als morele kern van het beginsel vrijheid in het openbare orde begrip tot uitdrukking dient te komen. Een andere opmerking gaat over een normatief criterium van democratie: dat de democratie haar mogelijkheid van zelfcorrectie niet ontnomen mag worden. In dat criterium, het behoud van de democratische mogelijkheid tot zelfcorrectie binnen een rechtsorde, komen de beginselen vrijheid, trouw en zorg op een gelukte manier tot uitdrukking.

In vergelijking met het contractenrecht en het verenigingsrecht lijkt in het bestuursrecht een leidende positie van een mensenrechtelijk georiënteerd vrijheidsbeginsel ver te zoeken.[11] In dit rechtsgebied wordt vooral de aanbodkant van de zorg belicht. De achterliggende vrijheid van de burger blijft in de schaduw. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn primair gericht op betrouwbaar en zorgvuldig overheidsbestuur conform de resultaten van democratische besluitvorming.

In "een ander jasje" werken algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook door in het politierecht.[12] Bij het politiebegrip openbare orde draait het feitelijk om de zorg van de politie voor een ordelijk verloop van het gemeenschapsleven op straat en ander openbaar terrein. Het handhaven van de openbare orde door de politie betreft volgens Van der Meulen rechtstreeks het fundamentele recht op bewegingsvrijheid van betrokkenen in de openbare ruimte. Zijn opvatting dat ordehandhaving zowel bescherming als beperking van deze fundamentele vrijheid impliceert kan ik delen. Zijn opvatting dat interventies in andere kernaspecten van vrijheid (onaantastbaarheid en uitingsvrijheid) *niet* inherent zijn aan ordehandhaving deel ik niet. Daarbij ga ik uit van een rechtsbeschermende in plaats van een instrumentele opvatting van ordehandhaving. Als fundamentele bewegingsvrijheid

10 Hfdst. 7, par. 2.
11 Hfdst. 7, par. 3.
12 Hfdst. 7, par. 4.

in de openbare ruimte in normatieve zin als richtinggevend voor ordehandhaving wordt erkend, dan zijn ook de andere genoemde kernaspecten van vrijheid niet uit het politiebegrip openbare orde weg te denken.

Een tendens van een meer instrumentele dan rechtsbeschermende toepassing van rechtsbeginselen is ook in het kader van het strafprocesrecht ter sprake gekomen.[13] Naast beginselen die expliciet met openheid van gesprek en openbaarheid van de procesgang te maken hebben gaat het daarbij evenals in het politierecht ook om private vrijheid. Het pleidooi van Bal voor een oriëntering aan mensenrechten in het strafrecht en mijn dóórtrekken van dit pleidooi naar drie beginselen van mensenrecht is ook te vertalen naar andere rechtsgebieden. Met name ook naar het politierecht. Daar kan een mensenrechtelijk georiënteerde opvatting van vrijheid in al haar kernaspecten tegenwicht leveren tegen een instrumentele opvatting van bewegingsvrijheid bij het handhaven van de openbare orde.

In het strafrecht gaat het in de bonte verzameling misdrijven en overtredingen betreffende de openbare orde en de zeden vooral om zorg voor zwakkeren en het tegengaan van discriminatie. In verband daarmee is een bemiddelende rol van het beginsel trouw tussen vrijheid en zorg komen boven drijven. In een doorlopend proces van rechtsvorming en rechtstoepassing gaat het erom dat op een integere manier wordt ingestaan voor het beschermen van kwetsbare individuele vrijheid.[14] Op het individuele niveau wordt deze bemiddelende rol van het beginsel trouw bevestigd in de kwestie waarin het tegengaan van rassendiscriminatie staat tegenover de integriteit van de journalist die "te goeder trouw" een bijdrage levert aan het publieke debat in de media.[15]

De doctrine van ondeelbaarheid en onderlinge afhankelijkheid van alle rechten van de mens sluit aan bij de idee van interne samenhang van drie beginselen van mensenrecht.[16] Evenals het hele onderzoek in het Nederlandse recht bevestigt ook deze doctrine nog eens mijn stelling over de notie mensenrecht als morele kern van recht naar Westerse traditie. Bij het praktisch aannemen van de ondeelbaarheid en onderlinge afhankelijkheid van een mensenrechtelijk georiënteerde inhoud van het openbare orde begrip kan een bundeling van deelfuncties van dat begrip moeilijk uitblijven. Het onderzoek in de verschillende deelgebieden van het Nederlandse recht heeft niet alleen bevestigd dat het openbare orde begrip als kwalificatie van dwingend recht algemeen inzetbaar is. Het heeft ook aangetoond dat met het oog op de notie mensenrecht de afwerende en opleggende, beperkende en beschermende deelfuncties van het begrip openbare orde soms nauwelijks uit elkaar te houden zijn. In zulke verwarrende situaties kan de idee van bemiddeling onder de noemer openbare orde verhelderend werken. Het dubbelzinnig karakter van het begrip openbare orde, als dwingend recht en als bemiddeling met het oog op mensenrechtelijk georiënteerde vrijheid tekent de inherente spanning tussen openbare orde en mensenrecht.

13 Hfdst. 7, par. 5.
14 Hfdst. 7, par. 5.
15 Hfdst. 8, par. 5.
16 Hfdst. 8, par. 4.

3. Houdbaarheidstest in Nederlands recht geslaagd

De voorgenomen houdbaarheidstest in het Nederlandse recht beschouw ik als geslaagd. Daarmee beweer ik niet dat nu ieder of zelfs maar iemand meteen moeiteloos met dit hulpmiddel overweg kan. Het gaat als eerder gezegd om de potentiële praktische bruikbaarheid. Ten aanzien van drie beginselen van mensenrecht is die naar ik meen aannemelijk geworden. Rest een bespreking van het moreel gezichtspunt van alpartijdigheid.

In het gekozen gespreksmodel van recht is het perspectief van alpartijdigheid gekoppeld aan de openheid van het op onderlinge verstandhouding gericht gesprek.[17] Het gaat erom dat alle relevante aspecten en belangen op een authentieke manier ingebracht kunnen worden en serieus bij de besluitvorming betrokken worden. Houvast bieden de noodzakelijke vooronderstellingen van toegankelijkheid, kritiseerbaarheid en oprechtheid van het open gesprek. Die vooronderstellingen bieden ook houvast voor de legitimiteit van wetgeving en rechtspraak.[18] De legitimiteit van overheidsbestuur is afhankelijk van het gekoppeld houden van bestuurlijke macht aan het democratisch besluitvormingsproces.

Uit het onderzoek in het Nederlandse recht is gebleken dat ook bij de uitvoerende bestuurstaak zélf de vrijheid van de burger meer op de voorgrond lijkt te komen. Dat is op te maken uit de wetsgeschiedenis van de Algemene wet bestuursrecht. Naast actieve zorgplicht van het bestuur worden ook subjectiviteit van de burger en wederkerigheid van de relatie bestuur-burger als kaderprincipes van deze wet aangegeven. De principiële vrijheid van de burger om naar eigen inzicht voor eigen belangen op te komen en de rechtsplicht van de overheid om deze vrijheid te respecteren worden onderkend. In plaats van *voorwerp* van overheidszorg via het bestuursrecht wordt de burger *deelnemer* in het bestuursrecht. Met het oog op het moreel gezichtspunt van alpartijdigheid gaat dat in de goede richting.

Als een tendens in de richting van alpartijdigheid kan in het ipr de opmars van partij-autonomie bekeken worden. In het contractenrecht daarentegen hebben we vrij uitgebreide beperkingen van partij-autonomie kunnen constateren. Toch kunnen ook die uitgelegd worden als tendens in de richting van alpartijdigheid. De beperkingen zijn bedoeld om voor zwakkere contractpartijen tot meer evenwicht in machtsverhoudingen te komen. In een wederkerige, aan elkaar gewaagde autonomie van betrokken partijen is meer kans dat alle relevante belangen tot hun recht komen dan bij het sterk domineren van één van de contracterende partijen ten koste van de ander. In het verenigingsrecht van politieke partijen is het criterium van behoud van de democratische mogelijkheid tot zelfcorrectie naar voren gekomen als illustratief voor de openheid van een alpartijdige besluitvorming.

De eerder besproken doctrine van ondeelbaarheid en onderlinge afhankelijkheid van alle rechten van de mens verdient ook hier nog eens de aandacht. Deze doctrine loopt niet alleen parallel met de ondeelbaarheid en onderlinge afhankelijkheid van drie beginselen van mensenrecht. In een moreel gezichtspunt van alpartijdigheid heeft ze ook direct te

17 Hfdst. 3, par. 5.
18 Zie hfdst. 4, par. 2, over het alpartijdig stellen en toepassen van rechtsnormen.

maken met het achterblijven van zorg. In verhouding tot klassieke vrijheidsrechten blijven sociale mensenrechten achter. De ontwikkeling van de gewetensvrijheid als eerste klassiek vrijheidsrecht heeft de achtergrond daarvan laten zien.[19] Vermeulens "oeverloosheidsthese" illustreert het dilemma van angst voor juridisch en feitelijk "onmogelijke" zorgplichten van overheden bij het principieel erkennen van externe gewetensvrijheid.[20] Dit soort dilemma's speelt ook een belangrijke rol bij het erkennen van sociale mensenrechten. Bij die erkenning is in de context van het Europees Gemeenschapsrecht in de discussie met Steyger nog een ander aspect van angst naar voren gekomen: sociale rechten leiden tot verplichte zorg van overheden. Die verplichte zorg doet te kort aan particuliere vrijheid. Soms profiteren er mensen van die de grootste mond hebben en komt de zorg niet ten goede aan mensen die deze zorg het meest nodig hebben.[21]

Tegenover deze angsten heb ik aan de hand van de leer van positieve verplichtingen uit het EVRM het zinvolle van een praktische erkenning van ondeelbaarheid en onderlinge afhankelijkheid van alle mensenrechten aannemelijk proberen te maken. Dat geldt zowel voor rechten die primair met vrijheid als voor rechten die primair met zorg te maken hebben.[22] Ik heb in dit verband voorgesteld alle staatsverplichtingen op het gebied van klassieke én sociale mensenrechten op te vatten als positieve verplichtingen.

In mijn voorstel beginnen alle staatsverplichtingen in ieder geval met de positieve verplichting om een morele kern van individuele vrijheid te respecteren. Daaruit volgen voor zover dat met het oog op respect voor die kernvrijheid nodig is verdere verplichtingen. Die kunnen bestaan in de verplichting om actief te beschermen en verder in de verplichting om te verwezenlijken. In de vereiste positieve grondhouding van respect komt telkens een kern van morele vrijheid als praktisch operationeel richtsnoer voor het rechtsgehalte van rechtsbeslissingen naar voren. In het verlengde daarvan ligt betrouwbare, actieve zorg voor het beschermen of feitelijk verwezenlijken van het betreffende mensenrecht. Daarbij is het niet zo dat zorg in dienst komt te staan van vrijheid.[23] Vrijheid en zorg zijn intern met elkaar verbonden en aan elkaar gewaagd. De omvang van feitelijke zorg wordt telkens bepaald door het recht doen aan de kern van vrijheid waar het in het gegeven geval om gaat.

Dat bij het scheiden van vrijheidsrechten en sociale mensenrechten relevante belangen gemakkelijk buiten beeld kunnen blijven mag duidelijk zijn. Datzelfde geldt voor opvattingen waarin groepen vrijheidsrechten als gescheiden behandeld worden. Een mooi voorbeeld daarvan is Vermeulens loskoppeling van interne gewetensvrijheid als juridisch vrijheidsrecht en een algemeen recht op externe gewetensvrijheid als juridisch onmogelijk. Mijn commentaar op zijn "oeverloosheidsthese" kan ook gelezen worden als een pleidooi voor alpartijdigheid in het open democratisch gesprek. In dat gesprek mag gewetensvrijheid niet gereduceerd worden tot een min of meer vrijblijvende morele inspiratiebron,

19 Hfdst. 8, par. 2.
20 Hfdst. 8, par. 3.
21 Hfdst. 8, par. 7.
22 Hfdst. 8, par. 4 en par. 7.
23 Vgl. Gerbranda/Kroes 1994, p. 470.

zoals Vermeulen voorstaat. Dat doet denken aan de tijd waarin basale zedelijke beginselen van behoorlijk handelen nog niet getransformeerd waren in *rechts*beginselen.[24]

Het behandelen van gewetensvrijheid als morele inspiratiebron in plaats van als universeel moreel *recht* doet óók denken aan de besproken twee ogenschijnlijk tegengestelde richtingen waarin Romeinse denkers zich na het verval van de Griekse polis van de polisfilosofie afkeerden.[25] Aan de ene kant ging het denken in de richting van een kosmopolitisch universalisme. Aan de andere kant richtte het zich sterk op innerlijke autonomie. Zijn we nog steeds bezig met pogingen om deze beide denkrichtingen met elkaar te verzoenen? De doctrine van ondeelbaarheid en onderlinge afhankelijkheid van alle mensenrechten en mijn voorstel van drie beginselen van mensenrecht in een alpartijdig perspectief als richtsnoer voor ieder lijken daar inderdaad voorbeelden van.

4. Een proef met de kwestie Geertruidenberg: is dit recht?

De feiten zijn bekend.[26] Voor het gemak herhaal ik hier het begin en de afloop van de rechtszaak. Een kapelaan van de rooms katholieke St. Gertrudisparochie te Geertruidenberg houdt op 23 juni 1957 aldaar een openbare godsdienstoefening in de vorm van een door hem georganiseerde processie. Een strafrechtelijke vervolging tegen de kapelaan is het gevolg. Volgens de tenlastelegging heeft hij "de R.K. openbare godsdienst uitgeoefend op een andere plaats of op andere plaatsen, dan waar de openbare godsdienstoefening, naar art. 184 lid 2 (art.107 lid 2 oud) der Grondwet volgens de bij de uitvaardiging der Grondwet van 1848 bestaande wetten en reglementen was toegelaten." De kapelaan roept artikel 9 van het voor Nederland in 1954 in werking getreden Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) in, dat dateert van 4 november 1950. Volgens de tekst van artikel 9 lid 2 EVRM is een beperking van de in het eerste lid neergelegde godsdienstvrijheid slechts toegelaten als die niet alleen bij wet is voorzien in een democratische gemeenschap, maar ook "noodzakelijk" is voor de bescherming van de openbare orde.

In het tweede Geertruidenberg-arrest draait de Hoge Raad, in vijfde rechterlijke instantie in dit proces, het door het Hof Arnhem uitgesproken ontslag van rechtsvervolging terug. De Hoge Raad oordeelt dat de rechter alleen dan een wettelijke beperking van de vrijheid van godsdienst als *niet* noodzakelijk voor de bescherming van de openbare orde mag beschouwen "indien het ten enen male ondenkbaar zou moeten worden geacht dat een wetgever, gesteld voor de noodzaak met het oog op de bescherming van de openbare orde te dien aanzien een regeling te treffen, daartoe een zodanige regeling in redelijkheid zou kunnen treffen of handhaven."

24 Vgl. hfdst. 5, par. 4.
25 Hfdst. 8, par. 2.
26 Zie hfdst. 1, par. 2.

Artikel 9 EVRM betreffende de vrijheid van gedachten, geweten en godsdienst is vrij uitgebreid besproken in verband met de gewetensvrijheid.[27] Hier gaat het om het peilen van het rechtsgehalte van de uitspraak van de Hoge Raad aan de hand van het richtsnoer voor ieder. Op de eerste trap van toetsing is de in ieder geval te respecteren vrijheidskern duidelijk: vrijheid van godsdienst. Daarmee is ook de strekking van het belang van de verdachte gegeven: het als katholiek ambtsdrager in vrijheid organiseren en in het openbaar houden van een processie in de parochie waar hij werkzaam is, de St. Gertrudis-parochie in het Noord-Brabantse Geertruidenberg. Actieve zorg van de overheid in de varianten beschermen of verwezenlijken is daarvoor niet nodig.

Op de tweede trap van toetsing rijst de vraag of er doelstellingen of andere factoren zijn die een beperking van de reikwijdte van het betreffende vrijheidsrecht rechtvaardigen. Het Hof Arnhem vindt van niet en oordeelt dat de in het tweede lid van artikel 184 Grondwet neergelegde beperking van de godsdienstvrijheid niet geacht kan worden noodzakelijk te zijn voor de openbare orde. De Hoge Raad offert de godsdienstvrijheid van de kapelaan in het gegeven geval op aan het redden van het oude grondwettelijke processieverbod. De Hoge Raad doet dat met de hierboven nog eens geciteerde abstracte openbare orde-formule.

