

MAG HET IETS MINDER ZIJN? *
Hebben we een teveel aan mensenrechten?

Mijnheer de rector magnificus, zeer gewaardeerde toehoorders,

1. Na twee eerdere oraties (waarvan één op deze zelfde plek) en een afscheidscollege, bekruipt mij een licht 'Heintje Davids gevoel' en ik ben blij dat er zoveel mensen zijn die wéér naar mijn verhaal willen komen luisteren. De vragen waar ik het vandaag met U over wil hebben liggen in het verlengde van mijn eerdere verhalen. Daarin vroeg ik aandacht voor uitsluiting van groepen door ogenschijnlijk logische categorisering, voor misbruik van macht en voor structurele ongelijkheid: deze onderwerpen zijn helaas nog steeds van belang. Bij de behandeling daarvan heb ik destijds de vraag opgeworpen of we niet teveel van het recht verwachten, of dat niet wat minder zou kunnen of zelfs moeten, of het recht niet soms 'nee' moet durven verkopen: 'dit probleem moet u ergens anders zien op te lossen'. Die vraag komt vandaag terug: verdienen álle onder mensenrechtelijke vlag geconcipeerde claims wel dat predikaat 'mensenrechtelijk'.¹ De titel van mijn oratie heeft daar betrekking op: 'Mag het iets minder zijn?' De centrale vraag wil ik behandelen aan de hand van drie thema's waar hij op verschillende manieren aan de orde komt: de druk op internationale rechters, met name het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), de toename van het bereik van het gelijkheidsbeginsel en de betekenis van terrorisme en terrorismebestrijding in het licht van mensenrechtenbescherming. Het aardige is dat deze onderwerpen alle drie al lang op de mensenrechtenagenda staan.

* Met dank aan mr. Ineke Boerefijn voor haar waardevolle commentaar bij een eerdere versie en aan Theo Leyh voor zijn assistentie bij het verzamelen van materiaal en het persklaar maken van de tekst.

¹ Goldschmidt, J.E., *We need different stories*, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle, 1993, m.n. p. 47 e.v.

2. Dit jaar bestaat het Nederlands Juristencomité voor de Mensenrechten (NJCM) 30 jaar en over twee jaar viert het Studie- en Informatiecentrum Mensenrechten (SIM) zijn 25^e verjaardag. De geschiedenis van beide instituten is nauw met elkaar verbonden, mede door de personele unies die er bestonden bij de oprichting met Hans Thoolen als gemeenschappelijke founding father. Ik heb de verleiding niet kunnen weerstaan om in dat pioniersverleden te duiken en ben begonnen bij het begin: de allereerste NJCM-Bulletins (collector's items, die gestencilde nummers!). De genoemde onderwerpen komen daarin alle drie aan de orde. Tegelijkertijd is er wel wat veranderd als we kijken naar de wereld van toen en die van nu: denk bijvoorbeeld aan de oost-west verhoudingen, de noord-zuid dimensie in het debat over universaliteit, de internationalisering, de opmars van ICT, en aan van 11/9, 11/3 en in eigen land 2/11. Als eerste valt op dat in het debat over de drie thema's niet meer, zoals toen, onbekendheid met de betekenis van mensenrechten een rol speelt, maar de impliciete opvatting dat 'we niet moeten overdrijven met die mensenrechten: er zijn belangrijker zaken': is dat wel zo? Måg en kan het wel wat minder zijn? Vanuit de algemene vraag of we met minder mensenrechten kunnen doen wil ik komen tot deelvragen die de bouwstenen vormen voor mijn werkzaamheden in het kader van het ambt dat ik met het uitspreken van deze woorden aanvaard. Mijn pretenties zijn bescheiden: ik beoog niet meer dan de vragen op te werpen die mijns inziens centraal moeten staan bij de te behandelen thema's en daarbij hoop ik tevens niet-vakgenoten een beeld te geven van het belang van een mensenrechtelijke invalshoek. Hoe heeft het mensenrechtendebat zich hierin ontwikkeld? Zijn de vragen waar het over gaat in wezen nog dezelfde of moeten we ze herformuleren? De prikkel om deze invalshoek te kiezen komt van Wilder Taylor, directeur van de Human Rights Watch, die op de in augustus 2004 gehouden Conferentie van de International Commission of Jurists (ICJ) in Berlijn stelde dat de mensenrechtenbeweging te laat heeft ingezien dat het debat over terrorisme en mensenrechten een

fundamenteel andere aanpak behoeft. Is dat zo en geldt dat alleen voor dit thema?

3. Het eerste thema waar ik het over wil hebben betreft de internationale dimensie van mensenrechtenbescherming. In 1976 was er sprake van zorg over de geringe belangstelling voor internationale mensenrechten. Wie het eerste NJCM –Bulletin van 1976 openslaat ziet daarin een aankondiging van het in werking treden van de International Covenants on Human Rights. Er wordt teleurstelling geuit omdat Nederland niet bij de eerste 35 ratificerende landen hoort waardoor Nederland de kans mist om in het eerste Human Rights Committee zitting te kunnen nemen. In het tweede nummer wordt bericht dat het Comité van Ministers van de Raad van Europa de mogelijkheid van het indienen van verzoekschriften bij de toenmalige Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM) wil verbeteren. Van de mogelijke toegevoegde waarde van internationale mensenrechtenbescherming leek aanvankelijk niet veel te worden verwacht in ons land, gelet op het uitblijven van klachten. Uit die slaap zijn we wel wakker geschud met uitspraken uit Straatsburg en Genève die hele rechtsgebieden op hun grondvesten deden trillen. En de roep om meer bekendheid van de in het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) neergelegde rechten² is in de tussenliggende jaren omgeslagen in grote bezorgdheid over de enorme aantallen malen dat in Straatsburg een procedure wordt aangespannen, waarbij de laatste schatting oploopt tot 50.000 zaken in 2005 en 60.000 in 2006. Die toename heeft uiteraard te maken met de uitbreiding van de Raad van Europa zelf, maar dat is geen voldoende verklaring. Steeds meer geschillen zijn vertaald in termen van mensenrechten in het algemeen en de in het EVRM opgenomen rechten in het bijzonder. Dankzij de door het Europees EHRM toegepaste dynamische

² NJCM Bulletin, 1976, nr. 2, p. 4.

interpretatie (het Hof gaat ervan uit dat het verdrag effectief moet zijn en ‘vertaalt’ daarbij als het ware de bedoeling van de opstellers van verdrag uit 1950 naar het heden, of definieert zelf de mogelijke bedoeling) omvat het eigendomsrecht tevens uitkeringen op grond van de AOW,³ en heeft met name de betekenis van het in artikel 8 vervatte recht op privacy en gezinsleven voor grote verrassingen gezorgd.⁴ Nachtvluchten op Heathrow,⁵ weigeren van ex-KGB-ers als werknemers in de private sector in Litouwen⁶: zaken waarvan men verwacht dat ze onder sociale of economische rechten vallen, maar niet direct onder de burgerlijke en politieke rechten van het EVRM. Het is natuurlijk toe te juichen dat het Hof een ruime opvatting hanteert van de aan zijn toetsing toevertrouwde mensenrechten, en ook begrijpelijk omdat het Hof voor veel justitiabelen een laatste mogelijkheid is om recht te halen. Gelet op de overbelasting en het bestaan van andere toezichthouders zou men zich toch ook af kunnen vragen of het verstandig is als het eigen werkterrein zo wordt vergroot. Bovendien lopen de doorlooptijden op, en dat creëert nieuwe (rechts)vragen.⁷ Moeten we niet eerder kijken naar mogelijkheden voor verbetering van het individuele klachtrecht bij schendingen van sociaal-economische rechten, zodat op den duur beter en sneller elders rechtsbescherming kan worden geboden, bijvoorbeeld in het kader

³ EHRM 3 oktober 2000, EHRM 4 juni 2002, *Wessels-Bergervoet v. Nederland*, no. 34462/97.

⁴ Thomassen, W., ‘Six years as a Judge in the European Court of Human Rights 1998/2004: Highlights and Frustrations’, in: *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 22, No. 4, 2004, pp.675-689.

⁵ EHRM 8 juli 2003, *Hatton t. Verenigd Koninkrijk*, no. 36022/97.

⁶ EHRM 27 juli 2004, *Sidabras en Dziautas v. Litouwen*, nr. 55840/00 en 59333/00.

