

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](https://doi.org/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.

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 geponereerd. 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 "Einzelfallgerechtigheid" door toepassing van vage begrippen. Volgens Barendrecht dient rechtspraak programma-tisch 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 placht de wetgever, waarvan hij het staatsrechtelijk primaat niet ontkent, in een overwegend passieve, volgzone 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 óf 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 gelijksoortige 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 beantwoordt heeft vanuit het gespreksmodel.

Samenvatting

Hij heeft zijn stelling betreffende de gelijksoortigheid van private en publieke autonomie alleen uitgewerkt met het oog op een democratietheorie, dat wil zeggen een theorie van politieke alpartijdigheid, niet als rechtsvindingsstheorie. Voor een rechtsvindingsstheorie 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 Dworkin's 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 (rechts) behoorlijk handelen, tegen de achtergrond van de drie beginselen van mensenrecht goed bestand is tegen de kritiek van Nicolai (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 bestrafing 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 strafvervolgning.

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.

Samenvatting

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 gezien. 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 principiële 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.