Kan de uitspraak van de Hoge Raad gerechtvaardigde overheidszorg genoemd worden? Nee. In een alpartijdige opvatting van private en publieke autonomie is de openbare orde-formule die de Hoge Raad in dit geval uitspreekt voldoende om tot deze conclusie te komen. De Hoge Raad distantieert zich met deze formule van een positieve grondhouding van respect en bescherming voor de in geding zijnde godsdienstvrijheid als private autonomie. Bovendien distantieert de Hoge Raad zich van een concrete toetsing aan het EVRM, als in ieder geval veel recentere uitdrukking van publieke autonomie dan het oude grondwettelijk processieverbod. De Hoge Raad geeft in dit geval niet de rechtsbescherming die het toepasselijke artikel 9 EVRM de verdachte had kunnen bieden. Trouw van de Hoge Raad aan de Grondwet kan hier niet uitgelegd worden in de zin van het mensenrechtelijk beginsel trouw. Dat vraagt in dit geval een praktische bemiddeling tussen individuele vrijheid van de kapelaan, algemene aspecten van vrijheid (met name ook met het oog op niet-katholieken in Geertruidenberg) en overheidszorg voor de continuïteit van het rechtsstelsel als geheel. In plaats daarvan houdt de Hoge Raad zich compleet afzijdig van een concrete afweging van relevante belangen. Conclusie: de rechts*ordening* in dit geval is niet te kwalificeren als mensenrechtelijk georiënteerde *rechts*ordening.

5. Drie beginselen van mensenrecht als universeel richtsnoer voor ieder in een wereldorde in wording?

In zijn beschouwing van vijfentwintig jaar rechtspraak van de Hoge Raad op het gebied van het ipr, sedert de wijziging van de cassatiegrond schending van de wet in schending van het recht in 1963, signaleert Polak als rode draad een ontwikkelingslijn in de richting

27 Zie hfdst. 8, par. 3.

van "wereldrecht."[28] Zo'n ontwikkelingslijn valt ook in de andere onderzochte rechtsgebieden in het Nederlandse recht te onderkennen. Denk maar aan internationale ontwikkelingen in het contractenrecht en aan de aanscherping van strafbepalingen op basis van het VN-verdrag tegen rassendiscriminatie.

Een ontwikkeling in de richting van wereldrecht is niet specifiek Nederlands. Ze wordt gestuurd door bovennationale, regionale en mondiale problemen. Evenals bij de opkomst van het ipr wordt deze ontwikkeling mede geïnspireerd door economische expansie, die nu duidelijk de vormen van wereldhandel heeft aangenomen. Op het gebied van rechten van de mens wordt de ontwikkeling in de richting van wereldrecht mede geïnspireerd door een wisselwerking van regionaal georiënteerde verdragen zoals het mensenrechtelijk EVRM en het economisch gericht EG-verdrag en wereldwijd georiënteerde VN-verdragen, zoals het IVBPR en het IVESCR.

Al deze ontwikkelingen wijzen in de richting van groei naar een wereldorde, met de VN als overkoepelende politieke organisatie. Dat binnen de VN aan de onderhandelingstafel vaak grote verdeeldheid bestaat op rechtspolitiek gebied en dat VN-vredesmachten vaak praktisch machteloos staan op oorlogsterrein valt niet te ontkennen. Maar dat de VN als wereldorganisatie bestaat en werkzaam is, valt ook niet te ontkennen. Hoe gebrekkig de feitelijke werkzaamheid soms ook is, er is geen vreedzaam alternatief voor het gesprek voor het forum van de VN in deze meest gewelddadige eeuw die de mensenwereld ooit gekend heeft.

Acties van (wereld)burgerlijke openbaarheid kunnen een belangrijke rol spelen bij wereldwijd georiënteerde rechtsontwikkeling. Voorbeelden daarvan zijn niet ver te zoeken. In alle kranten en andere media liggen ze voor het oprapen. Als ik dit schrijf (juli 1995) is een spectaculaire actie van Greenpeace op milieugebied het meest recente voorbeeld van het met succes op korte termijn mobiliseren van de publieke opinie. "Brent Spar wordt eventjes brandpunt van de wereld" kopte mijn lokale krant.[29] Als laatste verweer tegen het dumpen van het Shell-olieopslagplatform Brent Spar in de Atlantische Oceaan wisten twee actievoerders van Greenpeace zich voor het oog van de wereldpers bovenop het olieplatform te verschansen. "Onder druk van de publieke opinie en Westeuropese regeringen" verklaarde de Britse Shell-organisatie op 20 juni 1995 van het afzinken van het platform af te zien. Dat gebeurde vlak vóór het voorgenomen dumpen, tegen de opvatting van de Britse regering in.[30] Ook al bleken Shell en de Britse regering uiteindelijk, zoals ook Greenpeace later inzag, gelijk te hebben Deze affaire kan een belangrijke impuls zijn voor de hoognodige verdere uitwerking van internationale verdragen over de bescherming van het milieu in de Noordzee.

Ook een ander recent voorbeeld in de richting van wereldrecht haal ik uit de lokale krant: "Hulporganisatie wil vervolging van sekstoeristen."[31] In het rapport "Het kind van de

28 Hfdst. 5, par. 6.
29 Limburgs Dagblad 20 juni 1995.
30 "Engeland haalt uit naar de "hysterie" rond Brent Spar" kopt het Limburgs Dagblad op 23 juni 1995.
31 Limburgs Dagblad 4 juli 1995.

rekening" geeft de kinderhulporganisatie Child Right Worldwide een inventarisatie van seksuele exploitatie van kinderen. De organisatie dringt aan op een wetswijziging. Die moet het mogelijk maken Nederlanders die in het buitenland kinderen seksueel misbruiken in eigen land te vervolgen. Het gaat vooral om zogenaamde sekstoeristen naar landen in Azië en Latijns-Amerika. Dit voorbeeld sluit direct aan bij de onderzochte ontwikkeling van een mensenrechtelijk georiënteerde aanscherping van strafbepalingen betreffende de openbare orde.[32]

Als laatste voorbeeld een onverwacht pleidooi in de richting van wereldrecht: "Paus op de bres voor de vrouw."[33] In een open brief komt paus Johannes Paulus II met opzet vlak voor het begin van de VN-vrouwenconferentie in Peking op voor de rechten van de vrouw. De paus doet een oproep aan alle staten, de gelijkwaardigheid tussen man en vrouw te erkennen en de rechten van de vrouw te beschermen. Hij noemt onder andere gelijke kansen op de arbeidsmarkt en in het onderwijs, gelijk loon en een gelijkwaardige positie binnen het gezin. Of het helpt is nog maar de vraag. Hoe dat zij, dit pleidooi sluit in ieder geval aan bij de wereldwijde campagne die vanaf 1991 vanuit de vrouwenbeweging gevoerd wordt voor integratie van mensenrechten van vrouwen.[34]

De bewering dat een ontwikkeling in de richting van een wereldrecht in een wereldorde de praktische bruikbaarheid van het door mij voorgestelde richtsnoer in de kaart speelt lijkt niet te gewaagd. Zo lang rechtsontwikkeling mensenwerk blijft, zal wereldrecht zich in normatieve zin blijven oriënteren aan *mensen*recht. Een oriëntering op vrijheid, trouw en zorg is te beschouwen als elementair mensenrechtelijk, omdat ze de meest basale morele aspecten van behoorlijk handelen in iedere rechtsorde omvat. Daardoor kan deze oriëntering dienst doen als een universeel richtsnoer voor ieder in een wereldorde in wording.

32 Hfdst. 7, par. 5.
33 Limburgs Dagblad 11 juli 1995.
34 Vgl. J. Swiebel, De VN-Wereldconferentie Mensenrechten, Actualiteitenkatern Nemesis 1993, nr. 5, p. 30-31.

Samenvatting

In de eerste vier hoofdstukken, die tezamen het eerste deel van deze dissertatie uitmaken, wordt gepoogd een rechtsvindingstheorie te ontwikkelen op basis van Jürgen Habermas' theorie van de communicatieve rationaliteit, het zogenaamde "gespreksmodel". In de daarop volgende vier hoofdstukken, het tweede deel, wordt de vruchtbaarheid van deze theorie onderzocht via een analyse van de betekenis van het begrip "openbare orde" in het Nederlandse recht.

In het *eerste* hoofdstuk wordt het probleem van de verhouding van formele en materiële rechtvaardiging in het recht geïntroduceerd aan de hand van het tweede Geertruidenberg-arrest (HR 19 januari 1962, NJ 1962, 107). Het ging hier om een kapelaan die te Geertruidenberg een verboden processie had georganiseerd. Volgens hem was dit sinds 1848 op de grondwet gebaseerde verbod, dat inhield dat processies verboden waren waar ze niet al ruim voor 1848 zonder onderbreking gebruikelijk waren, in strijd met de godsdienstvrijheid zoals gewaarborgd door art. 9 EVRM. Het Hof had de kapelaan in het gelijk gesteld, omdat het van mening was dat er in het concrete geval geen sprake was van een noodzaak van bescherming van een belang van openbare orde. De Hoge Raad was het echter oneens met het Hof. Volgens de HR was alleen van belang of de regeling als zodanig naar redelijkheid in het belang van de openbare orde geacht kon worden. De Hoge Raad achtte derhalve een toetsing in concreto niet nodig en hanteerde een historisch-wetspositivistische interpretatie, waarin geen aandacht werd geschonken aan de sinds 1848 radicaal veranderde positie van de katholieken in Nederland. De vraag die naar aanleiding van deze uitspraak wordt opgeworpen is hoe de onrechtvaardigheid van deze uitspraak juridisch kan worden onderbouwd. Daartoe wordt een zoektocht begonnen naar de *innerlijke* relatie tussen recht, openbare orde, mensenrechten en democratie.

Vooruitlopend op dat onderzoek worden in het eerste hoofdstuk twee stellingen geponeerd. De eerste stelling luidt dat het begrip "openbare orde" algemeen inzetbaar is. In tegenstelling tot wat door het tweede Geertruidenberg-arrest wordt gesuggereerd, is het begrip alleen goed te verstaan in samenhang met de diepste waarden die aan ons recht ten grondslag liggen. De tweede stelling luidt dat "mensenrecht", gezien als de aan de diverse mensenrechten, de rechtsstaat en de democratie ten grondslag liggende idee, de morele kern van ons recht uitmaakt. In die context geplaatst zal ook blijken dat openbare orde niet alleen een tegen daarop inbreuk makende burgers beschermd overheidsbelang vertegenwoordigt, maar dat er ook een betekenis aan toekomt in de relaties tussen burgers onderling en dat het zelfs om een de burgers tegen de overheid beschermend belang kan gaan.
Het feit dat rechten van de mens in juridische vormen steeds meer *in* het begrip openbare orde tot uitdrukking komen, is op het eerste oog een positieve ontwikkeling. Het "machtige" begrip openbare orde komt steeds meer expliciet in dienst te staan van rechten van de mens. Het gevaar dreigt echter dat de notie mensenrecht onherkenbaar wordt, steeds meer "ingelijfd" wordt in de ordenende macht van "openbare orde".

Samenvatting

Om de herkenbaarheid en werkbaarheid van de notie mensenrecht te bevorderen wordt in deze studie geprobeerd ze te concretiseren in een richtsnoer dat bestaat uit drie beginselen: vrijheid, trouw en zorg.

Het *tweede* hoofdstuk begint met de vraag of in een radicale opvatting sprake kan zijn van een onvervangbare inhoudelijke kern van recht. Moet in een radicaal opgevatte democratie niet iedere inhoud van recht, inclusief de mensenrechten, als veranderlijk van inhoud door de burgers ter discussie kunnen worden gesteld? Als dat zo is, zijn recht en redelijkheid identiek met de uitkomst van een democratisch debat. Een in deze richting tenderende theorie van de rechtsvinding en van de verhouding van rechter en wet, is in 1992 verdedigd door Barendrecht in zijn dissertatie "Recht als model van rechtvaardigheid". Daarin bekritiseert hij de steeds sterker wordende tendens naar "Einzelfallgerechtigkeit" door toepassing van vage begrippen. Volgens Barendrecht dient rechtspraak programmatisch te opereren op een wijze die vergelijkbaar is met hoe wetenschap volgens Popper en Lakatos opereert. De rechter wordt daarmee tot een quasi-onderzoeker en een quasi-wetgever. Barendrecht kent geen betekenis toe aan rechtsfilosofische opvattingen over gerechtigheid en hij plaatst de wetgever, waarvan hij het staatsrechtelijk primaat niet ontkent, in een overwegend passieve, volgzame relatie te plaatsen ten opzichte van de rechter te plaatsen.

Mijn kritiek op Barendrecht betreft niet zijn bezwaren tegen een vorm van rechtsvinding waarbij geen lijn meer te ontdekken valt in de rechtspraak. Dit kan echter gezien worden als het resultaat van een verkeerd gebruik van vage normen, die juist niet los van rechtsfilosofisch inzicht in hun betekenis dienen te worden gehanteerd. Interessant is dat Barendrecht aan het einde van zijn boek ook verwijst naar Habermas' gespreksmodel, dat mogelijk inhoud kan geven aan rechtvaardigheid. Daarbij verwaarloost hij echter dat Habermas gerechtigheid in het individuele geval niet uitsluit als resultaat van een dialogisch proces. Het feit dat Barendrecht kiest voor een leeg rechtvaardigheidsbegrip maakt duidelijk dat hij niet uitgaat van een interne samenhang tussen democratie en een bepaalde inhoud van de rechtsidee. Dit onderzoek gaat daar *wel* vanuit. Het veronderstelt een zodanige interne samenhang tussen de notie mensenrecht en democratie, dat de vraag naar het primaat van een van beide in principe irrelevant is.
De houdbaarheid van deze vooronderstelling wordt onderzocht aan de hand van het begrip openbaarheid, dat in een gespreksmodel van recht correspondeert met openheid van publieke discussie. De openheid van gesprek houdt al op het empirisch niveau van het alledaagse gesprek een principiële erkenning in van menselijke vrijheid en waardigheid. Deze erkenning ligt besloten in de vooronderstellingen waarvan ieder altijd al moet uitgaan om een concreet op onderlinge verstandhouding gericht gesprek te kunnen voeren. Deze vooronderstellingen zijn: afwezigheid van dwang, toegankelijkheid voor kritiek en oprechtheid.
De principiële erkenning van menselijke vrijheid en waardigheid is de morele kern van de notie mensenrecht en tegelijk de kern van een op het open gesprek gebaseerde opvatting van democratie. Dat is de grondgedachte van dit onderzoek. Die gedachte maakt de vraag naar het primaat van mensenrecht òf democratie in principe irrelevant.

Uitgaande van deze gedachte wordt de interne samenhang tussen mensenrecht en democratie geanalyseerd tegen de achtergrond van de ontwikkeling van de moderne politieke filosofie (Hobbes, Locke, Rousseau en Kant), waarop Habermas heeft voortgebouwd. Bij hem komt de al in het werk van Rousseau en Kant vermoede interne samenhang tussen mensenrecht en democratie tot uitdrukking in het normatief gehalte van de *uitoefening* van publieke autonomie.

In het *derde* hoofdstuk wordt beschreven hoe Habermas uit de idee van gelijkoorspronkelijke private en publieke autonomie stap voor stap een systeem van subjectieve rechten heeft gereconstrueerd. Achtereenvolgens: private handelingsvrijheid, associatie-vrijheden, rechtsbescherming, politieke rechten en tenslotte sociale rechten (waaronder ook ecologische). Deze rechten zijn voorwaarden die het mogelijk maken het samenleven door recht legitiem te regelen. Het gaat dus om een reconstructie van voorwaarden voor legitiem recht. Het zijn deze voorwaarden die het micro-sociale principe van open communicatie tussen gesprekspartners (de zogenaamde "leefwereld"), reproduceren op het systeemniveau van een democratische samenleving. In dit verband wordt de samenhang besproken van private en publieke autonomie met de realiteit van politieke macht. Geconcludeerd wordt dat het recht voor zijn legitimiteit en daarmee voor zijn sociaal-integratieve kracht uiteindelijk aangewezen blijft op de uitoefening van publieke autonomie door de rechtsgenoten. Omdat deze uitoefening staat of valt met openbaarheid wordt aansluitend het openbaarheidsbegrip nader besproken. Dit leidt tot een illustratie van de innerlijke kwetsbaarheid van een consequent op vrijheid georiënteerde democratische rechtsordening.