⁷ Zie met name A.F.M Brenninkmeijer in zijn oratie bij het aanvaarden van de Albeda-leerstoel aan de Universiteit Leiden 2003, *Effectieve conflictoplossing bij individuele arbeidsconflicten*. Tevens verschenen als: *Publicatiereeks overheid & arbeid, 2003-17 Inaugurele rede Universiteit Leiden* en in: Vooraf: ‘De paradox van de rechtszekerheid’, *Nederlands Juristenblad*, jaargang 78, nr. 21, 2003, p. 1061.

van het Europees Sociaal Handvest (ESH) of het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten?⁸

Daarnaast wijzen zowel de scheidende als de komende Nederlandse rechter in het Straatsburgse Hof op de druk van zaken die niet ontvankelijk zijn (nog steeds zo'n 90%) en van zaken die in feite te weinig substantie hebben. Tot de laatste categorie behoren de door Myjer als flutklachten bestempelde zaken die niets te maken hebben met belangen die door fundamentele rechten beschermd worden.⁹ Thomassen wijst op een andere categorie, namelijk de zaken die, door aandacht voor procedurele aspecten, worden afgedaan zonder dat gekeken is naar het probleem waar het echt om gaat.¹⁰

Tegen Myjer kan men inbrengen, dat Straatsburg er weliswaar niet voor zweetvoeten zit, maar dat de meest principiële jurisprudentie vaak is ontstaan uit casus waarvan het belang misschien niet direct zo groot was. Tegen Thomassen kan men volhouden dat 'the way to substance goes through procedure'. Dat neemt niet weg dat juist ook de 'substance' van mensenrechten enorm is toegenomen en nog steeds toeneemt. Het lijkt voor het behoud van Straatsburg en andere instanties anders dan 30 jaar geleden van belang dat het 'minder' wordt in plaats van meer, zodat het Hof zich kan beraden op de beste wijze van afdoening van de wél zeer ernstige schendingen die het krijgt voorgelegd. Myjer noemt een aantal zaken die vanuit Nederland kunnen bijdragen aan het indammen van de stroom in Straatsburg, zoals het verbeteren van de nationale infrastructuur, en een grotere terughoudendheid van de advocatuur.

⁸ Zie ook Coomans, A.P.M., 'Een internationaal klachtrecht bij schendingen van sociaal-economische mensenrechten?', *Ars Aequi*, jaargang 52, nr. 1, 2003, p. 22-27.

⁹ Myjer, B.E.P., *Straatsburg zit er niet voor zweetvoeten*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2004, p. 12.

¹⁰ Thomassen, *supra* noot 4.

4. Het eerste door Myjer genoemde punt leidt tot de vraag in hoeverre een Nationaal Instituut voor de Mensenrechten in Nederland die infrastructuur kan verbeteren. Door het ontbreken van een dergelijk Instituut voldoet Nederland immers niet aan de internationale verplichtingen.¹¹ Wat zou zo'n instituut kunnen toevoegen aan de in Nederland bestaande infrastructuur? Leemtes lijken vooral te liggen, naast het behandelen van klachten (hetgeen wat mij betreft bij een dergelijk instituut in Nederland vooralsnog geen prioriteit hoeft te hebben),¹² bij het ondersteunen van slachtoffers van schendingen en bij advisering over en monitoring van de implementatie van mensenrechten in wetgeving en beleid in de nationale context, alsmede in voorlichting en scholing.¹³
- In andere landen vinden we verschillende voorbeelden van een adequaat mensenrechteninstituut: de gekozen modaliteiten hangen samen met de specifieke behoefte in de nationale rechtstelsels en culturen. Er is meer vergelijkend onderzoek nodig naar de samenhang tussen de wijze waarop de internationale verdragen zijn uitgewerkt in een nationale normstelling en een daarop toegesneden handhavingsapparaat. Zo is in enkele landen een mensenrechteninstituut voortgekomen uit een gelijke behandelingsinstituut,¹⁴ maar in die landen is het voorgaande gelijke behandelingsinstituut van een heel ander

¹¹ Deze verplichtingen zijn uitgewerkt in de zgn. *Paris Principles* van de VN: Mensenrechten CommissieVN (*Resolutie 1992/54 van 3 maart 1992*) en de Algemene Vergadering VN (*Resolutie 48/134 van 20 december 1993, annex*) en *General Recommendation No. R (97) 14* of the Committee of Ministers to the member states on the establishment of independent national institutions for the promotion and protection of human rights van de Raad van Europa. Zie ook Emmerik, M.L. van, Smals-van Dijk, C. (eds.) *Een nationale mensenrechtencommissie in Nederland? Handhaving van mensenrechten op nationaal niveau.*, Stichting NJCM-Boekerij, Leiden, 2000.

¹² Zie mijn bijdrage aan de NJCM Studiebijeenkomst 11 nov. 2004, Leiden, *Gelijke behandeling in Europa: een grondrecht apart?* Publicatie wordt in 2005 verwacht.

¹³ Emmerik, M.L. van, en Smals-van Dijk, C. *supra* noot 11.

¹⁴ Hucker, J., 'Whose equality? Some thoughts on Concepts, Mechanisms and Methodology', in: Holtmaat, R. (ed.), *Gelijkheid en (andere) grondrechten*, Kluwer, Deventer, 2004, pp 204-220.

karakter geweest dan onze Commissie gelijke behandeling, met een minder gesloten toetsingskader en bredere wettelijke bevoegdheden bijvoorbeeld. In andere gevallen (zoals Noord-Ierland en Ierland) zien we een naast elkaar bestaan van mensenrechtencommissies en op een bepaald grondrecht zoals gelijke behandeling (maar niet alleen, ook voor privacy b.v.) gerichte gespecialiseerde organen. Welke oplossing voor Nederland de beste is wil ik hier in het midden laten. Daarbij moet uiteraard de door de thans bestaande organisaties geboden bescherming niet minder worden, maar dat hoeft wat mij betreft niet per definitie in te houden dat ook de bestaande structuren het eeuwige leven gegeven moet worden, zoals de redactie van het NJCM-Bulletin wat erg voorzichtig lijkt te menen.¹⁵ Het behoud van instituties kan geen doel op zich zijn bij mensenrechtenbescherming, al kan men begrip opbrengen voor de angst voor afkalving van de bescherming in tijden van bezuiniging.

Ik ben er van overtuigd dat een nationaal mensenrechteninstituut wel kan bijdragen aan een beperking van de stroom zaken naar Straatsburg. Zoals Myjer opmerkt, is er nog niet altijd sprake van structurele en systematische aandacht bij wetgever en rechter voor bijvoorbeeld het EVRM en de implicaties van de arresten van het EHRM voor de rechtspraak¹⁶ en hier kan een mensenrechteninstituut een preventieve rol spelen bij het voorkómen dat klachten nodig zijn (omdat wetgeving in de fase van totstandkoming beter is getoetst aan mensenrechten) en bij het waarborgen dat de klachten op nationaal niveau ook uit mensenrechtelijk perspectief bevredigend kunnen worden afgedaan.

5. Er is niet alleen een enorme toename van de procedures, maar ook van de 'substance' van mensenrechten. Naast de bekende algemene verdragen op

¹⁵ Redactioneel. Een nationaal mensenrechteninstituut: ook voor Nederland?, *NJCM-Bulletin*, 2004, pp. 1081-1083.

¹⁶ Myjer, *supra* noot 9, p. 36-37.

mondiaal en regionaal niveau zijn er steeds meer specifieke uitwerkingen in verdragen, verklaringen, resoluties, actieprogramma's en dergelijke voor verschillende terreinen (bijvoorbeeld milieu of arbeid) dan wel voor verschillende groepen (zoals vrouwen, minderheden, gehandicapten, inheemse volken).¹⁷

Ik kom hier bij een tweede onderwerp uit de eerste NJCM-Bulletins. Er wordt melding gemaakt van de Projectgroep Discriminatie Kleurlingen in Nederland die zich buigt over rassendiscriminatie en van het arrest Defrenne II van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJEG) inzake gelijke beloning m/v.¹⁸

De toename, meer rechten, geldt zeker voor het gelijkheidsbeginsel. Dat leidt tot steeds meer kritiek op het uitdijen van het domein van het gelijkebehandelingsrecht. Niet elke ongelijke behandeling is tevens een schending van het mensenrechtelijk gelijkheids*beginsel*. En de essentie van het gelijkheidsbeginsel ligt misschien toch meer in het accessoire dan in het zelfstandige karakter ervan: het gaat om gelijke rechten op onderwijs, arbeid, zorg enz.¹⁹ Schuyt karakteriseerde het gelijkheidsbeginsel als een preambule.²⁰ Voor een dergelijke fundamentele betekenis moeten we de bescherming van het gelijkheidsbeginsel reserveren voor het tegengaan van structurele, meeromvattende maatschappelijke uitsluiting op basis van irrelevante fundamentele kenmerken. Vanuit die invalshoek kan ik wel leven met de terughoudendheid van het kabinet om uitbreiding van de in artikel 1 Grondwet genoemde gronden, al acht ik bij het kenmerk waar het bij dit

¹⁷ Zie voor een overzicht: McKay, F. en Kambel, E.-R. (eds.), *De Internationale rechten van Inheemse Volken en Marrons in Suriname, Een Compilatie van Basisdocumenten*, SIM special no. 28, Utrecht, 2004.

