

Sandra Fredman

Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties

Oxford: Oxford University Press 2008, 290p. ISBN 978-0-19-927276-1

J.E. GOLDSCHMIDT¹

In dit vorig jaar verschenen boek geeft Sandra Fredman een stimulerende impuls aan het denken over mensenrechten als bron van positieve verplichtingen. Stimulerend omdat zij de lezers dwingt tot een kritisch doordenken over de betekenis van mensenrechten in de 21^e eeuw, over de rol van de verschillende actoren en, bijna en passant, over een aantal fundamentele staatsrechtelijke vraagstukken. Verplichte kost dus voor de Staatscommissie Grondwet.

Uitgaande van een actief vrijheidsbegrip en een gelijkheidsconcept dat is gebaseerd op wezenlijke gelijkheid van burgers, analyseert Fredman de onlosmakelijke verbondenheid tussen democratie en mensenrechten. Zij sluit aan bij Sen's moeilijk vertaalbare begrip 'agency': de mogelijkheid om daadwerkelijk rechten uit te kunnen oefenen. Op de staat rust in dit verband een voorwaardenscheppende verplichting. Juist in een democratie is het kunnen maken van autonome keuzes van belang. Mensenrechten zijn een voorwaarde om dat te kunnen, en dat vergt van de staat een actief handelen, want niet alle groepen burgers bevinden zich in een situatie dat zij in staat geacht kunnen worden te participeren. Het concipiëren van de complexe relatie tussen democratie en mensenrechten vanuit het begrip participatie sluit aan bij algemene ontwikkelingen in theorie en praktijk van mensenrechten, waarbij positieve rechten en positieve verplichtingen een cruciale rol spelen. Fredman maakt korte metten met het bezwaar tegen het toekennen van positieve rechten aan burgers en het opleggen van positieve verplichtingen aan overheidsorganen dat de rechter daarmee zijn boekje te buiten zou gaan. Zij laat zien dat een actieve rol van de rechter juist kan bijdragen aan het democratisch gehalte van de staat door de wijze waarop de rechter in zaken de wetgevende en uitvoerende macht ter verantwoording kan roepen over de gemaakte keuzes, de effectiviteit daarvan en het nakomen van de verplichtingen die democratisch tot stand zijn gekomen.

boeken

¹ prof.dr. J.E. Goldschmidt is Hoogleraar Rechten van de Mens en directeur Studie- en Informatiecentrum Mensenrechten (SIM), Universiteit Utrecht

In veel gevallen zijn immers niet de democratisch vastgestelde normen betwist, maar de wijze waarop deze worden geïmplementeerd. En waar het wel gaat om de normen zelf, hoeft de rechter niet het laatste woord te hebben als hij een uitkomst ter discussie stelt. Het gaat als het ware om de motiveringsplicht en transparantie. Staten zijn verplicht om verplichtingen na te komen, en de mate waarin ze daarin slagen kan worden afgemeten aan de effectiviteit van het beleid, de participatie van de betrokken actoren, de bijdrage aan het verminderen van structurele ongelijkheid en de mate waarin verantwoordelijkheid wordt afgelegd: die kunnen heel wel door de rechter worden beoordeeld zonder daarmee de democratische machtenscheiding in gevaar te brengen. Het wordt wel iets moeilijker als het gaat om een acute aantasting van minimum rechten, waar Fredman, in navolging van de Indiase en Constitutionele Hoven, desondanks (beperkte) mogelijkheden ziet om maatregelen af te dwingen, zonder dat daarmee de rechter op de stoel van de wetgever hoeft te gaan zitten: het gaat immers om het implementeren van fundamentele beginselen.

Positieve rechten en verplichtingen zijn daarmee, met de mogelijkheid om naleving ervan af te dwingen, complementair aan het democratisch proces omdat ze bijdragen aan de transparantie van het bestuur, omdat ze dwingen tot verantwoording en omdat ze gelijke toegang mogelijk maken tot het democratisch forum voor groepen die daar vanuit een structurele achterstand en achterstelling anders buiten blijven.

De rechter wordt door het toetsen aan deze rechten en verplichtingen een katalysator voor het democratisch proces. Dit geldt met name voor constitutionele rechters die Fredman als voorbeeld noemt. Zo is in India de 'public interest litigation' tot ontwikkeling gekomen waarmee het Constitutionele Hof een actieve rol is gaan spelen bij de implementatie van positieve verplichtingen, met name maar niet uitsluitend waar het gaat om sociale grondrechten en de eerste behoeften van de armste en meest achtergestelde bevolkingsgroepen. Het recht op voedsel kreeg een heel pragmatische en concrete invulling (b.v. middagmaaltijden op scholen) en de onmenselijke behandeling van mensen met een verstandelijke handicap in gesloten inrichtingen werd aangepakt. In India kreeg het Hof deze mogelijkheden door een zeer ruime toegang tot de procedure (zowel wat betreft de kring van personen als wat betreft de beperking van formele eisen), een actieve onderzoeksmogelijkheid met behulp van specifieke onderzoeks'commissies' en een actief monitoren van de implementatie van de uitspraken. Terecht wijst Fredman ook op de nadelen van deze praktijk, zoals het gebrek aan transparantie van de onderzoeken en het feit dat het Hof zelf geen verantwoording schuldig is.