En hoe staat het met openbaarheid en gesprek in de rechtszaal? Uitgaande van de idee dat open communicatie in rechte mogelijk is, wordt geanalyseerd wat dit van de rechter vergt. In de eerste plaats zou het betekenen dat hoewel de partijen zich veelal instrumenteel en strategisch zullen opstellen, de rechter zich niet alleen communicatief ten opzichte van hen dient te gedragen, maar hen tot een overeenkomstige houding moet pogen te brengen. Het impliceert ook dat waar wet en gerechtigheidsoordeel niet met elkaar in overeenstemming zijn te brengen, de rechter daarvan geen geheim moet maken. Verder zal de rechter moeten pogen om het gerechtigheidsgevoel van partijen, dat veelal georiënteerd is op de leefwereld, te relateren aan de gerechtigheidsidee op systeemniveau. Hij vormt als het ware een brug tussen beide. Maar dit veronderstelt uiteraard dat de kloof inderdaad te overbruggen is. Qua heuristische methode impliceert dit dat de rechter in staat moet zijn om een concreet vraagstuk zowel vanuit het perspectief van ieder van de partijen als dat van het rechtssysteem waar te nemen. Dit wordt in navolging van Van der Burg (1991) "alpartijdigheid" genoemd. Een rechter moet derhalve goed kunnen communiceren, een goed ontwikkeld rechtsgevoel hebben en pro en contra evenwichtig kunnen afwegen. Genoemde rechterlijke deugden corresponderen duidelijk met zin voor waarheid, rechtvaardigheid en oprechtheid, de drie essentialia van Habermas communicatieve rationaliteit. Maar het is nog niet duidelijk hoe deze rechterlijke openheid vertaald kan worden in een concept van juridische alpartijdigheid.

Het *vierde* hoofdstuk begint met de vaststelling dat Habermas de vraag naar juridische alpartijdigheid niet beantwoord heeft vanuit het gespreksmodel.

Samenvatting

Hij heeft zijn stelling betreffende de gelijkoorspronkelijkheid van private en publieke autonomie alleen uitgewerkt met het oog op een democratietheorie, dat wil zeggen een theorie van politieke alpartijdigheid, niet als rechtsvindingstheorie. Voor een rechtsvindingstheorie is het niet voldoende te laten zien dat private en publieke autonomie elkaar veronderstellen. Vanuit het perspectief van het individu is private autonomie niet noodzakelijkerwijs gericht op participatie aan het politieke debat. Integendeel het is primair een recht om het eigen leven te leiden zoals het een ieder goeddunkt. Heeft private autonomie niettemin ook nog een innerlijke relatie tot publieke autonomie, de juridisch-maatschappelijke positie van de mens?

Om die vraag te beantwoorden wordt eerst nagegaan of andere theorieën van politieke alpartijdigheid dan die van Habermas wellicht ook suggesties bevatten voor een theorie van alpartijdige rechtsvinding. In het bijzonder de theorie van Van der Burg, aan wie het begrip "alpartijdigheid" ontleend is, komt daarvoor in aanmerking. Met Habermas argumenterend tegen een abstracte opvatting van onpartijdigheid zoals men die bijvoorbeeld bij Rawls aantreft, heeft Van der Burg de volgende eisen aan politieke alpartijdigheid verbonden: participatie van alle betrokkenen, het aangeven van de gronden en de zin van beslissingen, reflectie op de uitvoerbaarheid ervan en afweging van de gevolgen van de beslissing voor de verschillende erbij betrokken groepen mensen. Van der Burg ziet dit als invulling van Dworkins idee van "equal concern and respect" als fundamentele norm van een democratische samenleving. Hoewel dit beginsel zich ook leent voor onmiddellijke toepassing op rechterlijke alpartijdigheid, waarvoor Dworkin het dan ook in eerste instantie heeft ontwikkeld, raakt daarbij Habermas' ideaal van de vrijwillige acceptatie van de beslissing uit het vizier.

Als twee bruggen tussen private en publieke autonomie en daarmee naar een begrip van juridische alpartijdigheid dienen opmerkingen van Van Roermund en Holtmaat. Van Roermund meent dat met Habermas' karakterisering van het democratisch discours als een "debat tussen vreemden", die "afzien van geweld" en elkaar daarbij ook het recht toekennen "vreemden voor elkaar te blijven", in feite net als bij Luhmann aan recht een niet in termen van communicatieve rationaliteit te begrijpen functioneel karakter wordt toegekend. Ons inziens geeft Habermas aldus echter juist de mogelijkheid aan de systeemwereld discursief te relateren aan de leefwereld. Holtmaats kritiek betreft simplistische dichotomieën in het recht, zoals die tussen recht en behoefte. Een en hetzelfde recht kan echter meerdere functies tegelijkertijd hebben, functies die bovendien onderling gerelateerd kunnen zijn.

Vervolgens worden *vrijheid, trouw* en *zorg* als drie beginselen van rechtens behoorlijk handelen afgeleid uit het open gesprek, gekoppeld aan de notie van alpartijdigheid. In het vrijheidsbegrip komt de aan het moderne westerse recht ten grondslag liggende idee van de subjectieve autonomie tot uitdrukking. De morele dimensie van de vrijheidsidee wordt als leidend beginsel van van rechtens behoorlijk handelen geïmpliceerd door de acceptatie van de ander *als* ander in het model van het open gesprek. Het begrip trouw als prijs van de vrijheid is de normatieve uitdrukking van de wederzijdse gebondenheid aan de criteria van theoretische en praktische rationaliteit.

Het begrip zorg tenslotte is uitdrukking van het besef dat de openheid van het gesprek afhankelijk is van zekere sociale en materiële condities.

Aangetoond wordt dat de drie beginselen van rechtens behoorlijk handelen een vergelijking met Habermas' en Van der Burgs democratie-theorieën kunnen doorstaan. In het geval van Van der Burg moet daar echter aan worden toegevoegd dat in Dworkin's criterium van "equal concern and respect" het begrip trouw onvoldoende tot zijn recht komt. Het doet de positiviteit van het recht uit het vizier verdwijnen, een gebrek dat Dworkin dan weer moeizaam poogt te herstellen via zijn begrip van de "integrity" van het recht.

Een verdere vertaling van drie beginselen van rechtens behoorlijk handelen in drie beginselen van mensenrecht is te beschouwen als een moreel appèl binnen het recht zelf. Dit appèl bestaat in het accentueren van de morele dimensie van vrijheid, trouw en zorg - als universele moreel relevante aspecten van menselijk samenleven - in gevallen waarin rechtsbescherming in de knel dreigt te raken. Dat private en publieke autonomie door vrijheid, trouw en zorg innerlijk met elkaar verbonden zijn, impliceert geenszins dat deze drie elementen niet in een spanningsverhouding tot elkaar kunnen staan en in concreto tegen elkaar moeten worden afgewogen. Dit geldt in het bijzonder bij het begrip "openbare orde". Hoe de innerlijke samenhang tussen de drie beginselen van mensenrecht nader is op te vatten is één van de centrale thema's van het tweede deel. De andere twee zijn de uitwerking van de stellingen van de algemene inzetbaarheid van het begrip "openbare orde" en van de idee van mensenrecht als morele kern van ons recht.

Het tweede deel begint dan met het *vijfde* hoofdstuk, dat aan "openbare orde" in het internationaal privaatrecht is gewijd. Al in Kranenburgs dissertatie (1895) komen elementen van de drie beginselen van mensenrecht naar voren. Kranenburg betoogt dat "openbare orde" in alle gebieden van het recht dezelfde afwerende en opleggende functies vervuld met een zinkern die gerelateerd is aan het begrip van de vrijheid van het individu. Zorg is volgens Kranenburg ook een deel daarvan, namelijk de bescherming van de sociaal zwakkere. Het beginsel trouw manifesteert zich bij Kranenburg als procedurele betrouwbaarheid of rechtszekerheid, die bij hem nog als trouw aan de wet wordt opgevat. Een steeds grotere distantie van het idee dat "openbare orde" een eigenschap van wetten is, laat zich aantonen via auteurs als Hijmans (1937) en Van Brakel (1953). Volgens laatstgenoemde heeft het begrip betrekking op de zedelijke grondslagen van de rechtsorde. Nog verder van een wetspositivistische opvatting van het begrip geraken we als ook het semi-publiekrecht, dat eerder als per definitie van openbare orde beschouwd werd, na het Alnati-arrest (HR 13 mei 1966, N.J. 1967, 3, m.n. H.B.) door voorrangsregels beheerst gaat worden. Verheul (1973) bepleit dan tenslotte een volledig van het nationale recht geabstraheerd begrip van openbare orde dat georiënteerd is op de rechten van de mens, waarop volgens hem ook de zojuist genoemde voorrangsregels zijn gebaseerd. Volgens Polak (1990) heeft deze opvatting inderdaad de overhand gekregen in de jurisprudentie.

Toenemende distantie van het nationale recht en oriëntatie op de mensenrechten manifesteert zich ook in de werking van het EVRM bij de toepassing van buitenlands recht. Bij rechtstreekse toepassing ervan is het begrip openbare orde weliswaar overbodig, maar het houdt een functie als het EVRM onvoldoende bescherming biedt, zoals in het geval van

het Ierse echtscheidingsverbod. Omgekeerd kan vreemd echtscheidingsrecht in veel ruimere mate worden getolereerd als "openbare orde" in het licht van drie beginselen van mensenrecht wordt gezien. Weliswaar is volgens Strikwerda (1991) door de HR sinds 1973 een meer tolerante houding aangenomen, maar aan het Nederlandse echtscheidingsrecht wordt volgens hem nog steeds teveel exportwaarde toegekend. De drie beginselen van mensenrecht zijn ook nuttig voor de beoordeling van de vraag of er een relatie met de Nederlandse rechtsorde bestaat. De fundamentele mensenrechten vormen de zogenaamde "buitengrens" van onze rechtsorde, zoals geïllustreerd wordt aan de hand van de zaak Soering/VK (Europese Hof 7 juli 1989, NJ 1990, 158, m.n. Alkema), waarin de Britse regering zich ten onrechte niet verantwoordelijk wilde achten voor een eventuele veroordeling tot de doodstraf van Soering na uitlevering aan de Verenigde Staten. Maar ook het omgekeerde, een terugdringing van de zogenaamde "binnengrens" kan worden bepleit in het licht van de drie beginselen van mensenrecht. Deze pleiten immers voor ruime erkenning van vreemd recht zoals bepaald door de keuzevrijheid van partijen als de eigen rechtsorde van de rechter niet serieus in gevaar is.

In het *zesde* hoofdstuk is de betekenis van het begrip "openbare orde" in het privaatrecht aan de orde. Volgens het oude BW had een overeenkomst die qua inhoud of strekking in "strijd met de openbare orde en goede zeden" was, een "ongeoorloofde oorzaak". Het begrip ongeoorloofde oorzaak komt in het nieuwe BW niet meer voor. Daar staat echter tegenover dat volgens art. 3:40 BW thans bij alle rechtshandelingen de "openbare orde en goede zeden" gerespecteerd dienen te worden.

De relevantie van de drie beginselen van mensenrecht zijn eenvoudig te illustreren aan de hand van belangrijke bepalingen van ons vermogensrecht. In feite zijn mijn drie beginselen van mensenrecht al in de dissertatie van Nieuwenhuis (1979) grotendeels geïdentificeerd als de drie beginselen van het contractenrecht. Nieuwenhuis' autonomie- en vertrouwensbeginsel correspondeert duidelijk met de begrippen vrijheid en trouw. Zijn derde beginsel, het causa-beginsel, geeft uitdrukking aan de verbondenheid van de prestaties van partijen in het licht van het doel van de overeenkomst, dat niet alleen een aangelegenheid van partijen is, maar dat beperkt wordt door het algemeen belang. Het causa-beginsel correspondeert dus met het zorg-beginsel.

Geanalyseerd wordt hoe in het contractenrecht de drie beginselen van mensenrecht doorwerken in de begrippen "goede trouw", "redelijkheid en billijkheid" en (contractuele) "zorgvuldigheid" in de precontractuele - en de uitvoeringsfase. Het begrippenpaar "openbare orde en goede zeden" heeft betrekking op de zorgvuldigheid jegens de samenleving ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, waarbij ook de waarden vrijheid en trouw in het geding kunnen zijn.

In het *zevende* hoofdstuk is het publiekrecht aan de orde. Het eerste thema betreft de politieke verenigingsvrijheid. De historische ontwikkeling laat enerzijds een steeds sterkere oriëntatie op de mensenrechten zien als criterium voor het eventuele verboden karakter van een politieke vereniging. Daarbij past dat sinds 1976 niet meer iedere strijdigheid met het recht van doel of werkzaamheden van een politieke vereniging voldoende reden is deze als verboden te beschouwen.

Bovendien manifesteert zich de zowel afwerende als opleggende, rechtsbeschermende opvatting van het begrip openbare orde in het feit dat thans ingevolge art. 2:20 BW de rechtbank een politieke vereniging tijdens de procedure de gelegenheid mag geven zijn statuten zo aan te passen dat deze niet langer in strijd geacht kunnen worden met de openbare orde en de goede zeden.

Het tweede thema wordt gevormd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze hebben historisch gezien vooral betrekking op de betrouwbaarheid en de zorgvuldigheid van het bestuur. Pas in het kader van de AWB is ook de bescherming van de procedurele autonomie van de burger meer op de voorgrond komen te staan. Betoogd wordt dat Van Gervens stelling (1983) dat de abbb gezien kunnen worden als uitwerking van algemene beginselen van (rechtens) behoorlijk handelen, tegen de achtergrond van de drie beginselen van mensenrecht goed bestand is tegen de kritiek van Nicolaï (1990).

Het derde thema is het politierechtelijk begrip openbare orde. Van der Meulen (1993) heeft betoogd dat dit betrekking heeft op de bewegingsvrijheid en slechts indirect op de geestelijke en lichamelijke integriteit alsmede op de vrijheid van meningsuiting. Naar mijn mening getuigt deze visie op een gebrek aan besef van de innerlijke verbondenheid van de drie beginselen van mensenrecht. Een al te vergaande bewegingsvrijheid kan immers een bedreiging vormen van de andere genoemde vrijheden.

Het vierde en laatste thema van het zevende hoofdstuk is de betekenis van openbare orde in het strafrecht. Terwijl de overtredingen tegen de openbare orde en goede zeden nogal heterogeen van aard zijn, geldt voor de misdrijven onder die noemer dat ze duidelijk niet alleen betrekking hebben op de openbare ruimte, maar ook op de private vrijheid en de menselijke waardigheid. Deze laatste is nog betrekkelijk recent versterkt met bepalingen gericht op de bestraffing van discriminatie. De strijd rond de plaats van de verdachte in het strafprocesrecht tenslotte, laat zich heel wel interpreteren als een strijd om de openheid van het gesprek bij de strafrechter. Het begrip trouw kan een brugfunctie vervullen tussen de bescherming van de verdachte en de zorg voor een adequate strafvervolging.

In het *achtste* hoofdstuk zijn aspecten van het volkenrecht aan de orde. De idee van de innerlijke samenhang van de drie beginselen van mensenrecht is in overeenstemming met de VN-doctrine van de ondeelbaarheid van de mensenrechten. De enorme ontwikkeling en differentiatie van laatstgenoemden maakt de vraag naar hun onderlinge verhouding echter onvermijdelijk. Deze vraag wordt behandeld in verband met de plaats van de vrijheid van geweten. De ontwikkeling van de mensenrechten kan worden gezien als een proces van differentiatie van een aanvankelijk zuiver religieus opgevatte vrijheid van geweten in het kader van een op wederzijdse tolerantie en vreedzame omgang gerichte samenleving. Tegenover Vermeulen (1989, 1992) wordt verdedigd dat de functie van de gewetensvrijheid als moeder van de mensenrechten nog niet is uitgeput. Vermeulens argument daarvoor is dat de gewetensvrijheid oeverloos is en iedere beperking van mensenrechten zou kunnen ondermijnen. Vermeulens argumentatie in dit verband voor een met zijn opvatting strokende interpretatie van art. 9 EVRM, wordt door mij bestreden. Vermeulens angst voor oeverloosheid is verwant met de vrees dat sociale rechten onmogelijk in te lossen verplichtingen voor de overheid zouden kunnen scheppen.

In het licht van de innerlijke samenhang van de drie beginselen van mensenrecht lijkt deze vrees echter in principe ongefundeerd. Waar immers de zorgplicht van de overheid zo eenzijdig zou worden opgevat, zouden de vrijheid van het individu en de betrouwbaarheid van de relaties tussen de burgers onderling en tussen burgers en staat worden ondermijnd. Gegeven mijn visie hierop, verwerp ik dan ook de theorie volgens welke er een principieel onderscheid is te maken tussen klassieke en sociale grondrechten alsmede tussen de negatieve en de positieve verplichtingen van de overheid in verband met de mensenrechten. De juiste, maar verkeerd begrepen grondslag van dit door mij bekritiseerde onderscheid, is dat de individuele vrijheid steeds het uitgangspunt dient te zijn. Maar voor een principieel onderscheid is niettemin geen plaats, omdat trouw en zorg steeds in het licht van hun positieve bijdrage aan de vrijheid als maatschappelijk belang moeten worden bezien. Dit wordt geïllustreerd aan de hand van art. 137e Sr. waarin de persvrijheid in relatie tot het discriminatieverbod aan de orde is in het begrip "zakelijke berichtgeving". Hier wordt weer de bemiddelende, op "trouw" gerichte functie van het begrip "openbare orde" aangetroffen.