¹⁸ Cramer, F., Gelijke beloning voor mannen en vrouwen, *NJCM-Bulletin*, 1976, nr. 2, pp. 5-7.

¹⁹ Ik vroeg hier ook aandacht voor in mijn afscheidscollege in Leiden, zie: Goldschmidt, J.E., 'Het grotere gelijk: alternatieven voor een destructieve verabsolutering van het gelijkheidsbeginsel', *NJCM-Bulletin*, 2004, pp. 782-792.

²⁰ Schuyt, C.J.M., Artikel 1 lezing getiteld: 'Artikel 1 van de Grondwet, discriminatie en de dynamiek van de sociale onderscheidingen', Utrecht, 17 februari 2004.

kabinetsstandpunt over gaat (handicap of chronische ziekte) mensenrechtelijke bescherming wél geboden.²¹ De terughoudendheid van het kabinet hangt samen met het belang dat gehecht wordt aan een gedifferentieerde toetsing en daar kan ik mij geheel in vinden. Bij de toetsing moet verschil gemaakt worden tussen 'gewone' ongelijke behandeling en een mensenrechtelijke schending van het gelijkheidsbeginsel. Het ontbreken van een mensenrechtelijke grondslag is niet hetzelfde als het ontbreken van iedere rechtsgrond: er zijn genoeg zaken die niet voldoen aan een aan gelijkheid als beginsel te stellen criterium, maar die wel in strijd zijn met 'gewone' regels of beginselen zoals het willekeurverbod, en het daarin besloten verbod op ongerechtvaardigde ongelijke behandeling.²² Wie zich bezig houdt met gelijke behandeling moet die nuancering aanbrengen en mogelijkheden hebben om die te kunnen aanbrengen. Zolang bijvoorbeeld de Commissie gelijke behandeling (CGB) alleen mag toetsen aan specifieke wetten (en de leden in eerste instantie geselecteerd worden op die specifieke deskundigheid) lijkt zij daartoe in sommige gevallen weinig ruimte te hebben. Men kan, mét Gerards ook op goede gronden aangeven dat de CGB zélf ruimte kan en moet nemen om aandacht te besteden aan de aard en het gewicht van het aangetaste belang en aan de ernst van de aantasting om dit belang tegenover het ingeroepen grondrecht te plaatsen.²³ Dit is temeer pure noodzaak nu, vaak als gevolg van internationale verplichtingen, het aantal discriminatiegronden in de Nederlandse wetgeving drastisch is uitgebreid. Méér gelijkheidsnormen

²¹ Nota mogelijke uitbreiding artikel 1 Grondwet, Tweede Kamer 2003/2004, 29 335, nr. 7.

²² Ik verschil hier van mening met Rikki Holtmaat, *Grenzen aan gelijkheid*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2004, p. 10, waar zij in haar kritiek op het oordeel van de Commissie Gelijke Behandeling over deze problematiek stelt dat aan het dwingen tot gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de medaille-eisen bij de Vierdaagse *iedere* rechtsgrond ontbreekt (oordeel 2004-6, en later ook 2004-175).

²³ Gerards, J., 'Grondrechten en het recht op gelijke behandeling', in: Holtmaat, R.(red.) *Gelijkheid en (andere) Grondrechten*, Kluwer, Deventer, 2004, p. 97-120 op p. 119.

betekenen tevens méér flutzaken (uit *mensenrechtelijk* oogpunt: daarmee wil ik niets zeggen over het belang voor een individuele justitiabele!): korte broeken voor de postbode, een vierdaagse speldje voor mannen of een gering aantal vakantiedagen meer of minder voor ouderen. Deze zaken kunnen slechts op een geloofwaardige wijze worden afgedaan via de door Gerards bepleite belangenafweging waarbij proportionaliteit een grote rol speelt.

Almaar méér bescherming van flutbelangen (uit mensenrechtelijk oogpunt) leidt onvermijdelijk tot minder aandacht voor fundamentele belangen. Al was het maar omdat de publiciteit met flutzaken aan de haal gaat. In 1976 werd in de Defrenne zaak de ongelijke beloning van Belgische stewardessen aan de kaak gesteld... helaas moest de CGB in 2003 wederom oordelen dat Nederlandse stewardessen nog steeds, vele arresten later, ongelijk beloond werden, en niet zo'n beetje ook.²⁴ De wijze waarop dat gebeurt is complexer geworden, maar de omvang van deze fundamentele ongelijkheid is er niet minder om. Het voortbestaan van dit soort hardnekkige structurele vormen van discriminatie krijgt minder aandacht als gelijke behandeling op steeds meer gronden geboden is, en in de publiciteit vooral wordt belicht aan de hand van triviale casus als hierboven vermeld. Het Europees gemeenschapsrecht betreft een heel breed scala aan vormen van verboden onderscheid, zoals onderscheid op grond van de al dan niet tijdelijke aard van een arbeidscontract. Het is te hopen dat de EU zelf een duidelijk verschil ziet en kenbaar maakt tussen dit soort (op zich goede) regelingen en het bevorderen van de in het Handvest opgenomen fundamentele rechten (art. 21) om inflatie te voorkomen.

6. Met het toenemend aantal discriminatiegronden komen meer classificaties in de taboesfeer terecht waarbij vergeten lijkt te worden dat het recht een 'system of classification' is, en dat we de classificaties en daarbij behorende generalisatie

²⁴ Commissie Gelijke Behandeling, oordelen 2003-23 t/m 35.

nodig hebben om greep te krijgen op de complexe werkelijkheid.²⁵ Leeftijd is een voorbeeld van een classificatie die soms het minst onredelijk is, ook wel eens leidt tot een verschil in behandeling over de draaglijkheid waarvan men kan twisten, in andere gevallen willekeurig is, en tenslotte op bepaalde terreinen ten onrechte een beperking van fundamentele rechten teweegbrengt.²⁶ Bij de toetsing moet door het hanteren van een zekere proportionaliteit dat verschil zichtbaar gemaakt worden.

7. In dezelfde zin kan nationaliteit als criterium niet altijd gemist worden, maar tegelijkertijd kan met recht worden gesteld dat het in sommige gevallen leidt tot ongerechtvaardigde fundamentele uitsluiting.²⁷ Van verschillende kanten is gewezen op de negatieve implicaties van uitsluiting van derdelanders voor een sociaal rechtvaardig Europa.²⁸ Dat nationaliteit in veel gevallen een geschikt ordeningscriterium kan zijn en dat het conceptualiseren van gelijkheid hier een complexe zaak is, mag geen reden zijn om het probleem maar te laten liggen. De meest recente General Recommendation van de Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), het Comité dat toeziet op de naleving van het Verdrag tot uitbanning van rassendiscriminatie, heeft betrekking op discriminatie van niet-onderdanen en geeft een genuanceerde uitwerking aan de verplichtingen van staten om de rechten van niet-burgers te respecteren en op oneigenlijke gronden een nationaliteit te onthouden. Daarbij wijst het Comité erop dat het

²⁵ Zie de in het voetspoor van Smart en Loenen in mijn tweede oratie gegeven analyse. Goldschmidt, *supra* noot 1, pp. 48-49.

²⁶ Zie ook conclusie van Advocaat-generaal Keus bij HR 8-10-2004, zaak C03/133, LJN: AP0425, onder nr. 2.22.

²⁷ Holtmaat, *supra* noot 22, p. 16 e.v.

²⁸ Zie met name Hepple, B., 'Race and Law in Fortress Europe', in: *The Modern Law Review*, Vol. 67, no.1, January 2004, pp. 1-15.

onthouden van burgerschap kan leiden tot een met het Rassenverdrag strijdige benadeling bij arbeid of sociale voorzieningen.²⁹ Al is enige vorm van classificatie helaas een noodzakelijk kwaad, daarom is zorgvuldig en proportioneel gebruik wel geboden. Zo kan recht worden gedaan aan het feit dat nationaliteit niet alleen een uitsluitend criterium is, maar ook bescherming biedt aan burgers, welke nu eenmaal niet onbeperkt mogelijk is én die burgers verplichtingen oplegt. Dat men daarbij op grond van een enkel (onbeïnvloedbaar) feit als de eigen geboorte beter of slechter af is, kan met recht onrechtvaardig geacht worden, maar wie streeft naar een wereldwijde meer gelijke en rechtvaardige verdeling van macht en inkomen kan toch in het algemeen beter op basis van andere fundamentele rechten, zoals het recht op een menswaardig bestaan, de internationale samenwerking bevorderen en de bescherming van rijke markten ter discussie stellen, dan op grond van het gelijkheidsbeginsel pleiten voor een absoluut verbod op het hanteren van nationaliteit.