Een ander nadeel is dat de nadruk erg verschuift naar collectieve procedures. Fredman benadrukt regelmatig dat zij weinig heil ziet in individuele klachtenprocedures om positieve rechten af te dwingen. Daarin schiet ze mogelijk een beetje door: ik zou er althans geen voorstander van zijn om juist waar het gaat om positieve rechten en verplichtingen individuele procedures helemaal buiten beschouwing te laten. Niet alleen omdat daarmee de wat meer geëmancipeerde en mondige burgers uit minderheids- en minder machtige groepen de mogelijkheid wordt geboden het recht in te zetten, maar ook omdat individuele gevallen uitermate geschikt kunnen zijn om tekortkomingen zichtbaar te maken, en een begin kunnen vormen voor meer algemene maatregelen. Zo lijkt de werkwijze van de Nederlandse Commissie gelijke behandeling bij het onderzoek en de follow-up van klachten wel op die van het Indiase constitutioneel hof. Zonder de beperkingen van individuele procedures te willen ontkennen, meen ik dat individuele klachten wel betekenis kunnen hebben naast andere instrumenten zoals collectieve klachten, 'public interest litigation', rapportages, monitoring en sancties. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de praktijk van de verdragsorganen van de mensenrechtenverdragen van de Verenigde Naties: als er individuele klachtenprocedures mogelijk zijn kunnen de uitkomsten daarvan gebruikt worden om de verdragstaten bij de bespreking van de verdragsrapportages ter verantwoording te roepen.

Een nadeel van de als voorbeeld geschetste Indiase praktijk is het gevaar aan eigen succes ten onder te gaan: de vergelijking met het Straatsburgse hof voor de rechten van de mens dringt zich op. De vergelijking met het Europese Hof voor de Rechten van de Mens gaat ook op een ander punt op: naarmate meer succes wordt geboekt met de 'public interest litigation' wordt deze interessanter voor de dominantere groepen die ook in het publieke democratisch proces de meerderheid hebben en dat kan leiden tot een uitholling van de oorspronkelijke betekenis.

Naast de analyse van de rol die (constitutionele) rechters in een democratische samenleving kunnen en moeten spelen bij het implementeren van positieve rechten, besteedt Fredman aandacht aan andere actoren, zoals de nationale mensenrechtencommissies. Voor voor degenen die nu in Nederland betrokken zijn bij de totstandkoming (per 1 januari 2011) van het Nationaal Mensenrechteninstituut: het pleidooi voor een proactieve rol van dit instituut in zeer nauwe samenwerking met civil society, met name de in Nederland zo deskundige mensenrechtenorganisaties, dient zeer serieus genomen te worden. Die rol kan vorm krijgen met het inzetten van verschillende instrumenten (onderzoek, debat, monitoring,

advisering, training enz.). Het implementeren van positieve rechten vraagt om de synergistische benadering die Fredman voorstaat.

De voorbeelden en succesverhalen van Fredman moeten wel, zoals zij overigens zelf benadrukt, in de specifieke nationale context worden gezien. India is Nederland niet en in Nederland kan bijvoorbeeld een actieve en onafhankelijke Nationale Ombudsman bepaalde misstanden aan de kaak stellen en onderzoeken die in India door het Constitutionele hof zijn behandeld. En natuurlijk is ons proces van een fundamenteel ander karakter dan het op de common law gebaseerde Indiase.

Het belang van het boek van Fredman ligt in de overtuigende wijze waarop zij de waarde van positieve rechten en verplichtingen voor het waarborgen van vrijheid en gelijkheid als centrale beginselen zichtbaar maakt en laat zien hoe deze in de praktijk vorm kunnen krijgen. De thema's die daarbij de rode draad vormen, zijn de thema's die het mensenrechtendebat bepalen. Het gaat om participatie van allen, om fundamentele gelijkheid en positieve vrijheid. Waar deze randvoorwaarden voor menselijke waardigheid ontbreken moeten fundamentele rechten het gereedschap vormen om die te verwerven: 'the central aim is to empower and to facilitate choice' (p. 179).

Deze hedendaagse doelstellingen zijn duidelijk te vinden in de preambule van het nieuwe VN-mensenrechtenverdrag, gericht op de bescherming van de rechten van de mensen met een handicap dat Nederland wel getekend maar nog niet geratificeerd heeft. De preambule benadrukt het belang van gelijkheid en participatie, het gevaar van stereotypering en achterstelling. Positieve rechten en democratie gaan allebei over die fundamentele voorwaarde van participatie. Het is evident dat participatie niet beperkt kan zijn tot het niveau van de staat. Daarom kan de staat ook een verantwoordelijkheid hebben voor het mogelijk maken van participatie andere organisaties en systemen. Fredman zoekt aansluiting bij de theorieën van autopoiese en semi-autonome velden, en de verantwoordelijkheid van de staat om correcties aan te brengen in andere systemen waar structureel machtsverschil leidt tot uitsluiting van participatie.

Ook wie het niet (op alle punten) eens is met Fredman kan niet heen om haar scherpe analyse en om het belang van de thema's die zijn aansnijdt.