De innerlijke samenhang van de drie beginselen van mensenrecht manifesteert zich ook in het kader van het EG-recht. Steyger (1994), die Vermeulens onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten accepteert, heeft betoogd dat het beginsel van de gelijke beloning voor gelijk werk voor mannen en vrouwen, geen sociaal grondrecht is, maar gewoon een toepassing van het klassieke gelijkheidsbeginsel. Dit is een voorbeeld van dichotomisch denken. Waar immers het gelijkheidsbeginsel door de vrije markt in onvoldoende mate wordt gerealiseerd, kan het beginsel als het tevens sociaalrechtelijk wordt opgevat de overheid legitimeren bij het nemen van aanvullende maatregelen om het principe beter te waarborgen. Omgekeerd beschouwt Steyger het recht op een veilige en gezonde arbeidsplaats als een sociaal grondrecht en niet als een mensenrecht. Dit recht is echter een direct uitvloeisel van het recht op lichamelijke integriteit. Ook hier geldt dat het één het ander niet uitsluit. Steygers bezwaren tegen sociale grondrechten zijn van politieke aard. Zij vreest dat ze een anti-democratisch effect kunnen hebben. Wij daarentegen zijn juist bang dat de staat wel eens te machtig zou kunnen worden als zijn recht op ingrijpen niet gebaseerd is op de bescherming van mensenrechten.

Het EG-recht is ook van belang in verband met het begrip "openbare orde". Steygers dichotomie van mensenrechten en sociale rechten is vooral van belang in verband met de gelijkstelling van EG-migranten die geen EG-onderdanen zijn. Het is echter niet nodig daartoe een rechtstreeks beroep op de mensenrechten te doen. De interpretatie van het begrip "openbare orde" van art. 48 lid 3 van het EG-verdrag getuigt van een juist begrip van de algemene inzetbaarheid van het begrip, alsmede van de innerlijke samenhang van de mensenrechten tegen de achtergrond van de beginselen van mensenrecht.

In het afsluitende *negende* hoofdstuk wordt geconcludeerd dat de stellingen vruchtbaar zijn gebleken. Daarop aansluitend wordt nog aandacht besteed aan het begrip "alpartijdigheid". Terwijl het in het strafprocesrecht de daar heersende problematiek goed reflecteert, begint het in het bestuursprocesrecht meer op de voorgrond te treden. In het ipr lijkt meer ruimte te komen voor de private autonomie, terwijl deze in het privaatrecht juist terecht beperkt is waar machtsongelijkheid in de weg zou kunnen staan aan alpartijdigheid.

Tenslotte getuigt de nog veelal heersende idee van een principieel onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten van een verkeerd begrip van alpartijdigheid.

Dan keren wij nog eens terug naar het tweede Geertruidenberg-arrest. In het licht van de drie beginselen van mensenrecht is het niet moeilijk aan te tonen dat zonder een beoordeling in concreto geen rechtvaardige beslissing in het gegeven geval mogelijk is. Het Arnhemse Hof, dat deze beoordeling wel gaf, steunde terecht het beroep van de kapelaan op art. 9 EVRM.

De drie beginselen vrijheid, trouw en zorg zijn in hun innerlijke samenhang te beschouwen als elementaire beginselen van mensenrecht omdat ze de meest basale morele aspecten van rechtens behoorlijk handelen in iedere rechtsorde omvatten.

Synopsis

Der erste Teil (Kapitel 1-4) dieser Dissertation ist der Entwicklung einer an die Diskurstheorie Jürgen Habermas' anknüpfenden Rechtsfindungstheorie gewidmet. Im zweiten Teil der Arbeit wird dann die Fruchtbarkeit dieser Theorie erprobt, wobei der Begriff "öffentlichen Ordnung" ("openbare orde") in den verschieden Bereichen seiner Verwendung im niederländischen Recht zentral steht.

Im *ersten* Kapitel wird das Augsgangsproblem des Verhältnisses von formaler und materieller Rechtfertigung im Recht an Hand des sogenannten "zweiten Geertruidenberg-Urteils" des höchsten niederländischen Gerichts, des "Hoge Raad der Nederlanden" (HR 19 Januar 1962, NJ 1962, 107) eingeführt. Es handelte sich hier um die Frage, ob ein Kaplan zu Geertruidenberg zurecht in der vorherigen Instanz durch den Gerichtshof vom strafrechtlichen Vorwurf, widerrechtlich eine öffentliche Prozession veranstaltet zu haben, freigesprochen worden war. Die derzeitige niederländische Verfassung enthielt ein Verbot, Prozessionen zu veranstalten, die nicht schon vor der Verfassung von 1848 nach den damaligen Gesetzen und Vorschriften erlaubt waren. Erst 1983 ist diese Bestimmung abgeschafft worden. Der Kaplan berief sich auf seine Religionsfreiheit gemäß Artikel 9 EMRK. Diese Auffassung wurde durch das Urteil des Gerichtshofes bestätigt, weil das Verbot nicht als notwendig im Interesse der öffentlichen Ordnung erachtet werden könne. Der Hoge Raad war aber anderer Meinung. Das Verfassungsverbot sei zu respektieren, so lange die Regelung nach Maßstab der Redlichkeit im Interesse des Schutzes der öffentlichen Ordnung sein könne. Mit anderen Worten, unwichtig war, ob das Verbot an Ort und Stelle und zu diesem Zeitpunkt notwendig ist, sondern ob es im allgemeinen und zur Zeit des Gesetzgebungsaktes als eine redliche Regelung angesehen werden konnte. Der Hoge Raad ignorierte also völlig, daß das Verbot nach mehr als einem Jahrhundert fast überall seinen Sinn verloren hatte, weil es zur völligen rechtlichen und gesellschaftlichen Gleichstellung der Katholiken in den Niederlanden gekommen war.

Die Frage, die nach Anlaß dieses Falles zu Beginn der Arbeit gestellt und am Ende der Arbeit wieder aufgegriffen und beantwortet wird, ist wie man juristisch darlegen kann daß die Entscheidung vom Hoge Raad eine Sanktion von Unrecht war. Die Entscheidung veranlaßt die Autorin, den *inneren* Wertbezug des Rechtsbegriffs auf die öffentliche Ordnung, die Menschenrechte und die Demokratie zu beziehen und in ihrem Zusammenhang zu darzulegen.

Antizipierend auf den zweiten Teil der Arbeit, werden im *ersten* Kapitel zwei Thesen zum Begriff "öffentliche Ordnung" aufgestellt. Die erste These ist, daß der Begriff "öffentliche Ordnung" allgemein einsetzbar ist. Im Gegensatz zu dem, was das Geertruidenberg-Urteil suggeriert, ist der Begriff nur im Zusammenhang mit den der Rechtsordnung zugrunde liegenden Werten richtig und voll zu verstehen. Die zweite These ist das "Menschenrecht" den moralischen Kern des westlichen Rechts ausmacht. Unter "Menschenrecht" wird die den Menschenrechten zugrunde liegende Idee verstanden.

Sie liegt nicht nur den Menschenrechten zugrunde, sondern auch dem Demokratie- und dem Rechtsstaatsprinzip. Es ist dieser Kern, der wie z.B. im Geertruidenberg-Urteil, an den an reine Herrschaft orientierten Begriff "öffentliche Ordnung" eine viel komplexere Bedeutung verleiht. So wird dieser im Wertungszusammenhang auch für Rechtsverhältnisse zwischen Bürgern und ebenso zum Rechtsschutz von Bürgern *gegen* die Obrigkeit verwendet. Diese an sich positive Entwicklung ist aber nicht ganz ohne Gefahren. Man muß darauf bedacht sein, daß Menschenrechte letztlich nur von der kollektiven Ordnung erfaßt werden und nicht in ausreichendem Masse in ihrer die individuelle Freiheit und ihre soziale Basis als solche schützenden Funktion. Damit die Idee Menschenrecht besser erfaßbare und anwendbar wird, ist in dieser Arbeit versucht worden, sie in drei Prinzipien zu konkretisieren: Freiheit, Treue und Sorge.

Das *zweite* Kapitel beginnt mit der Frage, ob diese radikale Auffassung von Demokratie - nicht impliziert, daß jeder Inhalt von Recht im Prinzip von den Bürgern selbst als auf demokratische Art und Weise veränderlich hinterfragt werden kann. Wenn dies so wäre, würde das auch die Menschenrechte mit einschließen. Die im ersten Kapitel gestellte Frage könnte dann auf relativ einfache Weise beantwortet werden. Recht und Redlichkeit ist dann identisch mit dem Endergebnis einer demokratischen Debatte. Eine in diese Richtung tendierende Theorie der Rechtsfindung und des Verhältnisses von Richter und Gesetzgeber wurde noch nicht allzulange von Barendrecht (1992) in einer relativ viel Aufsehen erregende Dissertation "Recht als model van rechtvaardigheid" vertreten. Grund dieses Aufsehens war sein Angriff auf die s.E. immer stärker werdende Tendenz der Einzelfallgerechtigkeit in der modernen niederländischen Rechtsprechung auf Basis vager Begriffe, die s.E. das prädiktive Vermögen des Rechts untergraben. Eine rationale Rechtsentwicklung, die anknüpft an was an Gerechtigkeit in Gesetz und Jurisprudenz schon verkörpert ist, würde dadurch frustriert. Nach Barendrecht's an wissenschaftstheoretischen Modellen van Popper (Falsifikation) und Lakatos (Research Programme) anknüpfenden Vorschlag, soll die Rechtsprechung programmatisch verfahren, d.h. sich quasi-gesetzgeberisch in vom Gesetz nicht geregelten Fällen verhalten. Neue Fälle können natürlich dazu führen, daß ein bestehendes richterliches Entscheidungsprogramm für ein neues und besseres eingetauscht werden muß. Man kann Barendrecht's Theorie als eine moderne Version der Theorie des Gewohnheitsrechts ansehen, weil er der Philosophie jeden Eigenwert für die Rechtsprechung abspricht und dem Gesetzgeber, ohne ihm das staatsrechtliche Primat abzusprechen, ein rezeptives Verhältnis zur Jurisprudenz unterstellt. Dies ist übrigens jedenfalls in dem von ihm analysierten Teilen des niederländischen Privatrechts, das in 1992 gerade in einem neuen Bürgerlichen Gesetzbuch kodifiziert worden ist, auch völlig realistisch.

Die Kritik der Autorin an Barendrecht betrifft nicht seine Beschwerden gegen eine die Transparenz des Rechts lähmende Einzelfallgerechtigkeit. Insofern dies mit Hilfe vager Normen geschieht, wird dies von ihr aber eher als ein Mißbrauch dieser Normen angesehen. Sie möchte diesen ebensowenig wie der Rechtsphilosophie nicht jeden Erkenntniswert für Gerechtigkeit in der Jurisprudenz absprechen. Interessanterweise verweist Barendrecht am Ende seiner Arbeit auch auf Jürgen Habermas' Diskurstheorie als eine Möglichkeit Gerechtigkeit näher zu bestimmen. Er unterschlägt dabei aber, daß die subjektive Aufrichtigkeit zu Einzelfallgerechtigkeit als Resultat eines dialogischen Prozesses führt.

Insoweit Barendrecht einen lehren Begriff von Gerechtigkeit befürwortet, bedeutet dies, daß er keinen inneren Zusammenhang zwischen Demokratie und einem bestimmten Inhalt der Rechtsidee unterstellt. Dagegen wird von der Autorin ein solcher Zusammenhang angenommen, wonach die Frage nach dem Primat von einen von beiden, in Prinzip irrelevant ist. Die Plausibilität dieser Annahme wird durch die Korrespondenz der Idee der Offenheit des Diskurses und der Idee der Öffentlichkeit in der Demokratie begründet. Die Offenheit des Diskurses beinhaltet schon auf dem empirischen Niveau des alltäglichen Gesprächs eine prinzipielle Anerkennung von menschlicher Freiheit und Würde. Diese Anerkennung ist impliziert in den von den Gesprächsteilnehmern immer schon vorausgesetzten Bedingungen eines auf Verständigung zwischen ihnen zielenden Gesprächs. Diese Bedingungen sind: Abwesenheit von Zwängen, eine Aufgeschlossenheit für Kritik und Aufrichtigkeit.

Die prinzipielle Anerkennung menschlicher Freiheit und Würde ist der moralische Kern der Idee von Menschenrecht und zugleich der Kern einer im Gesprächsmodell fundierten Auffassung von Demokratie. Dieser Grundgedanke der Arbeit macht die Frage nach dem Primat von Menschenrecht und Demokratie in Prinzip irrelevant. Ausgehend von diesem Gedanken wird der interne Zusammenhang von der Idee der Menschenrechte und der Demokratie aus der politischen Philosophie der Moderne (Hobbes, Locke, Rousseau und schließlich Kant) rekonstruiert, auf welche Habermas aufgebaut hat. Bei ihm kommt der schon von Rousseau und Kant vermutete interne Zusammenhang von Menschenrecht und Demokratie in der normativen Qualität der Ausübung öffentlicher Autonomie zum Ausdruck.

Im *dritten* Kapitel wird dargestellt, wie Habermas die Idee der Gleichursprünglichkeit privater und öffentlicher Autonomie Schritt für Schritt in einem System von subjektiven Rechte rekonstruiert hat, beginnend mit privaten Handlungsfreiheiten, gefolgt von den Assoziationsfreiheiten, anschließend der Rechtsschutz und die politischen Rechten und zum Schluß soziale Rechte als Bedingung der Möglichkeit des materiellen, sozialen und ökologischen Überlebens.

Diese Rechte sind Bedingungen einer von legitimen Recht geregelten Gesellschaft. Es sind diese Rechte, welche die Vorbedingungen einer offenen Kommunikation in der Lebenswelt auf der Systemebene der Gesellschaft reproduzieren und diese als eine offene, demokratische Gesellschaft konstituieren. In diesem Zusammenhang taucht die Frage vom Verhältnis von privater und öffentlicher Autonomie und die Realität politischer Macht auf. Die Legitimität des Rechts und seines sozial-integratives Potentials ist entscheidend bedingt durch die Ausübung öffentlicher Autonomie von den Rechtsgenossen. Weil die Qualität der Öffentlichkeit hier bestimmend ist, wird der Begriff der Öffentlichkeit näher erörtert. Die innerliche Anfälligkeit einer konsequent an Freiheit orientierten demokratischen Rechtsordnung wird dargestellt und erörtert.

Wie steht es nun mit der Offenheit des Gesprächs vor Gericht? Davon ausgehend, daß diese besteht, wird analysiert, welche Anforderungen diese Offenheit des Gesprächs an den Richter stellt. An erster Stelle sollte der Richter sich im Verhältnis zu den Parteien, trotz deren instrumentellen und strategischen Absichten, im Prozeß auf kommunikative

Rationalität einstellen und soll er versuchen, die Parteien dazu ebenfalls zu (ver)führen. Dieses Verfahren zielt letztlich auf ein auf überzeugende Weise zu begründendes Urteil. Das richterliche Bemühen um zu überzeugen betrifft nicht notwendiger Weise die Gerechtigkeit der Entscheidung in einem absoluten Sinne. Es kann auch die Abhängigkeit des Richters von einem eventuell auch nach dem Urteil des Richters ungerechten positiven Recht darlegen; eines Rechts, das dennoch anzuwenden ist, soweit die Gebundenheit des Richters daran zu rechtfertigen ist. Von einer relativen Rechtfertigung des Urteils wäre auch dann noch zu sprechen, wenn der Richter einer seinem Urteil nicht zustimmenden Partei darlegen kann, in welcher Hinsicht die Gerechtigkeitsurteile beider auseinander laufen. Des öfteren impliziert dies eine Darstellung der Differenz zwischen verschiedenen Gerechtigkeitsurteilen: der Lebenswelt einerseits und der vom Recht vermittelten und im Recht reflektierten Systemwelt andererseits. Dies unterstellt jedoch, daß das Recht im Prinzip eine Verbindung hat zur lebensweltlichen Gerechtigkeit.