8. Bij de totstandkoming van de VN-verdragen was de Tweede Wereldoorlog met de grootst denkbare schendingen van mensenrechten van met name (maar niet uitsluitend) specifieke groepen een belangrijke drijfveer. Vanuit de meest getroffen groepen is toen met succes gepleit voor een algemene aanpak van discriminatie, in plaats van één die zich richtte op de specifieke vormen. Gerhart Riegner, die namens het Joods Wereldcongres een actieve rol speelde bij de totstandkoming van de VN-covenanten, benadrukt hoe zeer de inzet was te komen tot 'un régime global et universel d'égalité'.³⁰ 60 jaar later, anno 2004, zien we daarentegen steeds méér aandacht voor specifieke groepen. Dit is in die zin positief, dat zo wordt voorkomen dat verschijningsvormen waar bepaalde groepen wel, en andere niet mee te maken hebben aan het licht komen. Denk aan de problematiek van Roma en Sinti, niet

²⁹ Committee on the Elimination of Racial Discrimination, General Recommendation 30 (2004), Discrimination against non-citizens, CERD/c/64/Misc.11/rev.3 onder no. 15.

³⁰ Riegner, G.M., *Ne jamais désespérer*, Les Editions du Cerf, Paris, 1998, p. 263.

alleen in Oost-Europese landen, die lang onzichtbaar was.³¹ Of aan islamofobie, die 60 jaar geleden nog geen rol speelde. Intussen heeft de Islam een plaats op het wereldtoneel opgeëist die dwingt tot het herdoordenken van de oude vragen over minderheden in de nationale staten, al was het maar omdat de scheiding van kerk en staat vanuit deze religie mogelijk andere vragen oproept.³² De grotere bekendheid met de vormen van discriminatie van bepaalde groepen heeft echter weer geleid tot een toenemend aantal op specifieke groepen gerichte aanbevelingen e.d., zoals tegen islamofobie en antisemitisme. Daarmee ontstaat het risico dat de verschillende vormen van rassendiscriminatie als specifieke problemen van de betreffende groep worden gezien en dat de zwarte piet (als ik die term hier mag gebruiken) van de ene naar de andere groep wordt gespeeld, liefst in de vorm van een wederzijds 'blaming of the victim'. De samenhang tussen beide verschijnselen blijft zo onzichtbaar.³³

In het mensenrechtelijk debat zal een herbezinning moeten komen over de wenselijkheid en houdbaarheid van deze steeds verdergaande differentiatie tussen vormen van onderscheid, om te komen tot een bruikbare conceptueel kader voor het toepassen van het gelijkheidsbeginsel. Meer differentiatie betekent niet automatisch betere bescherming. Het mag hier wel wat minder zijn.

³¹ Rodrigues, P.R. en Matelski, M., *Monitor racisme en extreem-rechts, Cahier nr. 3 Roma en Sinti*, Anne Frank Stichting, Amsterdam /Universiteit Leiden, 2004.

³² Zie verschillende bijdragen aan de staatsrechtconferentie 2001, in: Kroes, M., Loof, J.P. en Ten Napel, H-M.Th.D. (redactie), *Gelijkheid en rechtvaardigheid. Staatsrechtelijke vraagstukken rondom 'minderheden'*, Kluwer, Deventer, 2002.

³³ Zie ook Rodrigues, P.R., 'Islamofobie en antisemitisme: een paar apart?', *NJCM-Bulletin*, 2004, p. 999-1001, die wijst op de overeenkomsten en beide kenschetst als twee zijden van dezelfde medaille.

9. Ik kom bij het derde thema dat in 1976 wordt genoemd: het NJCM-Bulletin maakt melding van een in Nijmegen gehouden congres over terreur.³⁴ '11 september' vormt een onmiskenbaar landmark, ook in het mensenrechtendebat. Belangrijk aspect daarbij is de machteloosheid van de staat tegen dergelijke desastreuze aanslagen die anders dan toen, vaak v er van het huis van de daders worden gepleegd. Ook de islam als politieke macht voegt een nieuwe aspect toe. In de aanpak van terrorisme hebben we bovendien in sterke mate te maken met internationale dimensies.

Waar de daders doorgaans tot de slachtoffers van hun eigen terreurdaden behoren, biedt het achteraf in te zetten strafrecht geen soelaas. Ook door de mogelijkheden van ICT is terrorismebestrijding in deze context een lastig te vatten probleem geworden, waarbij de 'daders' die aangepakt zouden moeten worden niet altijd identificeerbaar zijn.³⁵

Een fundamentele vraag is in welke vorm verplichtingen van de staat geconceptualiseerd kunnen worden om een effectieve bescherming tegen deze inbreuken op het ook mensenrechtelijk verankerde recht op veiligheid te bieden. De mensenrechtelijke normen impliceren voor staten naast negatieve verplichtingen om zich te onthouden van inbreuken op rechten van burgers (to respect) ook positieve verplichtingen om actief rechten te garanderen en daadwerkelijk te bevorderen (to protect en to fulfill), maar bij de invulling van deze verplichtingen die aan staten zijn opgelegd is eigenlijk vooral rekening gehouden met verplichtingen van de staat zelf of verplichtingen die de staat aan private actoren kan opleggen. Hoe om te gaan met andere actoren?

10. Sinds 11 september staat dit onderwerp hoog op de agenda en overheerst de angst: wat staat ons te wachten en hoe kunnen we ons wapenen tegen dit soort acties?

³⁴ *NJCM Bulletin*, 1976, nr. 2, p. 7.

³⁵ Zie ook: Knoops, B.J. en Stuurman, C., 'Kroniek van het ICT-recht , Megatrends in 2002 en 2003', *NJB*, 2004, p. 539-547, m.n. 542-544.

Maar ook de angst voor tweedeling in de samenleving, de angst van de niet-terroristische moslims voor stigmatisering, discriminatie en tegen hen gericht geweld. In Nederland is die angst na 2 november '04 realiteit geworden. Het is de angst om onbeschermd te zijn. De Freedom from fear is één van de Four Freedoms die Roosevelt in 1941 proclameerde als hoekstenen voor een vreedzame toekomst in een wereldorde waarin vrije staten samen werken. Hij refereerde aan geweld door en tegen staten. De andere door hem als kern genoemde vrijheden: zijn de vrijheid van meningsuiting, de vrijheid van godsdienst, en het vrij-zijn van gebrek. Actueler kan het bijna niet. In die vier vrijheden ligt de universaliteit en de inclusiviteit van mensenrechten besloten: de ondeelbaarheid van de klassieke en sociale rechten, en de individuele en collectieve.³⁶ Zij hangen onlosmakelijk samen en het vinden van een balans tussen de bescherming van de verschillende rechten is essentieel.

Wie gevrijwaard wil zijn van vrees moet zich verdiepen in de, geenszins eenduidige, motieven en beweegredenen van de aanvallers. Ignatieff onderscheidt daartoe verschillende typen terrorisme, afhankelijk van de politieke argumenten die de terroristen hanteren.³⁷ Sommige groepen richten zich tegen koloniale overheersing, bezetting of tegen het onthouden van rechten aan etnische groepen en kunnen gezien worden als zich baserend op een beroep op het recht op zelfbeschikking. Bij andere gaat het om minder duidelijk omliggende motieven bij welke soms wel een vager notie van wereldomvattende sociale en economische rechtvaardigheid een rol speelt. In die gevallen wordt terrorisme verdedigd met een op het gelijkheidsbeginsel gebaseerde retoriek: op de ongelijke verdeling van macht en fundamentele rechten en vrijheden, zoals het recht op zelfbeschikking, en de het recht op voedsel. Van Genugten wijst dan

³⁶ Zie ook: De Waart, P., *Mensenrechten, Mensenwerk*, Uitgeverij Kok, Kampen, 1996.

³⁷ Ignatieff, M., *Het minste kwaad, Politiek en moraal in het tijdperk van het terrorisme*, Cossee, Amsterdam, 2004, p. 119 e.v.

ook, naar aanleiding van een eerdere analyse van Ignatieff van de relatie tussen mensenrechten en terreur, op het belang van erkenning van de collectieve rechten naast de individuele mensenrechten o.a. omdat in de ogen van de islamitische wereld het rijke westen arm/rijk verschillen in stand houdt.³⁸ Terrorisme kan in deze optiek niet alleen gezien worden als de grote bedreiging van onze fundamentele rechten, maar ook als het claimen van collectieve rechten. Voortdurende aantasting van het recht op zelfbeschikking en het recht op een menswaardig bestaan kan terroristische groepen in de kaart spelen.

Ook het gevoel dat men wezenlijk wordt belemmerd in de andere door Roosevelt genoemde rechten kan dat risico meebrengen, zeker waar dat de collectieve en individuele identiteit raakt.

