TEGENDRAADSE BEDENKINGEN BETREFFENDE DE INVULLING VAN DE MENSENRECHTEN

Matthias E. Storme
Buitengewoon hoogleraar (privaatrecht, rechtsvergelijking, levensbeschouwing)
KU Leuven en Universiteit Antwerpen

1. Mij is gevraagd om in deze cyclus enkele kritische bedenkingen te formuleren na de uiteenzetting van prof. BREMS over de "Grondslagen" van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens. Mensenrechten. Aangezien onze filosofische uitgangspunten nogal verschillend zijn, is dit meteen ook een goede test om na te gaan in hoeverre er over deze vraag inderdaad een "*overlapping consensus*" is. Dat er een *overlapping consensus* is, zal allicht niemand ontkennen, de vraag is evenwel hoe groot die *overlapping consensus* dan wel is.

Deze vraag wordt door collega BREMS evenwel in zekere zin uit de weg gegaan door te stellen dat een van de belangrijkste vragen betreffende de mensenrechten, namelijk de universaliteit ervan, geen empirisch gegeven is, maar een normatief element dat geen empirische fundering behoeft. De grondslag van de mensenrechten ligt dan evenwel niet meer in een voldoende consensus, maar in een akte van geloof. Collega BREMS spreekt van een "keuze" voor de universaliteit. Maar is er dan wel een overlappende consensus over die keuze? Of is die niet meer relevant. Of anders gezegd, wie heeft het recht om die keuze te maken, en wie is aan die keuze gebonden ("normatief") zonder ze zelf te maken ? Of bedoelt collega BREMS in dezelfde lijn ook te zeggen dat ook de *overlapping consensus* geen empirisch, maar een normatief gegeven is? Anders gezegd: maakt het eigenlijk wel iets uit in welke mate er daadwerkelijk een overlappende consensus is, of is enkel de overlappende consensus relevant van diegene die toch al dezelfde keuze maken en dus ongeveer hetzelfde denken ?

2. Ik ben het ermee eens dat de universaliteit van de mensenrechten een keuze is en dat we die keuze tot op zekere hoogte moeten maken (normatief). Maar de vraag blijft: tot waar. Uit het feit dat overal ter wereld een beroep wordt gedaan op de

mensenrechten volgt volgens collega BREMS dat iedereen het erover eens is dat men dezelfde rechten wil voor alle mensen. Ik betwijfel dat ten zeerste. Daaruit kan men hoogstens afleiden dat er een voldoende consensus is over eenzelfde minimum aan rechten voor alle mensen, en dat is iets heel anders dan een consensus over dezelfde rechten *tout court* voor alle mensen.

Tegenover de *overlapping consensus* en de keuze zou ik dan ook een ander begrip willen plaatsen, dat minstens zo relevant is: mensenrechten zijn een "*essentially contested concept*"[1], zoals bv. ook "democratie", "vrijheid" en "gelijkheid". Een "*essentially contested concept*" is hier een concept waar iedereen achter staat maar over de concrete invulling waarvan men wel zeer verschillende opvattingen heeft. Dit sluit niet uit dat er een *overlapping consensus* kan zijn, maar moet ons waarschuwen voor de retorische truc die erin bestaan iedereen die zich beroept op het concept mensenrechten ook te verplichten om een bepaalde inhoud die aan dat begrip wordt gegeven te aanvaarden.

3. Voor de inhoud die men daarbij aan de mensenrechten geeft buiten die, m.i. vrij beperkte, *overlapping consensus*, is de "fundering" van de mensenrechten natuurlijk wel van belang. Naargelang de fundering zal men bepaalde beweerde mensenrechten ook effectief als mensenrechten erkennen of niet, en, belangrijker nog, zal men een op een andere manier voorrang geven aan het ene mensenrecht boven het andere. Het maakt voor de daadwerkelijke betekenis van de mensenrechten een heel verschil of men de mensenrechten beschouwt als rechten die slechts binnen de grenzen van de sharia kunnen gelden, dan wel als rechten die juist zonodig regels uit de sharia terzijde stellen…

Met andere woorden: het is niet zo dat er geen grondslag is voor de mensenrechten, dat het alles zou neerkomen op een akte van geloof en dat die akte in wezen steeds dezelfde inhoud zou hebben; het is integendeel zo dat er zeer verschillende grondslagen zijn, al kunnen die tot op zekere hoogte ook gecombineerd worden.