Unterstellen wir diese Möglichkeit, dann impliziert dies für die Heuristik der richterlichen Urteilsbildung, daß sich der Richter bemühen soll, sich eben so sehr in die Vorstellung und Beurteilung des Falles durch die Parteien zu versetzen, als daß er auch versuchen muß, eine aus dem Rechtssystem aufgearbeitete Perspektive auf den Fall zu entwickeln. Diese Fähigkeit und dies Bemühen wird von der Autorin unter Berufung auf Van der Burg (1991) "Allparteilichkeit" genannt. Wie bereits festgestellt, geht es dabei nicht um eine einfache Nebeneinanderstellung dieser verschiedenen Perspektiven, sondern um den Versuch, sie aneinander zu relatieren. Diese geht einher mit der Begründungslast, für die in Deutschland eine besondere "Relationstechnik" entwickelt wurde. Dort gilt diese Relationstechnik bei der Urteilsfindung als eine Selbstverständlichkeit, wogegen sie z.B. in den Niederlanden als solche gar nicht bekannt ist. Es wäre aber ein Mißverständnis Allparteilichkeit als eine rein technische und rein intellektuelle Angelegenheit zu betrachten. Rechtsprechung in verhältnismäßig komplizierten Fällen ist nicht aus einer rein observierenden Perspektive des Richters vollziehbar. Bevor er letztlich urteilt, ist auch der Richter Teilnehmer am Rechtsgespräch. Auch die praktische Fähigkeit des Richters mit den Parteien zu kommunizieren, sein Rechtsgefühl, so wie sein Vermögen Pro- und Kontraargumente gleichmäßig abzuwägen, sind hierbei angesprochen. Offensichtlich korrespondieren Kommunikationsvermögen, Rechtsgefühl und Abwägungsvermögen mit den drei von Habermas bestimmten Wesensmomenten kommunikativer Rationalität: Sinn für Wahrheit, normative Richtigkeit und subjektive Aufrichtigkeit. Unklar aber ist immer noch, *worauf* sich diese Tugenden denn in sachlicher Hinsicht beziehen sollen.

Das *vierte* Kapitel beginnt mit der Feststellung, daß Habermas eine Antwort auf diese Frage nicht auf Basis seiner Diskurstheorie entwickelt hat. Er hat seine These der Gleichursprünglichkeit privater und öffentlicher Autonomie nur in Bezug auf die Demokratietheorie ausgearbeitet, eine Theorie der politischen Allparteilichkeit jedoch nicht für eine Theorie der Rechtsanwendung. Eine Theorie der juristischen Argumentation, wie sie z.B. Alexy unter Bezugnahme auf Habermas an seine Theorie angeknüpft, reicht dazu nicht aus. Diese Theorie ist kaum mehr als eine Anwendung von allgemeinen Argumentationsregeln des moralischen Diskurses auf die rechtliche Argumentation. Gefordert ist vielmehr ein juristischer Begriff von Gerechtigkeitsperspektiven, der die Rechtsfindung steuern kann. Vom Gesichtspunkt der Privatautonomie zielen subjektive öffentliche Rechte

nicht notwendigerweise auf Partizipation an der Öffentlichkeit ab, sondern im Gegenteil auf ein Recht, sein Leben nach eigener Sicht zu führen und eigene Interessen statt kollektive zu verfolgen. Wenn aber private und öffentliche Autonomie tatsächlich gleichursprünglich gedacht werden sollten, muß auch private Autonomie einen innerlichen Bezug zur öffentlichen Autonomie, der gesellschaftlich-rechtlichen Position des Menschen haben.

Zur Entwicklung eines Begriffs dieser Beziehung von privater Autonomie auf Gesellschaftlichkeit werden von der Autorin erst alternative Theorien demokratischer Allparteilichkeit auf ihre Anwendbarkeit auf juristische Allparteilichkeit untersucht. Insbesondere bezieht sie sich auf die Theorie Van der Burg's, der den Begriff der Allparteilichkeit zuerst verwendet hat. Mit Habermas gegen einen abstrakten Begriff der Unparteilichkeit argumentierend, wie man ihn bei Baier und besonders in Rawls' Prinzip des "Schleiers der Unwissenheit" antrifft, hat Van der Burg den Begriff der Allparteilichkeit zur Andeutung der Forderung entwickelt, daß im politischen Prozeß alle Betroffenen partizipieren. Er hat dabei die Gründe und den Sinn einer Entscheidung aufgezeigt sowie, daß die Ausführbarkeit eines Entscheidungsvorschlages und insbesondere dessen Konsequenzen für die verschiedene Gruppen von Betroffenen und Interessenten, dargelegt werden müssen. Van der Burg folgert dies aus den von Dworkin als Grundnorm einer demokratischen Gesellschaft betrachteten Prinzips von "equal concern and respect". Obwohl dieses Prinzip auch unmittelbar auf richterliche Allparteilichkeit anwendbar ist, für den Dworkin es ja auch an erster Stelle entwickelt hat, geht darüber der Bezug zum diskurstheoretischen Gesichtspunkt der freiwilligen Akzeptanz verloren und führt daher nicht zu einem ausreichenden Verständnis des Begriffs einer juristischen Allparteilichkeit Kommentare von Van Roermund und Holtmaat fungieren als zwei Brücken zwischen privater and öffentlicher Autonomie und damit als Weg zum Begriff der juristischen Allparteilichkeit. Van Roermund hat Habermas auf Grund seiner Betrachtung des Systemcharakters der Politik im Verhältnis zur kommunikativen Rationalität kritisiert. Habermas schrieb in "Faktizität und Geltung" (S. 374):

"Aber die kommunikative Bewältigung dieser Konflikte bildet in einer säkularisierten Gesellschaft, die mit ihrer Komplexität auf bewußte Weise umzugehen hat, einzige Quelle für eine Solidarität unter Fremden - unter Fremden, die auf Gewalt verzichten und die sich, bei der kooperativen Regelung ihres Zusammenlebens, auch das Recht zugestehen, für einander Fremde zu bleiben."

Van Roermund meint, daß Habermas hier Luhmann und den rein funktionalen Charakter des modernen Rechts konzediert und ihn daher im Bereich einer instrumentellen und strategischen Rationalität einordnet, dessen Bezug zu der dem Recht unterstellten kommunikativen Rationalität von Habermas nicht geklärt ist. Die Autorin ist dagegen der Meinung, daß dieser Bezug sich aus der Sicht Habermas' aus der Gleichursprünglichkeit und funktionaler Komplementarität von privater und öffentlicher Autonomie erklären läßt. Genauso wie im demokratisch-politischen Diskurs innerhalb gewisser Grenzen die Partikularität der politischen Interessen durch Verhandlung im demokratischen Entscheidungsprozeß vermittelt werden kann, genau so kann im Recht einer bürgerlichen Gesellschaft ein strategischer Einsatz von Recht akzeptiert werden, solange die menschliche Würde davon nicht fundamental in Frage gestellt wird.

So ist es z.B erlaubt, andere bankrott zu konkurrieren gerade weil das öffentliche Recht die Folgen solchen Handelns durch sozialrechtliche Regelungen absichert. Das Sozialrecht komplementiert eine Rechtfertigung eines die wirtschaftliche Privatautonomie stützenden Rechts im Zusammenhang mit dessen wirtschaftlicher Funktion der kollektiven Wohlfahrtssteigerung. Sowohl im politischen als im juristischen Diskurs ist also, anders als im rein moralischen, keine völlige Identifikation von Subjekten gefragt. Das Beispiel ist zugleich geeignet Habermas' These der Vermittlung von Lebens- und Systemwelt durch Recht zu konkretisieren.

Wie bereits dargelegt, ist die Offenheit kommunikativer Rationalität für instrumentelle und strategische Rationalität die einen Freiheitsbegriff widerspiegelt, worin der andere *als* anderer in seiner konkreten gesellschaftlichen Existenz anerkannt wird, eine relative, weil das Recht ja auch die Gegenseitigkeit dieses Verhältnisses und die elementare menschliche Würde zu verbürgen hat. Diese Überlegung wird von der Autorin im Zusammenhang gebracht mit einer feministisch inspirierten Kritik Holtmaat's einfacher Dichotomien im Recht, wie z.B. zwischen Recht und Bedürfnis. So kann das Recht eines Bankrotteurs auf Sozialunterstützung nicht nur als ein Anspruch auf Versorgung gesehen werden, das als ein Abhängigkeitsverhältnis zu charakterisieren wäre, da diese Unterstützung durch den Staat ja gleichzeitig die soziale und politische Unabhängigkeit verbürgt. Recht als subjektive Freiheit und Sorge sind also vermittelt im Recht. Dasselbe gilt für die Gleichheit im Sinne der Gegenseitigkeit, wie z.B. im Prinzip der Vertragstreue, die nicht nur als Beschränkung der subjektiven Freiheit, sondern auch als ihre gesellschaftlich-funktionale Bedingung betrachtet werden kann.

Anschließend werden Freiheit, Treue und Sorge als drei Prinzipien von rechtsordentlichem Handeln abgeleitet aus der Diskurstheorie im Zusammenhang mit dem Begriff der Allparteilichkeit. Sie fundieren den inneren Zusammenhang von privater und öffentlicher Autonomie und zeigen, daß ihre Gleichursprünglichkeit nicht nur ein funktionaler, sondern ein in der Diskursmoral verwurzelter ist. Dabei geben sie auch den rechtsepistemologischen Rahmen sowohl für das Verfahren wie für die Zielsetzung der Rechtsanwendung. Im Freiheitsbegriff kommt die Idee der individuellen Selbstbestimmung als Ausgangspunkt jedes modernen Rechtsdiskurses zum Ausdruck. Sie reflektiert die implizite Anerkennung des anderen als anderen im herrschafstfreien Diskurs und ist das Leitprinzip auf das die anderen zwei Prinzipien zurück zu beziehen sind. Im Begriff der Treue, der Preis der Freiheit sozusagen, wird die Gebundenheit an die Kriterien theoretischer und praktischer Rationalität reflektiert. Im Begriff der Sorge schließlich wird die materielle Bedingtheit der Herschaftsfreiheit im Diskurs angesprochen.

Es wird gezeigt, daß die drei Prinzipien rechtsordentlichen Handelns im Stande sind, Habermas' und Van der Burg's Demokratietheorie abzudecken. Es wird aber auch deutlich, daß das im Dworkinischen Prinzip von "equal concern and respect" die Treue nur indirekt als Prinzip angesprochen wird. Dworkin unterschlägt damit die Positivität des Rechts, die er anderswo dann wieder mühsam durch Anwendung seines Konzepts von "integrity" aufrecht zu erhalten versucht. Eine nähere Bestimmung der drei Prinzipien rechtsordentlichen Handelns als drei Prinzipien von Menschenrecht ist als moralischer Aufruf innerhalb des Rechts zu betrachten, wo Freiheit, Treue und Sorge, als allgemeine

moralische Aspekte menschlichen Zusammenlebens, Rechtsschutz bedürfen. Soweit private und öffentliche Autonomie durch Freiheit, Treue und Sorge innerlich verbunden sind, bedeutet dies keineswegs, daß sie nicht in einem Spannungsverhältnis zueinander stehen können und der abwägenden Wertung unterworfen werden müssen. Dies gilt insbesondere bei der Anwendung des Begriffs der öffentlichen Ordnung, dessen komplexe Bedeutung anzusprechen nur dann möglich ist, wenn alle drei Ecken der vorgeschlagenen diskursiven Rechtsepistemologie gleichermaßen und in dynamischer Weise in Betracht gezogen werden. Diese Einsicht wird in einer These des internen Zusammenhanges der drei Prinzipien von Menschenrecht zum Ausdruck gebracht.

Im *zweiten* Teil der Arbeit (Kapitel fünf bis acht) wird die Fruchtbarkeit dieser Rechtsfindungstheorie erprobt und die Methode ihrer Anwendung durch eine Analyse des Begriffes der öffentlichen Ordnung in verschiedenen Bereichen des niederländischen Rechts demonstriert. Dabei soll vor allem die allgemeine Einsetzbarkeit des Begriffs "öffentliche Ordnung" (These I) aufgezeigt werden, so wie dessen Bezug auf Menschenrecht (These II). Was den methodischen Aspekt betrifft wird dann auch die These der internen Abhängigkeit der drei Prinzipien von Menschenrecht auf die Probe gestellt.

Das *fünfte* Kapitel ist dem Internationalen Privatrecht gewidmet. Der Begriff "öffentliche Ordnung" spielt hier schon seit Jahrhunderten eine Doppelrolle. Es erfüllt einerseits eine Abwehrfunktion, wodurch fremdes Privatrecht nicht nach den geltenden Verweisungsregeln angewendet werden braucht. Andererseits erfüllt es eine auferlegende Funktion, wodurch das die eigene "öffentliche Ordnung" konstituierende Recht angewendet werden kann.

Schon in Kranenburgs Dissertation (1895) können Elemente der drei Prinzipien von Menschenrecht aufgezeigt werden. Kranenburg argumentiert, daß das Prinzip "öffentliche Ordnung" in allen Rechtsgebieten dieselbe abwehrende und auferlegende Wirkung hat mit einem Bedeutungskern, der auf die individuelle menschliche Freiheit abzielt. Sorge ist nach Kranenburg ebenso ein Teil dieses Kerns und zielt auf den Schutz von sozial Schwächeren ab. Das Prinzip der Treue kommt bei Kranenburg als prozessuale Zuverlässigkeit vor: Rechtssicherheit, die von ihm noch als Gesetzestreue aufgefaßt wird. Eine immer weitergehende Loslösung von Kranenburgs Idee dahingehend, daß "öffentliche Ordnung" nur als eine Eigenschaft von Gesetzen zu betrachten ist, kann über Autoren wie Hijmans (1937) und Van Brakel (1953) verfolgt werden. Nach van Brakel bezieht der Begriff sich auf "die (sittlichen, R.B.) Grundlagen der Rechtsordnung". Noch weiter von einem gesetzespositivistischen Vorverständnis hat sich der Begriff gelöst, indem auch das semiöffentliche Recht, das bislang *per definitionem* als Recht öffentlicher Ordnung galt, aber nach dem Alnati-Urteil (HR 13 mei 1966, NJ 1967, 3, m.n. H.B.) von Vorrangsregeln beherrscht wird. Verheul (1973) befürwortet dann letztlich einen völlig von nationalen Rechtsordnungen losgelösten Begriff öffentlicher Ordnung, der an Menschenrechten orientiert ist, auf die, wie er gezeigt hat, auch die soeben genannten Vorrangsregeln rekurrieren. Nach Ansicht von Polak (1990) hat sich ein solcher Begriff öffentlicher Ordnung tatsächlich in der niederländischen Rechtsprechung durchgesetzt. Diese Entwicklung kann im Rahmen der im ersten Teil dieser Arbeit aufgeführten drei Prinzipien von Menschenrecht interpretiert werden.

Synopsis

Die Entfernung vom nationalem Recht in der Anwendung des Begriffs und dessen Ausrichtung auf Menschenrecht, zeigt sich auch in der Wirkung der EMRK, wenn die Anwendbarkeit fremden Rechts zur Diskussion steht. Wenn die EMRK angewendet wird, ist aber der Begriff der öffentlichen Ordnung nicht notwendig. Er behält aber eine Funktion, wenn die EMRK keinen ausreichenden Schutz bietet, wie z.B. im Falle des irischen Ehescheidungsverbots. Obwohl Treue und Sorge selbstverständlich auch im Ehescheidungrecht Rechtswerte von großer Bedeutung sind, sollte ein niederländische Richter ein praktisch kategorisches Ehescheidungsverbot unvereinbar mit dem Freiheitsprinzip erachten. Umgekehrt kann, wenn von einem Konflikt mit den drei Prinzipien nicht die Rede ist, fremdes Ehescheidungsrecht gerade in viel umfassenderen Masse toleriert werden als jetzt der Fall ist. Eine liberalere Tendenz hat die Rechtsprechung des HR hier zwar seit 1973 eingeleitet.
Nach Ansicht von Strikwerda (1991) ist das niederländische Ehescheidungsrecht aber noch immer durch eine zu große Vorliebe gekennzeichnet, sich selbst zu exportieren. Die drei Prinzipien sind auch aufschlußreich, wenn es um die Frage geht, inwiefern ein Bezug zur Rechtsordnung des urteilenden Richters besteht. Der Unterschied zwischen der sogenannten Außengrenze der öffentlichen Ordnung wird im Sinne der absoluten Verwerflichkeit fremden Rechts definiert. Die fundamentalen Menschenrechte geben die Substanz dieser Grenze ab. Diese ist auch dann wirksam, wenn das fremde Recht nicht innerhalb der eigenen Rechtsordnung wirkt, sondern nur als Folge einer in der eigenen Ordnung getroffene Entscheidung, wie z.B. im Fall Soering/VK (Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 7. Juli 1989, NJ 1990, 158, m.n. Alkema) in dem die englische Regierung sich bei einem eventuellen Todesurteil nach Auslieferung Soerens in die Vereinigten Staaten der Verantwortung zu entziehen versuchte. Aber auch die umgekehrte Dringlichkeit, die Anerkennung und Durchsetzung fremden Rechts, die sogenannte "Innengrenze" der öffentlichen Ordnung, ist mit Hilfe der drei Prinzipien zu bestimmen. Der Freiheitsbegriff erfordert einen weiten Raum für Privatautonomie, solange die Rechtssicherheit und die materielle oder soziale Position der Parteien innerhalb der eigenen Rechtsordnung des Richters nicht ernsthaft bedroht ist. Im Europäischen Schuldrechtsabkommen (EVÜ)[1] ist eine vom Alnati-Urteil inspirierte Differenzierung des Begriffs zu finden, die sich im Rahmen des Vorhergehenden gut verstehen läßt. Nach diesem Vertrag gibt es drei Kategorien zwingenden Rechts, die die Parteiautonomie durchbrechen können. Die erste Kategorie betrifft das Konsumentenrecht und das Arbeitsrecht, wobei die Gesichtspunkte der Treue und Sorge voranstehen. Die zweite Kategorie bezieht sich auf die schon genannten Vorrangsregeln, deren Sinn sich ebenso auf Grund der drei Prinzipien verstehen läßt. Schließlich verwendet das Schuldrechtsabkommen einen Begriff der öffentlichen Ordnung, der als die sittlich-rechtliche Grundlage der Gesellschaft im Sinne von Van Brakel angesehen wird.