Ik kan het niet mooier zeggen dan Buruma: 'het gaat om mensen die hun identiteit- in de zin van hun leven- ontlenen aan de betekenis van hun godsverering. In een tolerant land moet men enig respect opbrengen voor wat de onbegrijpelijke ander werkelijk raakt. Doen we dat niet dan wekken we zelf de indruk dat onze rechtsorde de hunne niet is.'³⁹ Als bijkomende factor noemt hij dat alleen bij erkenning van het belang van het religieuze van de groep verwacht kan worden dat zij de waanzinnigen in eigen kring in toom houden. Wederkerigheid is essentieel: wie zich niet beschermd voelt in zijn fundamentele rechten zal minder geneigd zijn die van anderen te respecteren, of om in eigen kring dissidenten te

³⁸ Van Genugten, W., 'Ignatieffs observaties en dilemma's onder een internationaalrechtelijk vergrootglas', in: Ignatieff, M. e.a., *Mensenrechten en terreur*, Uitgeverij Damon, Budel, 2002, p. 84-104.

³⁹ Ybo Buruma, Sta even niet op de bres voor het vrije woord, NRC 16 november 2004.

accepteren en een open debat te voeren,⁴⁰ en mensen uit eigen kring aan te spreken op schendingen van rechten van anderen. Uiteraard kan religie geen vrijbrief zijn om fundamentele rechten te schenden. De fundamentele vrijheid van godsdienst en de daarmee samenhangende rechten en vrijheden gelden niet onbeperkt. De discussie of de vrijheid van meningsuiting prevaleert boven godsdienstvrijheid of het gelijkheidsbeginsel is daarom in zekere zin een non-discussie.

11. Laten we in dit verband kijken naar de vrijheid van meningsuiting, de eerste vrijheid die Roosevelt noemt.

Deze vrijheid is onmisbaar in een democratie. Als we het niet eens zijn met de overheid of met elkaar moeten we daar open over kunnen praten en dat betekent ook: kunnen provoceren en choqueren. Als we daarin te ver gaan en rechten van anderen aantasten kunnen grenzen gesteld worden en dat doen de wet en de rechter ook in de praktijk. Wie vindt dat iemand misbruik heeft gemaakt van zijn vrijheid van meningsuiting, dus de grenzen van het toelaatbare heeft overschreden, wordt geacht zich tot de rechter te wenden. Zo simpel ligt het....of toch niet? De voorgaande redenering is om meerdere redenen voor nuancering vatbaar. Ten eerste gaan hij uit van de veronderstelling dat we allemaal even goed gebekt zijn en snel en doeltreffend verbaal kunnen reageren. Verder lijkt het niet realistisch om ervan uit te gaan dat iedereen meteen naar de rechter zal stappen, waarbij terecht door Buikhuisen is opgemerkt dat de gang naar de

⁴⁰ Ik kan op het aspect van de noodzaak van het stimuleren van het interne debat hier niet verder in gaan, zie hierover o.a. Gaay Fortman, B. de, 'Quod Omnes Tangit', Inaugural Address on Accepting the Msgr. Willy Onclin Chair 2004 at the Catholic University of Louvain, published in: Torfs, R. (ed.), *Canonical Testament*, Peeters, Louvain, 2004, pp. 23-45 en Goldschmidt, J.E., 'The importance of semi-autonomous fields', in: Bakker, E. and Bomers, J. (eds.), *'New minorities': Inclusion and Equality*, Netherlands Helsinki Committee, The Hague, 2003, pp. 23-26.

rechter voor allochtone minderheden nog hogere drempels heeft door culturele, psychologische en taalkundige barrières en dat hier dus de facto sprake is van een verschil in rechtsgelijkheid.⁴¹ Dat is een belangrijk argument voor een laagdrempelige instantie à la Commissie gelijke behandeling die individuele leden van niet-dominante groepen een forum biedt om hun eigen geluid te laten horen en een onpartijdig oordeel te vragen. Veel klachten over ongelijke behandeling zouden anders onzichtbaar blijven omdat ze nooit de rechter bereiken, terwijl ze niet als flutklachten kunnen worden afgedaan, al was het maar omdat ze een signaal afgeven.⁴² Maar los daarvan is de vraag of je alles móet zeggen wat je wilt, zolang de rechter het niet verboden heeft. De grenzen van het fatsoen hoeven niet samen te vallen met de grenzen van het recht. Meningsuitingen mogen provoceren, wakker schudden, debat uitlokken en dan is harde taal soms functioneel, maar er zijn ook voorbeelden dat de wijze waarop het recht wordt gebruikt eigenlijk niet meer geacht kan worden het doel van de vrije discussie, de uitwisseling van ideeën, te dienen, omdat het taalgebruik hooguit de medestanders aanspreekt, maar anderen zich juist doet afkeren van de spreker en zijn boodschap. Dan is de vraag niet: 'mág dat?' maar: 'Móet dat? Kan het niet wat minder?' en in die gevallen is het aan iedere burger de ander aan te spreken op goed fatsoen, zeker als men kan weten dat de woorden vooral mensen treffen die kwetsbaar zijn in onze samenleving. Het kan niet zo zijn, dat het feit dat er een gang naar de rechter mogelijk is, de burger ontslaat van de eigen verantwoordelijkheid. Vraag is daarbij of we niet ook voor de overheid een plicht kunnen duiden om te bevorderen dat de gang naar de rechter blijft wat het moet zijn: ultimum remedium.

⁴¹ W. Buikhuizen, OM moet alerter zijn, NRC 17 november 2004..

⁴² Dit is één van de redenen waarom ik aarzel de suggestie van Harry v.d. Haak over te nemen om de oordelen de taak van de CGB over te hevelen naar een gespecialiseerde rechtbank, zie Haak, H.F. van den, *Rechter en/of Commissie gelijke behandeling? Ofwel Vonnis of oordeel?* Uitgave ter gelegenheid van het afscheid van mr. A.J.W.M. Jurgens als president van het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch, Hapert, 2002.

12. Al zijn Roosevelt's vier vrijheden nog zo actueel, de context is fundamenteel veranderd door de confrontaties met terrorisme. Roosevelt richt zich op de staat en het is juist de staat die onvoldoende bij machte is gebleken burgers te beschermen tegen terrorisme.⁴³ Daarnaast is genoegzaam bekend, dat inbreuken op mensenrechten niet alleen van staten komen. De rol van staat in mensenrechtenbescherming verandert zodoende aan twee kanten: er is sprake van een toenemende macht van andere groepen binnen de staat, wat aan de ene kant tot gevolg heeft dat meer derdenwerking geboden is (door middel van positieve verplichtingen moet de staat garanderen dat burgers effectieve bescherming hebben tegen inbreuken door derden op fundamentele rechten) en aan de andere kant dat de staat zich moet verweren tegen externe bedreigingen die uit een andere bron dan van andere staten komen. Dit laatste aspect heeft tevens belangrijke implicaties voor de internationale dimensie van mensenrechten, waar die gebaseerd is op de samenwerking tussen staten, en komt dan ook aan de orde in het door Kofi Annan ingezette debat over hervormingen in de VN, en de vraag naar een herpositionering van NGO's in de internationale structuur.⁴⁴ Kunnen we als we een prominenter rol voor andere actoren inruimen deze ook een vergelijkbaar soort plichten opleggen als nu aan staten?

⁴³ Overigens is de discussie over wat de staat wel kan doen al langer aan de gang: zie Schuyt, C.J.M., 'Denken en discussiëren over terreur', en het in dit artikel besproken boek, in: *Delikt en delikwent*, jaargang 9, 1979, p. 529-542.

⁴⁴ Zie: Leurdijk, D. A., 'Kofi Annan's pleidooi voor 'radicale hervormingen' van de VN', *Internationale Spectator*, jaargang 57, nr. 2, februari 2004, pp. 84-89 en het inmiddels verschenen Report of the Secretary-General's High-level Panel on Threats, Challenges and Change, *A more secure world: our shared responsibility*, United Nations, New York, december 2004, o.a. p. 79.

13. Het garanderen van veiligheid, van 'freedom from fear', is een plicht van de staat, die in verschillende verdragen is geconcretiseerd. En ook hier geldt dat het bevorderen van de ene vrijheid de andere kan beperken, en is de vraag hoever de beperking mag gaan. Méér nog dan in welke andere context dan ook geldt hier dat, in de woorden van Ignatieff, mensenrechten bepalend zijn voor datgene wat we zouden moeten verdedigen, en tegelijkertijd onze handen binden wanneer we onszelf proberen te verdedigen: hij maakt de vergelijking met Odysseus die zichzelf aan de mast vastbindt om niet te worden verleid. In sommige gevallen kunnen we echter niet aan de mast gebonden blijven, aldus nog steeds Ignatieff en hij werkt deze stelling uit in een politiek van het minste kwaad, door grenzen en voorwaarden te stellen aan de inbreuken die gelegitimeerd zijn in de context van terrorisme bestrijding.⁴⁵ Dat betekent dat onder omstandigheden een verschuiving kan optreden in de richting van oorlogsrecht of humanitair recht waarin meer uitzonderingen en beperkingen op fundamentele rechten zijn toegestaan maar dat er wel een minimum bescherming geboden blijft. Misschien kan het soms inderdaad wat minder zijn, maar aan dat mindere kan niet getornd worden. Ik zie veel heil in deze weg. Als we onze fundamentele rechten overboord zetten, gooien we weg wat we willen verdedigen en wat ons legitimeert om maatregelen te nemen tegen terrorisme.⁴⁶ Dit is makkelijker gezegd dan gedaan, dat realiseer ik mij ten volle. Ik heb, anders dan U wellicht had gehoopt, geen pasklare oplossing. Ik wil slechts zonder enige volledigheidspretentie een paar punten noemen uit de criteria die de grenzen bepalen of zouden moeten bepalen. Deze zijn, behalve in wetenschappelijke literatuur en commentaren, te vinden in recente rapporten en documenten zoals de Richtlijnen die de Raad van Europa

⁴⁵ Ignatieff, 2004, *supra* noot 37 en Ignatieff, 2002, *supra* noot 38, p. 7.