4. Het klopt dat de Universele Verklaring van 1948 geen uitgesproken keuze maakt tussen verschillende opvattingen; maar de tekst gaat wel degelijk uit van een opvatting over de menselijke natuur. Dit blijkt m.i. zeer duidelijk uit art. 1 van de

---

[1] De uitdrukking werd bij mijn weten voor het eerst gebruikt door W. B. GALLIE, "Essentially Contested Concepts", *Proceedings of the Aristotelian Society* 1956, p.167 v.

U.V.R.M., dat stelt dat "*[Alle mensen] zijn begiftigd met verstand en geweten, en behoren zich jegens elkander in een geest van broederschap te gedragen*". Dit komt sterk overeen met beeld dat het christendom heeft van de menselijke natuur, van de mens als enerzijds een wezen begiftigd (wat ook een gever veronderstelt, God dus) met rede en anderzijds als kind van God ook een broeder of zuster van de andere kinderen van God. De menselijke natuur in de christelijke traditie heeft natuurlijk niet op de eerste plaats betrekking op hoe de mens is, maar welke bestemming hij heeft door die gift van de rede. Ik kan me voorstellen dat velen vandaag dit mensbeeld in art. 1 van de U.V.R.M. niet meer willen lezen, maar dat wil natuurlijk niet zeggen dat het er niet staat.

5. Wat nu de verschillende grondslagen voor de mensenrechten betreft, lijkt het me noodzakelijk de tegenstelling te zien tussen enerzijds een mythisch-hypothetische grondslag en anderzijds een historisch-empirische grondslag. Er is geen absolute tegenstelling in die zin dat er natuurlijk mengvormen en tussenposities bestaan, maar voor een bezinning over de mensenrechten is het onderscheid wel van groot belang.

De tweede opvatting zoekt de fundering voor de mensenrechten in de historische ervaring: door *trial and error* hebben mensen in concrete samenlevingen geleerd wat het belang is van een reeks fundamentele rechten en vrijheden en wat de gevolgen kunnen zijn van de miskenning ervan. De meest essentiële historische ervaringen hierin zijn de strijd tegen elke vorm van totalitarisme, de strijd tegen tirannie en allerlei vormen van machtsmisbruik. De fundamentele rechten en vrijheden zijn bevochten en vormen in hun historiciteit en beperktheid reële historische grondslagen van onze moderne democratisch-liberale samenlevingen.

Daartegenover staat een opvatting die de grondslag van de mensenrechten aan de geschiedenis wil onttrekken, dan wel in een mythische beginperiode van die geschiedenis wil plaatsen. Dit is de lijn van bv. het *contrat social* van ROUSSEAU en de sluier van RAWLS. Er wordt gezocht naar een nulpunt waarin er (nog) geen posities zijn, naar eerste beginselen van waaruit door middel van de "natuurlijke rede" regels kunnen worden afgeleid. Het is in die zin dat de Amerikaanse *Declaration of Independence* spreekt van "*truths we hold to be self-evident*" en de Preambule van de Franse *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* van "*des principes simples et incontestables*". De tegenovergestelde opvatting gaat daarentegen uit van de *artificial*

reason van de geschoolde jurist, onder meer verwoord door sir EDWARD COKE: *"causes which concern life, or inheritance, or goods, or fortunes of (subjects) are not to be decided by natural reason, but by the artificial reason and judgment of law, which law is an act which requires long study and experience before a man can attain to the knowledge of it"*[2]. Het is in die lijn dat COKE een van de grondleggers was van de doctrine van *judicial review* die geleid heeft tot de grondwettigheidstoetsing in meer bepaald de Verenigde Staten.

6. In de lijn van de opvatting die mensenrechten ziet als door *trial and error* bevochten historische verworvenheden, wordt sterk de nadruk gelegd op de politieke gemeenschap waarin mensenrechten eerst bescherming vinden. Dat wil niet zeggen dat die rechten eerst ontstaan door de erkenning ervan in formele verklaringen of rechtsregels. Maar het betekent evenmin dat mensenrechten zouden bestaan buiten elke politieke gemeenschap om. Beiden gaan hand in hand: de mensenrechten hebben een politieke gemeenschap nodig om gerealiseerd te worden, maar omgekeerd is het slechts door de waarborging van dergelijke rechten dat een staat gelegitimeerd wordt tot rechtsstaat, dat een overheid legitimiteit verkrijgt. De eerste zijde hiervan werd onder meer door HANNAH ARENDT sterk gethematiseerd, vanuit de ervaringen met het totalitarisme van de 20e eeuw en de Tweede Wereldoorlog. Zij legt er sterk de nadruk op dat mensenrechten maar gelden juist wanneer mensen niet zomaar "mens" alleen zijn, maar wel degelijk leden van een concrete politieke gemeenschap veeleer dan een illusoire mensheidsgemeenschap. De mens die enkel maar mens is, tot niets anders behoort dan tot de menselijke soort, is eigenlijk geen mens meer[3]. Bij ARENDT vinden we niet het vandaag modieuze pleidooi voor "inclusie", wel een pleidooi voor pluralisme en strijd tegen elke vorm van totalitarisme, gepaard met een strijd tegen het moderne nihilisme:

"Modern man has come to resent everything, even his own existence - to resent the very fact that he is not the creator of the universe and himself. In this fundamental resentment, he refuses to see rhyme or reason in the given world. (....) The alternative

---

[2] Uit Coke's antwoord aan koning James I in de dialoog "Prohibitions del Roy", opgenomen in COKE, *Twelfth Reports* (12 Co.Rep. 65), geciteerd door J.G.A. POCOCK, "Burke and the Ancient Constitution - a problem in the history of ideas", *The Historical Journal* 1960, p. 132.

[3] Zie de bespreking van H. Arendt's visie op dit punt door A. FINKIELKRAUT, *L'ingratitude*, Parijs,Gallimard, 1999, p. 120 v

for this resentment, which is the psychological basis of contemporary nihilism, would be a fundamental gratitude for the few elementary things that are invariably given us, such as life itself, the existence of man and the world. (...) insight into the tremendous bliss that man was created with the power of recreation, that not a single man but Men inhabit the earth"[4].

7. De nadruk op de concrete politieke gemeenschap is geen ontkenning van de universaliteit van mensenrechten, maar wel een waarschuwing tegen verabsolutering van de concrete invulling van die mensenrechten. Het onderscheid vinden we treffende in de metafoor die de titel is van een boek van MICHAEL WALZER: "*Thick and thin. Moral argument at home and abroad*"[5]. Natuurlijk zijn de mensenrechten universeel, maar het universele eraan is slechts een dun laagje; het krijgt maar "dikte", maar vlees en bloed in de niet-universele, historisch en culturele bepaalde invullingen die eraan gegeven worden in concrete samenlevingen. *"Societies are necessarily particular because they have members and memories, members with memories not only of their own but also of their common life. Humanity by contrast, has members but no memory, and so it has no history and no culture, no customary practices, no familiar life-ways, no festivals, no shared understanding of social goods"*[6].

8. Collega BREMS gaat ook uit van een opvatting die inhoudt dat in de concretsiering mensenrechten dienen te verschillen, maar wel in een radicaal andere zin. Zij gaat niet uit van de politieke of culturele gemeenschap als context waarin mensenrechten door *trial and error* worden geconcretiseerd, maar van een categorisering van mensen volgens een klassiek marxistisch schema in leden van dominante groepen en leden van niet-dominante groepen. Het resultaat van zo'n redenering is dat onder het mom van "*equal rights*" juist allerlei "*special rights*" worden geschapen: het gaat dan niet meer om mensenrechten, maar om vrouwenrechten, kinderrechten, homorechten, rechten van allochtonen, enz.

De concretisering waar ik daartegenover voor pleit in de lijn van ARENDT verwerpt precies die abstracte categorieën waarin mensen in "aparte" vakjes en op basis van een "universele" natuurlijke rede "aparte" rechten worden toegekend, maar gaat uit

---

[4] H. ARENDT, *The burden of our time*, London, Secker & Warburg,1951, p. 438
[5] Chicago, University of Notre Dame Press,.1994.
[6] M. WALZER, *Thick and thin.Moral argument at home and abroad*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1994, p. 8

van de onherleidbare veelvuldigheid van de mens. Maar vooral wordt daarbij de fundamentele vraag niet uit de weg gegaan wie dan wel bevoegd is om de concrete inhoud van de mensenrechten dwingend te bepalen: "*Qui écrit les lois non écrites des dieux*?", zoals CLAUDIO MAGRIS het formuleerde. Die vraag ontbreekt in de uiteenzetting van prof. BREMS.