Im *sechsten* Kapitel wird die Bedeutung des Begriffes im Privatrecht untersucht, wobei das Vertragsrecht zentral steht. Das niederländische Bürgerliche Gesetzbuch van 1838, das bis 1992 gegolten hat, qualifizierte einen Vertrag dessen Inhalt oder Absicht strittig war mit

1 Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980.

der "openbare orde en goede zeden" als ein Vertrag mit einer unerlaubten *Causa*. In dem ab 1992 geltenden neuen Bürgerlichen Gesetzbuch figuriert die causa nicht mehr. Dagegen müssen jetzt nach Artikel 3:40 BW nicht nur bei Verträgen, sondern bei allen Rechtsgeschäften die "openbare orde en goede zeden" respektiert werden.

Die Relevanz von Freiheit, Treue und Sorge läßt sich an wichtigen Artikeln des Bürgerlichen Gesetzbuches leicht aufzeigen. Die drei Prinzipien sind in der Dissertation von Nieuwenhuis (1979) schon größtenteils als die drei Prinzipien des Vertragsrechts identifiziert worden: das Autonomieprinzip, das Vertrauensprinzip und das Causaprinzip. Letzteres ist Ausdruck der Verbundenheit der Parteien in der sachlichen Vertragsleistung und dessen Zweck, der beschränkt von "openbare orde en goede zeden" eben nicht nur Privatsache der Parteien ist, sondern auch das rechtliche Allgemeininteresse der Gesellschaft berührt. Das Causaprinzip korrespondiert also mit dem Prinzip der Sorge.

Es wird analysiert, wie im niederländischen Vertragsrecht die drei Prinzipien in den Begriffen "goede trouw, redelijkheid en billijkheid en (contractuele) zorgvuldigheid" wirksam sind in der vorvertraglichen Phase sowie in der Ausführungsphase des Vertrages. Das Begriffspaar "openbare orde en goede zeden" bezieht sich dagegen auf die Sorgfälspflicht gegenüber der Gesellschaft zur Zeit des Abschlusses des Vertrags, wobei die geschützten gesellschaftlichen Rechtsinteressen durchaus auch die Freiheit oder die Treue sein können.

Im *siebten* Kapitel wird das öffentliche Recht untersucht. Zunächst bezieht sich die Untersuchung auf das politische Vereinsrecht. Seit der Verfassung von 1848 ist dieses Recht in der Hinsicht begrenzt von der Bedingung, daß ein politischer Verein nicht gegen die öffentliche Ordnung verstoßen darf. Nach dem Gesetz von 1855, worin diese Materie näher ausgearbeitet wurde, lag ein solcher Verstoß vor, wenn ein politischer Verein die Absicht hatte, Gesetze, Rechte oder die guten Sitten zu verletzen. Dabei wurde auch noch ein Filter eingebaut, indem einem politischen Verein die Rechtspersönlichkeit auf Grund des Algemeininteresses entsagt werden konnte. Zum förmlichen Verbot eines Vereins ist es nur einmal gekommen und zwar in 1894, im Falle des tatsächlich mit revolutionären Absichten gegründeten "Sociaal-Democratische Bond". 1939 ist das Verbot, inspiriert von einem durch Van den Bergh in 1936 verfaßten Aufsatz über undemokratische Parteien angeschärft worden. Seit 1939 ist nicht nur der formelle Zweck solcher Parteien ausschlaggebend, sondern können auch die Aktivitäten eines politischen Vereins zum Anlaß ihres verbotenen Charakters werden. Dieses Urteil muß übrigens vom bürgerlichen Richter ausgesprochen werden. Ausdrücklich wurde dabei der dem positiven Recht unterlegte Rechtsstaatsgedanke als die Grundlage der öffentlichen Ordnung genannt. Seit 1976 ist die ganze Thematik im zweiten Teil des Bürgerlichen Gesetzbuch geregelt. Gemäß Artikel 2:15 sind alle Rechtspersonen verboten, deren Absicht oder Bestreben es ist, die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten zu verletzen. Die Bedeutung dieser Bestimmung ist im Prinzip keine andere als die bereits 1939 geregelte .

Die Tatsache, daß seit 1976 nicht mehr jeder Verstoß gegen Gesetz oder Recht Anlaß sein kann, einen politischen Verein als verboten zu betrachten, zeugt u.E. von einer adäquateren Auffassung des Begriffs der öffentlichen Ordnung.

Das gilt auch für die Anerkennung einer nicht nur abwehrenden, sondern auch einer auferlegenden, rechtsschützenden Funktion der öffentlichen Ordnung. Nach Artikel 2:20 des Bürgerlichen Gesetzbuches kann das Gericht einen politischen Verein erlauben, seinen Zweck so abzuändern, daß er nicht länger einen verbotenen Charakter hat.

Das zweite Thema des Kapitels sind die allgemeinen Prinzipien des Verwaltungsrechts. Ihre Entwicklungsgeschichte im niederländischen Recht zeigt, daß sie sich zunächst auf die Zuverlässigkeit und Sorgfalt der Staatsverwaltung beziehen. Der Schutz der Freiheit der Bürger tritt erst in den letzten Jahren mehr in den Vordergrund, zumal in der Diskussion über den adäquaten prozessualen Verwaltungsrechtsschutz im Rahmen des seit 1992 in Phasen verabschiedeten "Algemene Wet Bestuursrecht". Nicolaï (1990) hat die These Van Gerven's (1983), daß die allgemeinen Prinzipien des Verwaltungsrechts sich als Ausdruck allgemeiner Prinzipien rechtsordnenden Handelns verstehen lassen, kritisiert. In der vorliegenden Studie wird dagegen argumentiert, daß sich Van Gerven's These jedenfalls auf Grund der drei Prinzipien gut gegenüber Nicolaï's Kritik verteidigen lassen.

Das dritte Thema des Kapitels ist das Polizeirecht und insbesondere die Handhabung der öffentlichen Ordnung im polizeirechtlichen Sinne. Van der Meulen (1993) meint, daß dessen Handhabung sich auf Bewegungsfreiheit bezieht, nicht aber auf geistige und körperliche Integrität so wie auf die Meinungsfreiheit, die nur als Folge von der Bewegungsfreiheit polizeilich geschützt wären. Der Autorin erscheint dies als ein zu enger Begriff der öffentlichen Ordnung, gerade weil ein schrankenloser Schutz von Bewegungsfreiheit die beiden anderen Momente individueller Freiheit in Gefahr bringen kann.

Als letztes Thema des siebten Kapitels wird das Strafrecht einer Betrachtung unterzogen. Zwar findet man unter den leichteren Delikten gegen die "öffentliche Ordnung und guten Sitten" sehr heterogene Bestimmungen. Bei den schwerwiegenderen tritt deutlich hervor, daß sich die öffentliche Ordnung nicht nur auf den öffentlichen Raum bezieht, sondern auch auf die Privatautonomie und die Menschenwürde. Zum letzteren gehören auch die relativ neuen Bestimmungen gegen Diskriminierung aufgrund ethnischer Herkunft, religiöser oder weltanschaulicher Überzeugung, Geschlecht und sexueller Veranlagung.

Im niederländischen Strafprozeßrecht hat in den letzten Jahren ein Kampf um die Aufrechterhaltung der strafrechtlichen Rechtsschutzgarantien getobt. Dieser läßt sich durchaus als ein Kampf um die Offenheit des Gesprächs vor Gericht interpretieren, wie vor allem von Bal (1994) argumentiert worden ist. In diesem Zusammenhang kann das Prinzip der Treue als eine Brücke zwischen dem freiheitlichen Schutz gegen strafende Rechtsautorität und der Sorge für eine adäquate Strafverfolgung angesehen werden.

Im *achten* Kapitel werden Aspekte des internationalen öffentlichen Rechts thematisiert. Die Idee eines internen Zusammenhanges der drei Prinzipien von Menschenrecht stimmt der im Rahmen des VN-Vertrages aufgestellten Doktrin der Unteilbarkeit der Menschenrechte überein. Die enorme Entwicklung und Ausdifferenzierung der Menschenrechte macht die Frage nach dem Vorrangsverhältnis unumgänglich. Diese Frage wird im Zusammenhang mit der Stellung der Gewissensfreiheit diskutiert.

Die Entwicklung der Menschenrechte kann als Ausdifferenzierung einer zuerst nur religiös aufgefassten Gewissensfreiheit im Zusammenhang mit einer auf ein friedliches Zusammenleben ausgerichteten gesellschaftlichen Ordnung gesehen werden. Gegen Vermeulen (1989, 1992) wird die These vertreten, daß diese Ausdifferenzierung die Funktion der Gewissensfreiheit als Mutter aller Menschenrechte nicht überflüssig gemacht hat. Vermeulen ist dieser Meinung zugetan, weil die Gewissensfreiheit uferlos sei und die Berufung auf das Gewissen gegen jede Beschränkung von Grundrechten eingesetzt werden könne. Vermeulen argumentiert, daß sich die von Artikel 9 erster Absatz des EMRK's unklausuliert verbürgte Gewissensfreiheit ausschließlich auf die interne Gewissensfreiheit bezieht. Die vom zweiten Absatz dieses Artikels erlaubte Beschränkung wäre anders nämlich nicht verständlich. Diese These stimmt aber nicht mit dem Wortlaut des Artikels überein und sie folgt auch nicht aus dessen Teilung in zwei Absätze. Vermeulens Angst vor der Uferlosigkeit des Gewissens ist verwandt mit der Furcht, soziale Rechte würden dem Staat unmögliche Verpflichtungen aufbürden. Im Lichte der These der inneren Abhängigkeit der drei Prinzipien von Menschenrecht erscheint diese Furcht grundsätzlich aber unbegründet. Ein solches Verhältnis würde ja die individuelle Freiheit als allgemeines Recht unmittelbar bedrohen und das Verhältnis der Treue zwischen den Bürgern und zwischen dem Staat und seinen Bürgern untergraben. Die These der Priorität der klassischen Menschenrechte oder der negativen gegenüber den positiven Grundrechtsverpflichtungen des Staates, wird darum von der Autorin nicht vertreten.

Klassische und soziale Menschenrechte können zu sowohl positiven wie negativen Verpflichtungen Anlaß geben. Der Grund für die von der Autorin verworfene These ist, daß die individuelle Freiheit tatsächlich der Ausgangspunkt sein soll, aber, und das ist der springende Punkt, er soll auch immer im Zusammenhang mit den beiden anderen Prinzipien gesehen werden. Letztere sollen ihrerseits wieder in ihrer rückbezogenen Funktion zur Freiheit betrachtet werden. Hierbei sind zwei Beurteilungsstufen zu unterscheiden. Auf der ersten ist zu beurteilen, ob eine als Menschenrecht anerkannte Freiheit beschränkt wird. Auf der zweiten Stufe soll beurteilt werden, ob diese Beschränkung gerechtfertigt werden kann, im Lichte eines ausreichenden positiven Rückbezugs einer Beschränkung auf Freiheit. Dabei spielt Treue wieder eine vermittelnde Rolle zwischen Freiheit und Sorge. So wird in Artikel 137e des niederländischen Strafgesetzbuches im Zusammenhang des Schutzes der öffentlichen Ordnung sachliche Berichterstattung vom Diskriminierungsverbot ausgesondert. Von sachlicher Berichterstattung kann aber nur die Rede sein, wenn dem Berichterstatter, z.B. ein Journalist, auch eine sachliche Absicht zugeschrieben werden kann, d.h. wenn er wie ein zuverlässiger und professioneller Journalist aufgetreten ist. Wir treffen hier wieder auf die vermittelnde, auf Treue ausgerichtete Rolle des Begriffs "öffentliche Ordnung".

Der innere Zusammenhang der drei Prinzipien von Menschenrecht, der ihrer allgemeinen Einsetzbarkeit zugrunde liegt, manifestiert sich auch im Rahmen des EG-Rechts. Steyger (1994), die Vermeulen's These des differentiellen Charakters klassischer und sozialer Grundrechte unterschreibt, hat behauptet, daß das Diskriminierungsverbot nach Geschlecht bei der Belohnung von Arbeit, Ausfluß des klassischen Gleichheitsprinzips ist, und kein soziales Recht. Die Autorin ist der Meinung, daß Steyger's Dichotomie eine Simplifizierung darstellt. Dort, wo der freie Arbeitsmarkt nicht ausreicht, um tatsächliche

Ungleichheit auszuräumen, kann dieselbe Bestimmung, als soziales Recht aufgefaßt werden, das den Staat veranlaßt, zu diesem Zweck Maßnahmen zu treffen. Umgekehrt betrachtet Steyger das Recht auf sichere und gesunde Arbeitsverhältnisse als ein soziales Grundrecht und nicht als ein Menschenrecht. Wo dieses Recht aber unmittelbar im Recht auf körperliche Unversehrtheit fundiert ist, ist das nicht zu verstehen. Auch hier ist es beides. Wo dieser Schutz nicht in Freiheit, d.h. durch arbeitsrechtliche Verträge in ausreichendem Masse zu Stande kommt, muß der Staat kompensierend eingreifen. Steyger's Beschwerde gegen soziale Grundrechte ist politischer Art. Sie fürchtet, daß diese eine anti-demokratische Auswirkung haben könnten. Die Autorin dagegen fürchtet gerade, daß der Staat eine zu große Macht erringen könnte, wenn seine Eingriffe nicht auf Menschenrechte zurückgeführt werden können.

Das EG-Recht ist auch im Zusammenhang mit dem Begriff "öffentliche Ordnung" von Interesse. Steyger's Dichotomie von Menschenrechten und sozialen Rechten ist besonders brisant im Zusammenhang mit der Gleichstellung von Migranten die keine EG-Staatsangehörigen sind. Es ist aber nicht nötig, zur Lösung dieser Frage sich direkt auf Menschenrechtsverträge zu beziehen. Die richterliche Interpretation des Begriffs "öffentliche Ordnung" von 48 Absatz 3 des EG-Vertrages zeugt nämlich von einer Auffassung des Begriffes, woraus dessen von der Autorin vertretene allgemeine Einsetzbarkeit und dessen menschenrechtliche-vermittelnde Bezug spricht. Er reicht aus, die fragliche Diskrimierung zu verbieten.

Im abschließenden *neunten* Kapitel wird auf Grund der vorangehenden Untersuchung behauptet, daß die drei Thesen erhärtet worden sind. Danach widmet die Autorin sich noch einmal dem Begriff der Allparteilichkeit. Im Strafprozessrecht problematisch, erscheint er im Verwaltungsrecht gestärkt. Im internationalen Privatrecht wird Allparteilichkeit durch Privatautonomie gefördert, während sie im Vertragsrecht gerade beschränkt wird, wobei ungleiche Machtstellungen Allparteilichkeit verhindern könnten. Im Verhältnis von Menschenrechten und sozialen Grundrechten besteht ein mangelndes, von der Autorin kritisiertes Verständnis von Allparteilichkeit.

Zuletzt wendet die Autorin sich noch einmal dem Ausgangsproblem zu: Dem Fall der verbotenen Prozession zu Geertruidenberg. Es kann unschwer gezeigt werden, daß ohne konkrete Interessenabwägung zwischen den zur Debatte stehenden Interessen im Lichte der drei Prinzipien von Menschenrecht, eine gerechte Entscheidung nicht möglich ist. Wird eine solche aber vollzogen, dann kann juristisch überzeugend dargelegt werden, daß das Verbot als ungerecht anzumerken ist.