⁴⁶ Zie het Report of the Secretary-General's High-level Panel on Threats, Challenges and Change, *A more secure world: our shared responsibility*, United Nations, New York, december 2004, p. 48.

heeft opgesteld,⁴⁷ het rapport van de International Bar Association,⁴⁸ het commentaar van het netwerk van mensenrechtenexperts van de EU,⁴⁹ en de Berlin Declaration van de International Commission of Jurists.⁵⁰

Voorafgaand een paar algemene opmerkingen.

Ten eerste: recente ontwikkelingen en aanslagen wakkeren de roep om snelle maatregelen aan, om erger te voorkomen. Van aldus haastig getroffen maatregelen, wordt vervolgens vaak aangenomen dat ze ook doeltreffend zijn. Daarin schuilt volgens mij een van de grootste problemen: we weten pas achteraf of inbreuken en beperkingen op rechten het grotere doel ook inderdaad gediend hebben. Juist daarom past terughoudendheid bij met grote spoed genomen maatregelen en zou je daar op zijn minst een evaluatiemoment bij moeten inbouwen om te zien of de verwachting wel terecht is geweest. Liever nog: even tot tien tellen.

Een tweede waarschuwing heeft betrekking op het verminderen van controle en toezicht op het verzamelen en koppelen van gegevens. Wie wel eens te maken heeft gehad met een onjuiste vermelding van de eigen gegevens weet hoe Kafka-achtig moeilijk het kan zijn om zoiets te doen herstellen. Koppeling van

⁴⁷ Guidelines on human rights and the fight against terrorism, adopted by the Committee of Ministers on 11 July 2002, te vinden in *The Fight against terrorism, Council of Europe Standards*, 2nd Edition, Council of Europe Publishing, Strasbourg, September 2004.

⁴⁸ Report by the International Bar Association's Task Force on International Terrorism, *International Terrorism: legal Challenges and Responses*, Transnational Publishers, Ardsley, NY, 2003.

⁴⁹ E.U. Network of Independent experts in Fundamental Rights, *The Balance between freedom and security in the response by the European union and its member states to the terrorist threats*, Office of Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2003.

⁵⁰ Aangenomen op 29 augustus 2004, te vinden op de website van de ICJ: <http://www.icj.org/> en zie ook: het verslag van deze conferentie in *NJCM-Bulletin*, 2004, p. 1076-1078.

gegevensbestanden maakt dat nog erger. Van Gunsteren noemt dit dan ook terecht als een van de grote gevaren van de veiligheidsstaat die vooral onschuldige burgers treffen.⁵¹

Ten derde kan men vraagtekens kan zetten bij de tijdelijkheid van als tijdelijk gepresenteerde maatregelen. Bij het opschorten van rechten kan de uitzondering makkelijk regel worden.

14. En dan nu de grenzen en voorwaarden die mensenrechten opleggen aan maatregelen tegen terrorisme. Een eerste grens is gelegen in een beperkt aantal absolute rechten, waar nooit, dus ook niet bij terrorismebestrijding, een inbreuk op is toegestaan en dat is met name het geval bij het verbod om te martelen. Waarom zou je niet door één persoon te martelen een veelvoud aan levens mogen redden? Omdat dit een niet te beantwoorden vraag is: immers, wat is de waarde van door foltering verkregen 'bewijs'? Juist hier speelt dat we pas achteraf met zekerheid weten of een dergelijke onherstelbare inbreuk op het allerfundamenteelste recht geleid heeft tot het voorkomen van als omvangrijker te beschouwen inbreuken (ik ken overigens geen voorbeelden waar dat het geval was of geweest had kunnen zijn) en bovendien komen we op een hellend vlak: waarom dan niet een beetje martelen als iemand misschien iets weet of weet wie iets weet of iemand kent die misschien enz.
15. Een tweede randvoorwaarde is dat duidelijk moet zijn wat bedoeld wordt met de gehanteerde begrippen. Vaak wordt geen definitie gegeven van terrorisme of terroristische acties of alleen een heel algemene omschrijving, die het risico mee brengt van 'overinclusiveness': ook zaken die niets te maken hebben met terrorisme worden eronder gebracht. Zo kan in sommige landen de politieke oppositie aan banden gelegd worden en zo kan ook kritiek op de aanpak van

⁵¹ Herman van Gunsteren, De gevaren van de veiligheidsstaat, Volkskrant, 13 november 2004.

terrorisme zelf geweerd worden. En zo kunnen maatregelen voor misdaadbestrijding die eerder op verzet stuitten alsnog worden doorgedrukt.⁵² Dit is naar het oordeel van de International Bar Association het geval in de EU (meer dan in andere regionale organisaties), waar meteen na 11 september een pakket vèrgaande maatregelen werd aangenomen, waarvan de meeste, zoals het Europees arrestatiebevel, al eerder in de pijplijn zaten.⁵³ Dit lijkt mij een riskante ontwikkeling, terwijl ik ook oog heb voor de noodzaak die soms wel bestaat om snel te kunnen handelen. Dat schept een behoefte aan zo duidelijk mogelijke kaders die grenzen stellen aan overhaast handelen en ruimte laten voor noodzakelijk ingrijpen, en definities zijn daarbij mogelijk van belang: juist op dit punt uit de Bar Association kritiek op de EU omdat deze onnodig breed is, zodat bijvoorbeeld het beschadigen van een bus tijdens een politieke demonstratie eronder kan vallen: dit moet dus minder zijn. Het is mijns inziens een verplichting van elke lidstaat om zelfstandig te blijven toetsen of recht wordt gedaan aan mensenrechtelijke kaders, in dit geval bijvoorbeeld aan de één maand na de EU Framework Decision aangenomen Richtlijnen van de Raad van Europa waar alle EU staten deel van uitmaken, en te zorgen voor optimale bescherming. Nederland mag zich daarbij niet verschuilen achter het gemeenschappelijk communautair beleid. Overigens wordt er in het rapport van het High-Level Panel op gewezen dat bij een definitie geen onderscheid gemaakt kan worden tussen niet-statelijke en statelijke actoren: ook de eerste moeten zich aan de juridische normen houden.⁵⁴

⁵² International Bar Association *supra* noot 49, p. 34.

⁵³ International Bar Association *supra* noot 49, pp. 34-36.

⁵⁴ Report of the Secretary-General's High-level Panel on Threats, Challenges and Change, *A more secure world: our shared responsibility*, United Nations, New York, december 2004, pp. 51-52.

16. Een volgend aspect is dat ook bij maatregelen tegen terrorisme een minimum aan wettelijke bescherming en toezicht moet zijn. Daarom verzet ons rechtsgevoel zich tegen het *incommunicado* isoleren van verdachten van terrorisme. Ook zij hebben recht op een eerlijk proces, hetgeen hoge eisen stelt aan de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. Juist in tijden van terrorisme moet de rechter de moed opbrengen om de rechtsstaat te beschermen. Barak noemt dit de ultieme test van onafhankelijkheid en onpartijdigheid voor de rechterlijke macht.⁵⁵ De waarschuwing die van Gunsteren laat horen aan de politiek geeft Barak aan de rechter: fouten overleven de noodtoestand, en vormen een blijvende aantasting van het rechtssysteem. Daarom is het van belang dat een klacht van Volkert van der G. over het cameratoezicht in de gevangens in Straatsburg is onderzocht, en de uitslag geeft aan dat daarmee ook een effectieve bestrijding van dit soort aanslagen op de veiligheid samen kan gaan met een dergelijk toezicht: het EHRM oordeelde Volkert v.d. G. niet ontvankelijk omdat inbreuk op het in artikel 3 EVRM vervatte martelverbod in dit geval niet aan de orde was, en achtte voorts, gelet op de proportionaliteit tussen het misdrijf waar hij van verdacht was en de inbreuk op zijn privacy, het toezicht met oog op dat laatste recht toelaatbaar op grond van artikel 8 EVRM.⁵⁶
17. Het laatste aspect dat ik in het kader van mensenrechtelijke kanten van terrorismebestrijding wil noemen is wat in het Engels heet *racial profiling*: de maatregelen richten zich specifiek op een bepaalde, in raciale termen omschreven, risicogroep. Zo wordt in de Brief aan de Tweede Kamer van de Ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken over terrorismebestrijding expliciet over islamitische terroristen gesproken.⁵⁷ Maar ook als niet direct verwezen wordt

⁵⁵ Barak, A., 'A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy', in: *Harvard Law Review*, Vol. 116, Issue No. 1, 2002, pp.16-112.