9. Op die vraag bestaat er al evenmin een universeel geldig antwoord. Nationale tradities en constituties vertonen belangrijke verschillen op dit punt, zonder dat men kan zeggen dat het ene model democratisch zou zijn en het andere niet. In het Verenigd Koninkrijk geldt de *supremacy of Parliament* en heeft het democratisch verkozen parlement het laatste woord om zelfs bij gewone meerderheid welke regel dan ook te wijzigen. In Duitsland, de Verenigde Staten en een reeks andere landen is er een suprematie van de grondwet die slechts met bijzondere meerderheden kan worden gewijzigd, en waaraan wetten kunnen worden getoetst door de rechter (of dit nu een *supreme court* is dan wel een apart Grondwettelijk Hof). In Zwitserland komt het laatste woord toe aan de bevolking in het kader van een volksstemming of referendum. In alle gevallen zijn er bepaalde vormen van *checks and balances*, van verdeling van de macht over verschillende organen, ook wanneer een daarvan op een bepaald ogenblik het laatste woord heeft. En dat laatste woord komt in een democratie uiteindelijk rechtstreeks of onrechtstreeks toe aan het volk zelf. In een democratische rechtstaat is het daarbij natuurlijk ook belangrijk dat minderheden niet zomaar worden overgeleverd aan een dictatuur van de meerderheid. Maar het is even belangrijk dat de meerderheid van de bevolking niet word overgeleverd aan een dictatuur van experten waarvan de democratische legitimiteit meestal uiterst gering is. Wanneer grondrechten worden geconsacreerd in een formele grondwet die niet bij gewone meerderheid kan worden gewijzigd, dan is dit om te vermijden dat een loutere de meerderheid van de dag die grondrechten zou kunnen wijzigen. Maar men moet goed beseffen dat een commissie van experten of zelfs een college van rechters in dat geval nog over veel minder legitimiteit beschikken om onder het mom van interpretatie die grondrechten te wijzigen dan een gewone meerderheid in een verkozen parlement of in een volksstemming.

10. Het tegendeel wordt soms verdedigd met het argument dat rechters of experten de grondrechten niet inperken, maar alleen maar uitbreiden. Dit is evenwel een drogredenering die verbergt dat het toekennen van nieuwe rechten in de meeste

gevallen een inperking van andere rechten of vrijheden betekent. Een inflatie aan rechten betekent omzeggens steeds een ontwaarding van de al bestaande rechten. En vaak betekent het ook een verdringing van andere soorten waarden, die niet in het concept van subjectief recht te vatten zijn. Er zijn ook andere fundamentele normen die een gelijke rang verdienen als grondrechten en daarom in een Grondwet op gelijke voet worden opgenomen. Een mensenrechtenverklaring daarentegen ontsnapt aan de verplichting om regels uit te vaardigen om het geheel ook te doen functioneren.

De toegenomen hoeveelheid aan mensenrechten heeft ook een ander fundamenteel probleem verscherpt: dat van de conflicten tussen grondrechten en opnieuw de vraag wie uiteindelijk in de beslechting daarvan het laatste woord heeft. Nu kan men wel een zekere hiërarchie tussen grondrechten opstellen, en zijn sommige rechten en vrijheden zeker fundamenteler dan andere. Maar een perfecte hiërarchie is onmogelijk: het is bij bijna alle grondrechten zo dat zij in sommige gevallen de voorrang moeten krijgen en in andere niet. Die afweging kan evenwel niet op het niveau van de principes zelf gebeuren. Zij vereist een concretisering die al evenmin in de principes zelf besloten ligt.

11. Laat ons weerstaan aan de gedachte dat er in de geschiedenis maar één "juiste" richting is waarin moreel correcte mensen kunnen marcheren, de kitsch van de "grote Mars" zoals MILAN KUNDERA die beschreef in zijn *L'insoutenable légèreté de l'être* (De ondraaglijke lichtheid van het bestaan, in de Engelse vertaling *The Unbearable Lightness of Being,* Part VI: "*The Grand March*"): "*The Grand March is the splendid march on the road to brotherhood, equality, justice, happiness; it goes on and on, obstacles notwithstanding, for obstacles there must be if the march is to be the Grand March*."

MICHAEL WALZER voegde eraan toe: "*There is nothing to gain from the merger, for the chief value of all this marching lies in the particular experience of the marchers. There is no reason to think that they are all heading in the same direction. The claim that they must be heading in the same direction, that there is only one direction in which good-hearted (or ideologically correct) men and women can possibly march is an example – so writes the Czech novelist Milan Kundera of leftist kitsch*"[7].

---

[7] M. WALZER, *Thick and thin.Moral argument at home and abroad*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1994, p. 8-9.

Meer nog, de grondleggers van het constitutionalisme gingen van de tegenovergestelde opvatting uit: het is wel de opdracht van rechters om bestaande, doorheen de geschiedenis ontwikkelde, fundamentele rechten te beschermen tegen aantasting ervan door beslissingen van politieke organen en juist niet om bestaande rechten terzijde te stellen op basis van nieuw uitgevonden fundamentele rechten. De constitutionele bevoegdheid van de rechter bestaat er immers om de politieke macht te begrenzen binnen de perken van de grondwettelijke rechten en vrijheden, en niet om die aloude rechten en vrijheden aan te passen aan de waan van de dag.