Literatuurlijst

- *Abas, P.*, Beperkende werking van de goede trouw, Deventer 1972.
- *Alkema, E.A.*, De betekenis van het EVRM voor de Nederlandse constitutie, in de bundel 40 jaar Europese Conventie voor de rechten van de mens en de Nederlandse rechtsorde, Staatsrechtconferentie 1990, Leiden 1990, p. 3-35.
- *Arendt, H.*, The Human Condition, Chicago 1958.
- *Arendt, H.*, Vita Activa, Stuttgart 1960.
- *Ars Aequi*, Osmose tussen publiek- en privaatrecht, themanummer Ars Aequi 1987, nr 5, p. 273-372.
- *Asser A.C./Scholten G.J.*, Algemeen Deel, Zwolle 1974.
- *Asperen, G.M. van*, De goede maatschappij, Assen 1978.

- *Bakker Schut, P.H./ Prakken, T./ Roos, Th. de*, Politiek protest in de rechtszaal, in Recht en Kritiek 1984, p. 33-62.
- *Bal, P.*, Dwangcommunicatie in de Rechtszaal, Arnhem 1988.
- *Bal, P.*, Wat draagt Habermas bij tot de ontwikkeling van een discourstheorie van het straf(proces)recht?, Recht en Kritiek 1994, p. 152-169.
- *Barendrecht, J.M.*, Recht als model van rechtvaardigheid, Deventer 1992.
- *Barendrecht, J.M.*, Het constitutionele toetsingsrecht van de rechter, in Handelingen NJV 1992 I, Preadviezen van L. Prakke, T. Koopmans en J.M. Barendrecht, Zwolle 1992, p. 85-172.
- *Bax., C.J.*, Beginselen van behoorlijk bestuur als ongeschreven rechtsregels, in NJB 1991, p. 779-783.
- *Beekhuis, J.H.*, Contract en contractsvrijheid, rede Groningen, Djakarta 1953.
- *Bergh, G. van den*, De democratische Staat en de niet-democratische partijen, rede UvA, Amsterdam 1936.
- *Bernstein, R.J.*, Beyond Objectivism and Relativism: Science, Hermeneutics, and Praxis, Oxford 1983.
- *Bers, A. van*, Twintig jaar kritische maatschappijtheorie, Een kennismaking met Habermas, in Vlaams marxistisch tijdschrift 1984, p. 11-28.
- *Blankenburg, E.*, De legitimiteit van het recht ligt in wat het doet, in Recht en Kritiek 1994, p. 145-151.
- *Blom, T.*, Zin en systeem, in Tijdschrift voor Sociale Wetenschappen 1986, p. 23-53.
- *Boer, Th. de*, De vermaatschappelijking van het internationaal privaatrecht, in NJB 1980, p. 785-796.
- *Boer, Th. de*, Tussen filosofie en profetie, de wijsbegeerte van Emmanuel Levinas, Baarn 1988.
- *Boer, Th. de/Kotting, R.*, President Wijnholt vs President Reagan, in NJB 1982, p. 1177-1186.
- *Boonk, H.*, De openbare orde als grens van het vrij verkeer in de EEG, Alphen aan den Rijn 1977.

- *Bost, R.*, Openbare orde: een toverspreuk, Beschouwingen naar aanleiding van de Geertruidenberg-arresten, in Maastrichtse wandelingen door het Recht, 10 scripties van de eerste lichting afgestudeerden aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Maastricht, 1986, p. 6-20.
- *Bost-Habets, R.*, Boekbespreking Eskes, in Publiek Domein 1989, p. 337-340.
- *Bost, R.*, De vrijheid van geweten als fundamenteel rechtsprobleem, Boekbespreking Vermeulen, in Tijdschrift voor Privaatrecht 1990, p. 1495-1511.
- *Bost, R.*, Recht als model van rechtvaardigheid, in R&R 1994, p. 40-47.
- *Boven, Th.C. van*, De volkenrechtelijke bescherming van de godsdienstvrijheid, Assen 1967.
- *Boven, Th.C. van*, Slotopmerkingen, in De toenemende betekenis van economische, sociale en culturele mensenrechten, A.P.M. Coomans e.a. (red.), Leiden 1994, p. 140-142.
- *Brakel, S. van*, Grondslagen en Beginselen van Nederlands Internationaal Privaatrecht, Zwolle 1953.
- *Burg, W. van der*, Het democratisch perspectief, Arnhem 1991.
- *Burms, A./Dijn, H. de*, De rationaliteit en haar grenzen, Leuven/Assen 1986.

- *Cohen, M.J.*, Over het denken van juristen, Nieuwenhoflezing V, Deventer 1992.
- *Coomans, A.P.M.*, Schendingen van economische, sociale en culturele rechten, in De toenemende betekenis van economische, sociale en culturele mensenrechten, Coomans/Heringa/Westendorp (red.), Leiden 1994, p. 59-73.
- *Crijns, F.C.L.M.*, De herziening van artikel 208 van de Grondwet, Het loon van de angst?, In Jeukensbundel 1982, p. 439 e.v.
- *Crombag, H.F.M./Wijkerslooth, J.L. de/Cohen, M.J.*, Een theorie over rechterlijke beslissingen, Groningen 1977.

- *Dunné, J.M. van*, Drie beginselen van contractenrecht, een boekbeschouwing, in WPNR 5525, 1980, p. 458 e.v.
- *Dunné, J.M. van*, Verbintenissenrecht in ontwikkeling, Deventer 1987.
- *Dworkin, R.*, Taking rights seriously, Londen 1978.

- *Edinga, J.W.*, De model Algemene plaatselijke verordening in 2000, in Regelmaat 1995/1, p. 11-17.
- *Enschedé, Ch.J.*, De burger en het recht, Amsterdam 1988.
- *Eras, J.F.M.*, De overeenkomst in het internationaal privaatrecht, Den Haag 1928.
- *Erp, J.H.M. van*, Contract als rechtsbetrekking, Zwolle 1990.
- *Eskes, J.A.O.*, Repressie van politieke bewegingen in Nederland, een juridisch-historische studie over het Nederlandse publiekrechtelijke verenigingsrecht gedurende het tijdvak 1798-1988, Zwolle 1988.

- *Flinterman, C.*, De ondeelbaarheid van de rechten van de mens, in De toenemende betekenis van economische, sociale en culturele mensenrechten, A.P.M. Coomans e.a. (red.), Leiden 1994, p. 1-7.
- *Forder, C.J.*, Positieve verplichtingen in het kader van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, in NJCM-Bulletin 1992, p. 611-637.

- *Frijda, N.H.*, Een psychologische theorie van de emotie, in Gevoel en emotie, M. van Nierop (red.), Delft 1985, p. 73-95.
- *Garé, D.*, Het onmiddellijkheidsbeginsel in het Nederlandse strafproces, Arnhem 1994.
- *Garé, D.* e.a., Straatsburg: ijkpunt of breekpunt?, NJCM-werkgroep Strafrecht en Mensenrechten, in NJCM-Bulletin 1995, p. 482-503.
- *Gerbenzon, P./Algra, N.E.*, Voortgangh des rechtes: de ontwikkeling van het Nederlandse recht tegen de achtergrond van de West-Europese cultuur, Alphen aan den Rijn 1987.
- *Gerbranda, Tj./Kroes, M.*, De wetgever en de mensenrechten: beschermer of beperker? Enkele aantekeningen naar aanleiding van het Grondrechten Evaluatie Onderzoek, in NJCM-Bulletin 1994, p. 465-481.
- *Gerven, W. van*, Beginselen van behoorlijk handelen, Story Scientia, 1983.
- *Groenhuijsen, M.S.*, De criticus bekritiseerd, in NJB 1982, p. 161 e.v.
- *Groot, G.R. de*, Staatsangehörigkeit im Wandel, Den Haag 1988.
- *Gunning, M.*, Onvolwassen recht, in Nemesis 1994, p. 17-23.

- *Habermas, J.*, Strukturwandel der Öffentlichkeit (1962), Neuwied 1984/1962.
- *Habermas, J.*, Theorie des kommunikativen Handelns, Band I (1981), Frankfurt am Main 1988.
- *Habermas, J.*, Faktizität und Geltung, Frankfurt am Main 1992.
- *Haersolte, A. van*, De mens en het zijne, Zwolle 1984.
- *Hage, J.C.*, De objectiviteit van waardeoordelen, in Interne en externe analyses van recht, J.H.M. Klanderman en N.H.M. Roos (red.), Zwolle 1988, p. 49-66.
- *Hart, A.C. 't*, Recht als schild van Perseus, voordrachten over strafrechtstheorie, Arnhem/Antwerpen 1991.
- *Hartkamp, A.S.*, Internationale overeenkomsten en nieuw dwingend recht, in Feestbundel Offerhaus Kring, Deventer 1987, p. 93-104.
- *Hartogh, G.A. den*, Burgerschap en ongehoorzaamheid, in R.M. Themis 1989, p. 5-33.
- *Hasselt, van*, Verzameling van Nederlandse staatsregelingen en grondwetten, samengesteld door W.J.C. van Hasselt, Alphen aan den Rijn 1987.
- *Hazewinkel-Suringa/Remmelink*, Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht, Alphen aan den Rijn 1996.
- *Heringa, A.W./Verheij, N.* (red.), Publiekrechtelijke bewegingen, Deventer 1990.
- *Hijma/Olthof*, Compendium van het Nederlands vermogensrecht, Deventer 1996.
- *Hijmans, I.H.*, Algemeene Problemen van Internationaal Privaatrecht, Zwolle 1937.
- *Hobbes, Th.*, The Citizin, Oxford 1983.
- *Hobbes, Th.*, Leviathan (1651), ingeleid door C.B. Macpherson, Penguin 1981.
- *Hoeven, J. van der*, De drie dimensies van het bestuursrecht, Alphen aan den Rijn 1989.
- *Holtmaat, R.*, Tussen niet-verantwoordelijkheid en zorg, in Nemesis 1993, p. 71-80.

- *Janssens, F.*, Beledigende uitlatingen in de media, Opmerkingen naar aanleiding van EHRM 23 september 1994, Series A 289 (Jersild v. Denemarken), in NJCM-Bulletin 1995, p. 124–141.
- *Jessurun d'Oliveira*, H.U., Openbare orde en rechtsvergelijking, in 'T Exempel dwinght, Kisch-bundel, Zwolle 1975, p. 239-261.

- *Kluiver, H.J. de*, Onderhandelen en privaatrecht, Deventer 1992.
- *Kollewijn, R.D.*, Het beginsel der openbare orde in het internationaal privaatrecht, Den Haag 1917.
- *Kotting, R.*, Extraterritoriale wetgeving, preadvies NVIR, Deventer 1984.
- *Krabbe, H.*, Administratieve Rechtspraak – Bijdrage, Groningen 1901.
- *Krabbe, H.*, De moderne Staatsidee, Den Haag 1915.
- *Kranenburg, F.*, Eenige opmerkingen over het begrip: "Publieke Orde", Groningen 1895.
- *Kranenburg, R.*, De tegenstelling tussen publiek- en privaatrecht en de ontwerpen tot regeling der administratieve rechtspraak, Leiden/Groningen 1909.
- *Krings, H.*, System und Freiheit, Freiburg/München 1980.

- *Langemeijer, G.E.*, De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht, Zwolle 1985.
- *Lauwaars, R.H.*, Het voorbehoud voor de openbare orde als beperking van het vrije verkeer van personen in de EEG, in SEW 1978, p. 829 e.v.
- *Leijen, A.*, Profielen van ethiek: van Aristoteles tot Levinas, Muiderberg 1992.
- *Levenbach, M.G.*, De spanning van de kontraktsband, Amsterdam 1923.
- *Levinas, E.*, Het menselijk gelaat, Essays, gekozen en ingeleid door A. Peperzak, Bilthoven 1969.
- *Levinas, E.*, De totaliteit en het oneindige, Essay over de exterioriteit, vertaald door Th. de Boer en Ch. Bremmers, Baarn 1987.
- *Levinas, E.*, Van aangezicht tot aangezicht, 1987.
- *Ley, J.N. van der*, Overeenkomsten, in strijd met de goede zeden, Amsterdam 1899.
- *Lock, G.*, Van Hobbes tot Hegel: 1640-1820, in Van Gunsteren/Lock, Politieke theorieën, Alpen aan den Rijn 1977, p. 56-151.
- *Lock, G.*, Boekbespreking Van der Burg, in R.M. Themis 1992, p. 291-294.
- *Lock/Van Gunsteren/Balibar*, Sterke posities in de politieke filosofie, Leiden/Antwerpen 1989, p. 43-57.
- *Locke, J.*, Two Treatises of Government (1690), Londen 1965.
- *Loof-Donker, A.M.F./Peeters, E.M./Van der Tang-van Loenen, P.H.*, De openbare orde: een te nemen horde? Kanttekeningen bij de wijze waarop de Nederlandse wetgever omgaat met het begrip 'openbare orde' als doelcriterium voor de beperking van grond- en mensenrechten, in NJCM-Bulletin 1994, p. 503-518.
- *Loon, J.H.A. van*, De wisselwerking tussen internationaal privaatrecht en rechten van de mens, in Grensoverschrijdend privaatrecht, Van Rijn-Bundel, Deventer 1993.

- *Macpherson, C.B.*, The political Theory of Possessive Individualism, Oxford/New York/Toronto 1983.
- *Maneschijn, G.* e.a., Gelijkheid voor allen – is dat rechtvaardig?, een publikatie van het Nederlands Gespreks Centrum, 1989.
- *Meij – van Bruggen, R.*, Grondrechten als dilemma van overheidsoptreden, Den Haag 1989.
- *Meulen, B.M.J. van der*, Ordehandhaving, actoren, instrumenten en waarborgen, Deventer 1993.
- *Meuwissen, D.H.M.*, Recht en vrijheid, Inleiding in de rechtsfilosofie, Utrecht/Antwerpen 1982

- *Moller Okin, S.*, Women and the making of the sentimental family, in Philosophy and Public Affairs 1981, p. 65-88.
- *Mols, G.P.M.F.*, Staande de zitting; Een beschouwing over het onmiddellijkheidsbeginsel, Arnhem 1989.
- *Neut van der, J.L.*, Discriminatie en strafrecht, Arnhem 1986.
- *Nicolaï, P.*, Beginselen van behoorlijk bestuur, Amsterdam 1990.
- *Nieuwenhuis, J.H.*, Drie beginselen van contractenrecht, Deventer 1979.
- *Nieuwenhuis, J.H.*, Ieder het zijne, in R.M. Themis 1988, p. 73 e.v.
- *NJCM*, IVPBR Special, NJCM-Bulletin 1994, p. 765-944.
- *NJCM*, Commentaren inzake de versterking van het respect voor economische, sociale en culturele rechten, in NJCM-Bulletin 1994, p. 276-296 en NJCM-Bulletin 1995, p. 255-259.
- *Noyon/Langemeijer/Remmelink*, Wetboek van Strafrecht, Boek II, titel V, Misdrijven tegen de openbare orde.

- *Perrick, F.*, Politie in Nederland, Zwolle 1982.
- *Peters, A.A.G.*, De emancipatie van de mens, in De rechten van de mens, M.B.W. Biesheuvel en C. Flinterman (red.), Amsterdam 1983, p. 7-22.
- *Peters, A.A.G.*, Recht als kritische discussie, Arnhem 1993.
- *Petit, Ch.J.J.M.*, Overeenkomsten in strijd met de goede zeden, Leiden 1920.
- *Polak, M.V.*, Arbeidsverhoudingen in het Nederlandse internationaal privaatrecht, Deventer 1988.
- *Polak, M.V.*, Internationaal privaatrecht voor het forum van de Hoge Raad, Deventer 1990.
- *Postema, G.J*, Equality as membership, in R&R 1990, p. 155-178.
- *Pot, C.W. van der/Donner A.M./Prakke, L.*, Handboek van het Nederlandse staatsrecht, Zwolle 1995.
- *Pott, H.J.*, De rationaliteit van emoties, in Gevoel en emotie, M. van Nierop (red.), Delft 1985, p. 39-61.
- *Préchal, S.*, Europese mensenrechtenconventie en EEG-recht vergeleken inzake vreemdelingenrecht, Groningen 1983.

- *Raes, K.*, De post-Rawlsiaanse rechtvaardigheidsdiscussie, Liberalisme, Egalitarisme, Communitarisme, in R&R 1990, p. 190-210.
- *Raes, K.*, Variaties op het verschil-dilemma, in Nemesis 1991, nr 5, p. 5-21.
- *Roermund, B. van*, Solidariteit onder vreemden: de rechtstheorie van Jürgen Habermas, in R&R 1994, p. 120-156.
- *Rood, M.G.*, Over de zwaarte van de rechtenstudie, in NJB 1992, p. 157-160.
- *Roos, N.H.M.*, Recht als tweede orde moraal, in Publiekrechtelijke bewegingen, A.W. Heringa, N. Verheij (red.), Deventer, p. 29-65.
- *Rousseau, J.J.*, Du Contrat Social (1762), Amsterdam 1762.
- *Rousseau, J.J.*, Vertoog van de ongelijkheid, Meppel 1983, vertaling van: Discours sur l'orgine et les fondements l'inegalite parmi les hommes, uit Oeuvres complets III, 1755.