⁵⁶ EHRM 1 juni 2004, *Volkert van der Graaf t. Nederland*, no. 8704/03, ook in: *NJCM-Bulletin*, 2004, p. 838-844, met noot E. Myjer..

⁵⁷ Tweede Kamer 2003-2004, 29 254, nr. 1, p. 2.

naar een bepaalde bevolkingsgroep kan een daderprofiel een stigmatiserend effect hebben. Dat effect kan breder zijn dan de groep waaronder men de dader in eerste instantie zoekt. Het is bijvoorbeeld niet te zien of iemand islamitisch is en ook andere joodse, Noordafrikaanse of Aziatische minderheden kunnen getroffen worden door maatregelen gericht op het opsporen van extremistische netwerken: deze vorm van overinclusiviteit leidt tot een gefundeerde angst bij grote groepen om buiten gesloten te worden en ongefundeerde angst bij anderen die bijvoorbeeld in elke moslim een terrorist menen te zien.

18. Edley (voormalig adviseur van Clinton) noemt maar liefst zes argumenten tegen *racial profiling*:

- de veronderstelde samenhang is vaak niet aanwezig: het risico van schijnverbanden is groot;
- vals positieven ondermijnen de effectiviteit van de profilering;
- mede daarom is profilering onrechtvaardig;
- de gevolgen voor de betreffende groep zijn niet te overzien;
- er ontstaan bij de functionarissen die werken met raciaal bepaalde daderprofielen stereotype beelden die zich doen gelden op andere terreinen dan het terrein waar ze voor bedoeld waren (bijvoorbeeld bij verkeerscontroles);
- het leidt tot een vèrgaande maatschappelijke onrechtvaardigheid die op den duur heel kostbaar is.⁵⁸

Edley geeft daarbij aan dat de voorstanders van racial profiling vooral behoren tot groepen, die verwachten er zelf geen last van te hebben. Dat sluit aan bij de meer algemene bevinding dat de mate waarin men een beperking van fundamentele

⁵⁸ Edley, C. Jr., 'The New American Dilemma: Racial Profiling Post -9/11', in: Leone, R.C. and Anrig, G. Jr. (eds.), *The War on Our Freedoms. Civil Liberties in an Age of Terrorism*, Public Affairs, New York, 2003, pp. 170-192.

rechten accepteert samenhangt met de eigen positie: een aspect dat men ook tegenkomt in het debat over universaliteit van mensenrechten (degenen die universaliteit in twijfel trekken behoren vaak tot de relatief dominante groep, die rechten van anderen wil beperken). Dat zou ons extra waakzaam moeten maken bij dit soort argumenten. Mak plaatst de nieuwe angst waar we in Nederland sinds 2 november mee te maken hebben in een historische context en waarschuwt voor een self-fulfilling prophecy waarbij de angst juist de situatie schept die men wil voorkomen. Terwijl we onze rechtsstaat willen beschermen, wakkeren we daarmee strijdige discriminatie en racisme aan en veronachtzamen we de bescherming van de allerzwaksten: minderheden, allochtone vrouwen en kinderen.⁵⁹

19. Uit de aangestipte punten kunt U afleiden dat in mijn optiek terrorismebestrijding noopt tot het hervinden van een evenwicht op het terrein van mensenrechten, maar niet mag leiden tot de conclusie dat de mensenrechtelijke bescherming in essentie ook minder kan zijn. Ik acht daarbij aandacht voor kwetsbare groepen in de samenleving geboden. Juist zij lopen extra risico geconfronteerd te worden met de negatieve effecten. Dat geldt zowel voor hun veiligheid (denk aan de aanslagen op moskeeën) als voor een te eenzijdig op veiligheid gericht beleid, hetgeen niet alleen op zich weer een bedreiging vormt voor de algehele veiligheid, zoals wordt gesignaleerd in de genoemde brief van de beide ministers⁶⁰ maar ook in strijd is met het beginsel van gelijkheid. In dit verband kan het uitbreiden van het mandaat van het European Union Monitoring Centre against Racism and Xenophobia tot dat van een Fundamental Rights Agency⁶¹

⁵⁹ Geert Mak, Een kleine geschiedenis van een novembermaand: het moment waarop in Nederland de kelders opengingen, NRC 27/28 november 2004.

⁶⁰ Tweede Kamer 2003-2004, 29 254, nr. 1, p. 18-19.

⁶¹ Zie hierover: Commission of the European Communities, The Fundamental Rights Agency, Public consultation document, COM(2004) 693 final, Brussels 25/10/2004.

worden toegejuicht omdat het van groot belang is dat de bestrijding van racisme en xenofobie expliciete aandacht krijgt in het mensenrechtenbeleid, juist nu.

20. Wat betekenen de recente terroristische aanslagen voor het mensenrechten-debat? Zijn er fundamenteel andere vragen aan de orde of is er sprake van 'new challenges, old dangers', zoals de ICJ de publicaties over terrorisme en mensenrechten aanduidt?⁶² En kunnen we met minder mensenrechten doen? De uitdagingen zijn inderdaad nieuw door de verschijningsvorm waarin de aanslagen op onze veiligheid plaats vinden en voorbereid worden. De combinatie van de manier waarop (gericht op onschuldige burgers, vaak in heel andere landen dan waar eventueel het probleem zelf gesitueerd is), de hevigheid van de aanslagen en herleving van religieus, maar ook zoals Mak aangeeft, seculier, fundamentalisme (het gaat wereldwijd niet alleen om de islam, maar de islam voegt hier wel nieuwe elementen aan toe), en de invloed van ICT op de mogelijkheden om netwerken op te zetten en uit te breiden geven de oude vragen wel een nieuwe dimensie, maar ik twijfel of de onderliggende fundamentele vragen echt wezenlijk anders zijn. Eerder ben ik bang dat we door de schrik van de dag wel eens vergeten naar de fundamentele onderliggende vragen te kijken. Bij nadere inspectie komen we bij nieuwe aspecten van oude vraagstukken rond de relatie tussen individuele rechten en collectieve, de spanning tussen de verdediging van de rechtsstaat en de rechten van degenen die het op die rechtsstaat gemunt hebben, de spanning tussen stigmatisering en specifiek op bepaalde risicogroepen gericht beleid. De woede van de niet-westerse wereld die aan de bron van de nieuwe problemen ligt is inderdaad óns probleem. Dat is tevens een mensenrechtelijk probleem, omdat het gaat over het recht op zelfbeschikking, op een behoorlijke levensstandaard en het nog niet afdoend

⁶² Terrorism and human Rights: new challenges and old dangers, No. 2, ICJ, Geneva, maart 2003

geconceptualiseerd recht op ontwikkeling. We zullen ons recht op spreken over mensenrechten waar moeten maken door daar aan te werken en toe te zien op verplichtingen van staten om nationaal en internationaal deze daadwerkelijk te bevorderen. De wereld is te klein geworden om dit probleem alleen nationaal op te kunnen lossen. En als we het in een bredere context bekijken is er noch nationaal,⁶³ noch internationaal⁶⁴ sprake van een onoplosbaar conflict tussen bestrijden van terrorisme en mensenrechten, maar van twee zijden van dezelfde medaille. Zolang er sprake is van structurele onderdrukking en gebrek aan de ene kant van de wereld, zal angst heersen aan de andere kant, en angst is een slechte raadgever, ook waar het gaat om mensenrechten.

21. Ik kom tot een afronding, en herhaal de vraag die U hiernaartoe heeft gelokt: mag het wat minder zijn? Kunnen we doen met wat minder mensenrechten, met wat minder rechtsbescherming, met wat minder gelijkheidsrechten, of moeten we in het kader van ons door terrorisme bedreigde recht op veiligheid andere rechten op een zachter pitje zetten? Hebben we voor die thema's nieuwe vraagstellingen nodig? We hebben gezien dat sinds 1976 de betekenis van de rechtsbescherming met name in Straatsburg immens is toegenomen: dat kan wel wat minder en dat moet ook minder, anders verzuipt het EHRM. Het Hof kan daar zelf wat meer aan doen door strenger af te bakenen en over te laten aan andere toezichthouders (wat dan wel noopt tot kritische beschouwing van de vraag of de elders geboden bescherming moet worden uitgebreid: bijvoorbeeld door meer individuele klachten op grond van economische sociale en culturele rechten mogelijk te maken). Op nationaal niveau kan een mensenrechtencommissie preventief zijn met name door te zorgen dat vooraf wordt gekeken of wetten en beleid in overeenstemming zijn met de verdragsnormen.