- *Samkalden, I./Wiarda, G.J.*, Algemene beginselen van behoorlijk bestuur, preadviezen, Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht XXIV, Haarlem 1952.
- *Sauveplanne, J.G.*, Elementair Internationaal Privaatrecht, Deventer 1989.
- *Schermers, H.G.*, Mensenrechten en internationaal publiekrecht, in Doorwerking van mensenrechten, P.B. Cliteur en A.P.M.J. Vonken (red.), Groningen 1993, p. 143-151.
- *Schokkenbroek, J.G.C.*, De openbare orde als beperkingsgrond voor de vrijheid van meningsuiting, in NJCM-Bulletin 1986, p. 3-22.
- *Schoordijk, H.C.F.*, Onderhandelen te goeder trouw, Deventer 1984.
- *Schroot, J.C.*, Privaatrecht/publiekrecht, strijd om het primaat, in Publiek Domein 1989, p.157-159.
- *Simon, H.J.*, Publiekrecht of privaatrecht, Zwolle 1993.
- *Steyger, E.*, Over staatstaken, sociale grondrechten en mensenrechten, in De toenemende betekenis van economische, sociale en culturele mensenrechten, A.P.M. Coomans e.a. (red.), Leiden 1994, p. 8-22.
- *Strikwerda, L.*, Vier ipr-dissertaties, in NJB 1988, p. 1444-1448.
- *Strikwerda, L.*, Kroniek van het internationaal privaatrecht, in NJB 1991, p. 1287-1298.
- *Strikwerda, L.*, De hanteerbaarheid van het internationaal privaatrecht, in Grensoverschrijdend privaatrecht, Deventer 1993, p. 245 e.v.
- *Strikwerda, L.*, Inleiding tot het Nederlands Internationaal Privaatrecht, Groningen 1997.
- *Struycken, A.A.H.*, Administratie of rechter, Arnhem 1910.
- *Suyver, J.J.H.*, Politie in de rechtsorde, Zwolle 1986.
- *Swiebel, J.*, De VN-Wereldconferentie Mensenrechten, Actualiteitenkatern Nemesis 1993, nr 5, p. 30-31.

- *Tak, A.Q.C.*, Overheidsbestuur en Privaatrecht, Alpen aan den Rijn 1978.
- *Tak, A.Q.C./Bakker R.E.*, De centrale rol van het willekeurverbod bij de toetsing van overheidshandelen, in Publiekrechtelijke bewegingen, A.W. Heringa/N. Verheij (red.), Deventer 1990, p. 205-218.

- *Velthoven, Th. van*, De intersubjectiviteit van het zijn, Kampen 1998.
- *Verheul, J.P.*, Rechtsvinding in het internationaal privaatrecht, in Vijftig jaar calvinistische juristenvereniging (1923-1973), p. 83-152.
- *Verheul, J.P.*, De openbare orde als tweesnijdend zwaard, rede, Leiden 1978.
- *Vermeulen, B.P.*, De vrijheid van geweten, een fundamenteel rechtsprobleem, Arnhem 1989.
- *Vermeulen, B.P.*, Wie bepaalt de reikwijdte van de grondrechten? Preadvies, Handelingen van de vereniging voor wijsbegeerte van het recht, in R&R 1992, p. 16-46.
- *Vijver, C.D. van der*, De burger en de zin van strafrecht, Lelystad 1993.
- *Vlas, P.*, Internationaal privaatrecht in de spiegel van het nieuwe BW, rede VU, Deventer 1989.
- *Vonken, A.P.M.J.*, Het internationale afstemmingsrecht in perspectief, Arnhem 1987.
- *Vonken, A.P.M.J.*, De reflexwerking van de mensenrechten op het IPR, in Doorwerking van mensenrechten, P.B. Cliteur en A.P.M.J. Vonken (red.), Groningen 1993, p. 181 e.v.

- *Wachter, de*, Ethiek en mensenrechten, Lezing gehouden in de reeks Filosofische Conferenties te Leuven op 18 februari 1987.
- *Wentholt, K.*, Rekening houden met zorgtaken, een ander perspectief voor het gelijkheidsbeginsel, in Recht en Kritiek 1991, p. 367-382.
- *Werf, H.G. van der*, Redelijkheid en billijkheid in het contractenrecht, Arnhem 1982.
- *Werner, W.*, De fundering van het juridisch discours, in Recht en Kritiek 1992, p. 52-72.
- *Wiarda, G.J.*, Drie typen van rechtsvinding, Zwolle 1980.
- *Wiarda, J.*, Nederlands internationaal personen- en familierecht en de openbare orde, in 'T Exempel dwinght, Kisch-bundel, Zwolle 1975, p. 389-408.
- *Wild, A.H. de*, De rationaliteit van het rechterlijk oordeel, Deventer 1980.
- *Wilthagen, T.*, Recht in een gesloten samenleving, het debat over reflexief recht en autopoiesis, in Recht en Werkelijkheid 1992, p. 119-138.
- *Witte, B. de*, Economische, sociale en culturele rechten: de rol van mensenrechten in de rechtsorde van de Europese gemeenschap, in A.P.M. Coomans e.a. (red.), De toenemende betekenis van economische, sociale en culturele mensenrechten, Leiden 1994, p. 8-22.
- *Witteveen, W.J.*, Evenwicht van machten, Zwolle 1991.

- *Zaltbommel, L.K. van*, De betekenis van het recht als systeem, Amsterdam 1993.

Een nawoord bij wijze van laudatio.

Nawoorden zijn ongebruikelijk in een proefschrift en al helemaal een nawoord van een promotor. Nog ongebruikelijker dan dat is waarschijnlijk dat een dergelijk nawoord de vorm van een laudatio aanneemt. In dit geval zijn er echter een aantal argumenten om een dergelijk taboe te doorbreken.

Het eerste argument is dat de schrijfster als gevolg van ernstige ziekte haar proefschrift niet in het openbaar kon verdedigen en om die reden van die verplichting door het College van Decanen van de Universiteit Maastricht is vrijgesteld. Daardoor was het ook niet mogelijk om bij die gelegenheid een laudatio uit te spreken.

Het tweede argument is dat de schrijfster en ik als gevolg van haar ziekte niet in staat zijn geweest om alle in het kader van de dissertatie voorgenomen kwesties uit te diepen. Ik wil dit nawoord gaarne gebruiken om aan te geven om welke kwesties het hier gaat.

Het derde argument hangt samen met de eerste twee. De schrijfster is zelf ook niet meer in staat aan een eventueel naar aanleiding van haar boek nog te ontstaan debat deel te nemen. Maar de inhoud van het boek is zodanig waardevol, dat daartoe alle aanleiding is.

De waarde van dit boek is van zowel rechtstheoretische als van positiefrechtelijke aard. Deze twee kwaliteiten zijn volgens de in dit boek verdedigde rechtsvindingstheorie onverbrekelijk met elkaar verbonden. De rechtstheoretische waarde valt weer in tweeën uiteen. De eerste is een waarde binnen het raamwerk van de theorie van de communicatieve rationaliteit van Jürgen Habermas. In dit boek wordt uiteengezet dat Habermas zelf zijn theorie voor het recht alleen maar nader had uitgewerkt als een theorie van de democratie. Dit was echter betrekkelijk voor de hand liggend, aangezien het idee van een relatie van een rationeel debat en democratische politiek al twee eeuwen geleden door Kant en vijftig jaar geleden door Popper was gepresenteerd. Daarnaast is er aan Habermas' theorie door Robert Alexy een theorie van de juridische argumentatie aangeknoopt die de goedkeuring van Habermas heeft kunnen wegdragen. Maar deze theorie is van procedurele aard en is nauwelijks meer dan een toepassing van een algemene theorie van praktisch argumenteren op het recht. In dit boek wordt, en dat is wel behoorlijk origineel, aan Habermas een materiële rechtsvindingstheorie ontleend. Daarbij wordt in het tweede deel van het boek aangetoond dat deze theorie zich op vruchtbare en kritisch-constructieve wijze laat toepassen op het positieve recht. Voor Habermasianen moet het bevrijdend nieuws zijn dat de theorie van de communicatieve rationaliteit thans niet meer van een zekere steriliteit kan worden beschuldigd.

Door critici van Habermas, zoals schrijver dezes, kan echter de vraag worden opgeworpen in hoeverre Habermas' theorie een noodzakelijke voorwaarde is voor de rechtsvindingstheorie die hier is voorgesteld. Het idee dat in ons recht de individuele vrijheid het uitgangspunt is en dat het recht ertoe dient om deze vrijheid te waarborgen, zowel rechtstreeks, door het gedrag van andere burgers en dat van de overheid berekenbaar te maken,

als indirect, door sociale, materiële en ecologische condities te helpen scheppen waaronder praktische autonomie pas mogelijk is, is een inzicht waarvoor op zichzelf genomen geen theorie van communicatieve rationaliteit nodig is. Daarbij komt dat de theorie van de communicatieve rationaliteit van idealistisch-rationalistische huize is. Een van de bekende kritieken op Habermas is dat er vormen van zinvolle communicatie zijn, zoals het geven van opdrachten, die spelen in sociale relaties zoals, gedeeltelijk althans, het onderwijs, die niet of niet volledig kunnen voldoen aan de rationaliteitsvereisten die Habermas verbindt met open communicatie, maar die in sociaal-functionele zin zeer wel te rechtvaardigen zijn. Filosofisch gesproken kan de radicale, door Kant noch Habermas beantwoorde vraag worden opgeworpen: waarom rationeel zijn? Sociaal-politiek gezien is de vraag waarom de samenleving geheel en al zou dienen te voldoen aan het model van communicatieve rationaliteit. Een dergelijke vraag slaat natuurlijk ook terug op het recht.

Een tweede vraag betreft de verhouding van recht en democratie. In dit boek wordt duidelijk gekozen voor een fundering en een begrenzing van de democratie in het recht. Maar daarmee is de vraag nog onvoldoende beantwoord. Het gegeven dat de rechterlijke controle op de juridische legitimatie van de democratie zelfs in landen die, anders dan het onze, gezegend zijn met constitutionele rechtspraak volgens de maatstaven van de rechtstheorie die hier ontwikkeld is, nog tamelijk beperkt kan worden genoemd, is daarbij naar mijn mening nog het geringste bezwaar. Een groter bezwaar lijkt me dat we met de fundering van het recht in het idee van mensenrecht, nog geenszins een einde lijken te hebben gemaakt aan de verschillen in politiek-ideologisch gekleurde opvattingen daarover. Deze kunnen we grof gezegd onderscheiden in een liberale -, een christen-democratische - en een sociaal-democratische visie. Van de christen-democratische visie zou wellicht nog gezegd kunnen worden dat deze als gevolg van haar christelijk-communeautaristisch karakter niet in overeenstemming is te brengen met Habermas' theorie van de communicatieve rationaliteit. Voor de sociaal-democratische visie kan dat echter niet worden gezegd. De actuele vraag die zich dan in deze "end of ideology/history"-periode opdringt, is of de verschillen van opvatting tussen liberalen en sociaal-democraten gereduceerd kunnen worden tot verschil van inzicht over de effectiviteit en kosten-baten van verschillende maatregelen, terwijl over de uiteindelijke doeleinden van de politiek geen verschil van mening bestaat, of dat ze dieper gaan en ook aan de sociaal-democratische visie een flinke dosis idealisme à la Beethovens Negende is verbonden. Bij de sociaal-democraat Habermas bestaat daar geen twijfel aan. Hij leert immers dat het emancipatoire ideaal onderdeel is van communicatieve rationaliteit. Dit impliceert echter de legitimatie van staatsdwang ook daar waar een liberaal van mening is dat private en publieke autonomie van een ieder al voldoende gewaarborgd zijn. Het gevaar van paternalistisch utopisme, onlangs nog zo knap geanalyseerd door onze collega's Crombag en Van Dun in hun boek "De utopische verleiding", ligt dan op de loer. Het vrijheidsideaal heeft in de geschiedenis al heel wat onderdrukking weten te legitimeren.

Deze politieke kritiek op Habermas laat zich echter ook theoretisch formuleren. De betrekkelijke steriliteit van Habermas' theorie zoals hij die zelf ontwikkeld heeft, houdt m.i. ook verband met het feit dat hij aanneemt dat zich onder de assumptie van de norm van de "Herrschaftsfreiheit" niets naders laat zich zeggen over de vorm van de democratie. Zo neemt hij zonder meer aan dat de bestaande staatsvorm van het publieke gezag en de

daarbij aansluitende vorm van de politieke partij met hun integrale politieke programma's, acceptabel zijn. Anders gezegd, hij heeft geen staatstheorie ontwikkeld. Evenzo heeft hij geen theorie van de fundamentele rechtsinstituten, eigendom en contract, het strafrecht, de belastingen, de sociale zekerheid e.d. En alleen op die manier zou hij tot een positief begrip kunnen komen van de verhouding tussen leef- en systeemwereld, waarvan hij meent dat het recht er tussen "bemiddelt". Zeker, maar hoe dan precies?

Deze en dergelijke vragen komen in het kader van de rechtsvindingstheorie, ook bij die van de schrijfster, terug als die van de verhouding van rechter, wet en politiek. Dat neemt echter volstrekt niet weg dat ik haar theorie verwelkom als een aanzienlijke verrijking van de rechtsvindingstheorie, zowel in kentheoretisch, in empirisch, als ook in kritisch opzicht. In kentheoretisch opzicht geeft haar theorie inzicht in wat door hermeneutische theoretici, zoals Josef Esser bijvoorbeeld, altijd tamelijk vaag is aangeduid als het "Vorverständnis" van de rechter, als "de hermeneutische cirkel tussen norm en feit" en als "die Sache Recht". Hieraan wordt door schrijfster inhoud gegeven door het idee dat de rechter op zoek is en dient te zijn naar de vrijheidsbelangen, het belang van de voorspelbaarheid van gedrag in rechte en de bescherming van sociaal zwakkeren. Dit laatste niet in een politieke zin, maar in relatie tot de mogelijkheid van autonomie naar juridische maatstaven. Deze theorie van het kentheoretisch zoeklicht van de rechter en wellicht van de jurist in het algemeen, laat zich zowel toepassen op de wijze waarop deze de betekenis van het bestaande recht reconstrueert, als op de wijze waarop hij feiten selecteert in het concrete geval, alsmede op de wisselwerking tussen de constructie van het recht en van de feiten. Daarmee krijgt de theorie ook een empirische relevantie. Het laat zich m.i. tot op zekere hoogte empirisch onderzoeken of rechters in enigszins gecompliceerde gevallen aldus te werk gaan. Ook laat de kwaliteit van rechters zich aldus enigszins meten met empirische middelen. Of een rechter goed kan communiceren, of hij inzicht heeft in het leefwereld-rechtsgevoel van partijen en de rechtsvaardigheidsmaatstaven van het rechtssysteem en tenslotte, of hij gevoel heeft voor en inzicht in sociale verhoudingen zoals die zich in de maatschappelijke werkelijkheid voordoen, zijn zaken die zich tot op grote hoogte empirisch laten vaststellen. Ook in kritisch opzicht heeft de theorie van Rie Bost m.i. grote waarde. Immers, als een rechter zich werkelijk communicatief opstelt zal hij zijn eventuele oordeel dat de wet onrechtvaardig is, niet onder stoelen of banken moeten steken, maar hiervan kennis dienen te geven, ook al zal hij zich in de regel onderwerpen aan het gezag van de wet.

Met dit alles wil ik de theorie van de schrijfster ook nog in een vierde opzicht prijzen. M.i. heeft de theorie een grote educatieve waarde. Gesteld dat het een adequate theorie van de rechtsvinding is of althans heel wezenlijke aspecten daarvan dekt, dan laat deze zich ook toepassen in het onderwijs, zowel in het zuiver cognitieve onderwijs als in het vaardighedenonderwijs. Daarmee heeft de schrijfster mijns inziens een essentiële bijdrage geleverd aan de mogelijkheid de idealen te realiseren die ooit ten grondslag lagen aan de onderwijsvernieuwingen van de Maastricht faculteit waarvan zij student en medewerker is geweest. Als zodanig was zij zowel buitengewoon autonoom, trouw en zorgzaam in geestelijk en praktisch opzicht.

Daardoor en door haar boek heeft zij voor mij en, naar ik stellig hoop ook voor anderen, binnen de begrenzingen van het ondermaanse eeuwigheidswaarde gekregen.

Maastricht, januari 1999.

N.H.M. Roos