⁶³ Zie b.v. Myjer, E., 'Minder vrijheid voor meer veiligheid: over voorgestelde maatregelen tot een doeltreffender terrorismebestrijding', *Nieuwsbrief strafrecht*, 23 september 2004, p. 810-812.

⁶⁴ Zie o.a. various contributions in Netherlands Helsinki Committee/OSCE, *Human Rights and terrorism*, The Hague, 2003.

Op het terrein van gelijke behandeling moeten we weer terug naar de basis: naar het voorkómen van uitsluiting op fundamentele gronden, daar is een orgaan als de CGB voor nodig, en ook hier meen ik dat wetgever en deze Commissie moeten durven zeggen dat niet elk onrecht een inbreuk is op een fundamenteel recht. Dit kan soms hard zijn maar het is noodzakelijk om fundamentele ongelijkheid te kunnen blijven bestrijden met daarop toegesneden middelen.

Op het terrein van terrorismebestrijding moet zuiver omgegaan worden met mensenrechten. Aandacht voor de mensenrechtelijke schendingen die ten grondslag liggen aan de aanslagen die worden gepleegd op de veiligheid van staten en van haar burgers zijn even noodzakelijk als de aanpak van de daders, met behoud overigens van hun fundamentele rechten. Méér van het eerste is nodig, méér aandacht voor de gevolgen van grove schendingen die al eerder in onze geschiedenis hebben geleid tot een spiraal van onrecht. Op lange termijn zal de bevordering van die mondiale mensenrechten de oplossing moeten bieden voor onze veiligheid. Dat betekent uiteraard niet dat er intussen niet gewerkt moet worden aan de bescherming hier en nu van bedreigde burgers en groepen (al vraag ik me af tot hoever we in redelijkheid van de overheid bescherming kunnen verwachten). In een situatie waarin dreiging bestaat van terroristische kaders kan in duidelijk afgebakende gevallen het 'wat minder' moeten zijn, in de zin dat meer uitzonderingen op fundamentele rechten worden toegelaten. Sommige rechten, zoals het verbod om te martelen, lenen zich niet voor dat mindere. Bij andere rechten kan in het licht van de reikwijdte van onder specifieke omstandigheden toegelaten beperkingen de vraag naar kernrechten weer actueel worden.

En tenslotte wil ik herhalen dat feit, dat het recht grenzen stelt aan het gebruik van mensenrechten, individuele burgers niet ontslaat van de verantwoordelijkheid

om elkaar daar op aan te spreken, zodat het recht kan blijven wat het is: ultimum remedium.

Juist de vraag of het wat minder mag zijn zou ieder orgaan, maar ook ieder individu moeten dwingen zich af te vragen wat de eigen bijdrage kan zijn.

Wat de rechten zelf betreft, pleit ik voor terughoudendheid bij steeds verder gaande verfijning van problemen en conceptualisering ervan voor specifieke groepen waardoor de gezamenlijkheid en samenhang uit het oog verloren wordt.

Op de wetenschap rust de verantwoordelijkheid om de kaders aan te geven waarbinnen nationaal en internationaal de veiligheid van burgers beter beschermd kan worden, maar ook om op zijn minst vragen te stellen bij als noodzakelijk voorgestelde maatregelen tegen aanslagen op de veiligheid die, hoewel bedoeld als in tijd en plaats beperkt, vérgaande inbreuk kunnen vormen op mensenrechten én om de mensenrechtelijke achtergronden ermee in verband te brengen.

Wie denkt dat in die gevallen het wel wat minder kan zijn, moet mij overtuigen van het feit dat we beter af zijn als we gaan schuiven met fundamentele rechten en de afgrond kunnen vermijden. Mensenrechten zijn er niet voor vrienden of voor conflictloze situaties: het recht op een rustig bestaan bestaat helaas niet.

Aan de hand van de vraag of het wat minder mag zijn en welke voor verschillende thema's anders is beantwoord, heb ik de thema's aangestipt waar ik mij de komende jaren mee bezig hoop te kunnen houden: zij hebben betrekking op de samenhang tussen verschillende (soorten) mensenrechten, met daarbij aandacht voor de fundamentele kant van het gelijkheidsbeginsel, en op de samenhang tussen normstelling en handhaving van mensenrechten op nationaal niveau, met name in het licht van de ontwikkelingen in Europa.

Dankwoord

Tot slot wil ik een woord van dank uitspreken. In de eerste plaats dank ik de Juridische faculteit en het College van Bestuur van de Universiteit Utrecht voor het vertrouwen dat zij wederom in mij tonen door deze benoeming. Het is fijn mij welkom te voelen.

Dat geldt zeker voor het SIM, waar ik mijn komst als een thuis komen heb ervaren. Bij mijn benoeming heb ik verteld dat ik een droombaan had gekregen en zo voel ik het ook. In jou, Kees (Flinterman), als naaste collega, ervaar ik dagelijks je kennis, inspiratie en stimulans, waarbij de samenwerking weer is opgepakt zoals we bijna 30 jaar geleden zijn begonnen. Ik hoop dat onze tandem nog lang door mag gaan.

Zonder andere collega's te kort te willen doen wil ik Ineke (Boerefijn) in het bijzonder noemen: ik heb met grote bewondering gezien wat je allemaal weet en doet en ik verheug me erop om inhoudelijk samen dingen op te zetten.

Het SIM zou het SIM niet zijn zonder onze documentatie en zonder de promovendi: jullie samen vertegenwoordigen voor mij de kracht van een wetenschappelijk mensenrechteninstituut, waar met hoofd en hart gewerkt wordt aan de bevordering van fundamentele rechten, met open oog voor de praktijk.

Zonder de zorg van Maeyken (Hoeneveld) was ik aan het schrijven van deze oratie überhaupt niet toegekomen.

De oud-collega's van de Commissie Gelijke Behandeling ben ik niet alleen dankbaar voor alles wat ik van en met hen heb geleerd, maar ook voor de ruimte die mij is gelaten om de banden met de wetenschap vast te houden. Daarbij heb ik van Jan

Helmond geleerd dat management erg leuk kan zijn naast een professional die inhoud en organisatie op elkaar af weet te stemmen.

Tot het vasthouden van de band met de wetenschap ben ik in staat gesteld door de Leidse zusterfaculteit, die mijn beperkte mogelijkheden daarbij voor lief heeft genomen. Mijn oude 'vakgroep', het Meijers Instituut en de curatoren van mijn leerstoel dank ik daar in het bijzonder voor. Het is een fijn idee dat we elkaar in het kader van de Onderzoeksschool weer tegen zullen komen.

Ik hoop in dat verband ook de samenwerking met Rikki Holtmaat voort te kunnen zetten en met Titia Loenen, Marjolein van den Brink en Susanne Burri nieuwe plannen te smeden: jullie blijven zowel maatjes als geweten!

Mijn hernieuwde kennismaking met U, studenten, was een verrassende ervaring. Terwijl sommigen van U de studie als een noodzakelijk kwaad lijken te beschouwen en de docenten als even noodzakelijke hulpmiddelen, zijn er gelukkig ook velen die op basis van eigen inzet en nieuwsgierigheid van de docenten een minstens even grote inzet en belangstelling mogen verwachten. Ik hoop U aan het denken te zetten en door U aan het denken gezet te worden.

Mijn 'extended' familie heeft mij niet alleen persoonlijk gevormd, maar individuele leden hebben op verschillende wijzen ook aan mijn inhoudelijke ontwikkeling bijgedragen, waarbij ik met name Irene Goldschmidt met haar immer kritische en uit oprechte betrokkenheid voortkomende vragen wil noemen. Bij het voorbereiden van deze rede heb ik gebruik gemaakt van geschriften van en gesprekken met Gerhart Riegner en Juup de Kadt. Het vaste vertrouwen in mensenrechten dat de eerste tot het allerlaatst heeft uitgedragen schept voor mij verplichtingen. En Juup, we spreken elkaar veel te weinig: nu, als Utrechtse collega's, moet dat toch veranderen!

Bij vorige gelegenheden heb ik velen bedankt die in mijn beroepsmatig en persoonlijk leven van belang zijn. Zij zijn dat nog steeds!

Dat mijn moeder deze oratie niet meer bij kan wonen kan gelet op de hoge leeftijd die zij nu zou hebben wel geaccepteerd worden maar toch blijf ik haar warmte en wijsheid ook op deze dag missen.

Jan Peter, in deze 8 dagen verandert er veel in ons leven, en zo beginnen we steeds opnieuw aan onze hechte dialoog; alleen jij weet hoe veel dat voor mij betekent. Bas en Tessa: dit keer zijn jullie er als volwassenen bij, Tessa zelfs als collega-jurist. Ik ben trots op de manier waarop jullie in je leven staan en dank jullie voor het geduld dat je hebt met een ongeduldige en immer tijd te kort komende moeder. Hanneke, ik ben blij dat jij er bij bent gekomen!

Ik heb gezegd.