

Raison d'état versus droit (individueel)¹

1 *Raison d'état*

“Toch niet weer Machiavelli; over hem is al een bibliotheek volgeschreven”, zal ook de meest welwillende lezer die kennis heeft genomen van de titel van dit opstel geneigd zijn uit te roepen.

Ik kan hem gerust stellen. De navolgende beschouwingen bevatten een persoonlijke selectie uit het materiaal dat mij van belang lijkt om het juiste kader te schetsen voor de behandeling van de in de laatste paragraaf beschreven uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, (hierna: EHRM). Een dermate eigenzinnige selectie dat de naam Machiavelli hierna zelfs niet meer zal vallen.

Tussen het belang van de Staat, het algemene, publieke, belang, en dat van het individu bestaat een voortdurende spanning. Dat is altijd zo geweest en zal altijd zo blijven.

De term “Raison d'état” wordt met name gehanteerd om aan te geven dat bij het nastreven van het openbaar belang op de noodzaak van dat belang een beroep wordt gedaan om machtsmisbruik, illegaal handelen en zelfs rechtsverkrachting te rechtvaardigen (*nécessité n'a pas de loi*), waarbij particuliere (of groeps-) belangen/rechten moeten wijken.

Een zuiver voorbeeld van het volledige primaat van de Raison d'état ten detrimente van rechten van individuen of groepen, is de terechtstelling in 61 v.Chr. van alle 400 slaven van Pedanius Secundus, mannen en vrouwen, jonge en oude, omdat hun meester door een van hen was vermoord, hoewel de moordenaar bekend was. De Senaat weigerde gratie te verlenen na de toespraak van Cassius Longinus wiens argumentatie: als niet alle slaven geëxecuteerd worden, wie zal dan veilig zijn? Voldoende overtuigend bleek.²

¹ Afkortingen: ABRvS: Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State; EHRM: Europees Hof van de Rechten van de Mens te Straatsburg; EVRM: Europees Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden; JV: Journaal Vreemdelingenrecht; NAV: Nieuwsbrief Asiel- en Vluchtelingenrecht; RV: Rechtspraak Vreemdelingenrecht.

² Tacitus, *Annales*, 13,31 e.v. en 14,40-45; Horatius, *Epistulae*, 1,16,53. Zie ook N. Lewis/M. Reinhold, *Roman Civilization*, 1966, II, nr.68. Dit “incident” heeft aanleiding gegeven tot een uitvoerige juridische regeling waarbij het uitgangspunt dat alle slaven in zo'n situatie geëxecuteerd moeten worden, onverkort gehandhaafd bleef: D. 29,5; C. 6,35; Pauli sententiae 3,5. Vgl. Ook D. 48,19,28,11.

Dit beroep op de regel dat de goeden in het staatsbelang maar voor de kwaden moeten lijden ontmoeten we weer bij de recente beslissing van de regering om de categoriale bescherming voor asielzoekers uit Somalië op te heffen omdat sommige verzoekers een onderzoek naar hun vluchtroute bemoeilijken door het afvijlen van hun vingertoppen zodat moeilijk is na te gaan of ze wellicht voor terugzending naar b.v. Griekenland in aanmerking komen. Waarom asielzoekers zoveel moeite doen om niet naar Griekenland overgebracht te worden wordt in de tekst hierboven uiteengezet.

KOOIKER

Zodra de veiligheid van de staat in gevaar wordt geacht te zijn, was (en is) de Raison d'état doorslaggevend.³ Voor onze tijd kan gewezen worden op het standpunt van de Europese Commissie en het EHRM dat ondanks de al geruime tijd in gang gezette (maar niet erg vlottende) z.g. inbreukprocedure, Europese landen hun overdrachten van asielzoekers naar Griekenland niet hoeven te staken hoezeer ook in confesso is dat Griekenland de mensenrechten t.a.v. deze verzoekers met voeten treedt, en dat er dus voor het z.g. vertrouwensbeginsel (inhoudende dat een EVRM-lidstaat er van uit mag en moet gaan dat een andere lidstaat de mensenrechten zal respecteren) t.a.v. Griekenland geen basis aanwezig is. Het pour besoin de la cause, met de haren erbij gesleepte argument van het EHRM (en in navolging van dat Hof van onze Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State,(hierna Afd.BRvS)) is, dat Griekenland zich niet schuldig maakt aan het verbod van refoulement (terugzenden van verzoekers naar het land van herkomst in de wetenschap dat het daar voor hen niet goed zal aflopen).

Dat is waar: wie eenmaal kennis heeft gemaakt met de Griekse politie en justitie en met de aldaar heersende detentie-omstandigheden, laat het wel uit zijn hoofd als hij op straat is gezet of heeft weten te ontsnappen, nog in dat land te blijven, dus Griekenland hoeft vrijwel niemand terug te zenden.

Één van de theorieën die een dergelijk primaat van de Staatsrason tracht te rechtvaardigen, gaat uit van de opvatting dat er uiteindelijk geen tegenstelling tussen publiek- en privaatbelang bestaat. We hebben dan te doen met de (oud)Griekse en Thomistische gedachte van een brede deugdenmoraal; met de nadruk op het streven naar menselijke volmaaktheid en solidariteit in de samenleving waarbij mensen niet in staat zouden zijn zelfstandig hun leven te bepalen. In die collectivistische visie van Griekse filosofen als Plato en Aristoteles, en van Thomas van Aquino, Rousseau, Hegel en Marx, heeft de gemeenschap prioriteit boven de individuele vrijheid, en bestaat er geen echte tegenstelling tussen algemeen en particulier belang.

Een latere aanhanger van die opvatting was b.v. Walter Ulbricht. In zijn toespraak tot de Volkskammer van de DDR op 4 oktober 1960⁴ poneerde ook hij zonder enige motivering dat tussen de volksdemocratische staat en zijn politiek en de belangen van de burgers geen tegenstrijdigheid bestaat. Een logisch complement van dergelijke gedachten is, dat tussen recht en moraal geen discrepantie bestaat aangezien het positieve recht aan de volksmoraal beantwoordt.⁵

2 Staatsbelang en individueel belang

Met name sinds Marx ziet men nog duidelijker twee wegen bewandeld worden om dat onderscheid tussen algemeen en individueel belang hetzij te ontkennen of weg te

³ M.I. Finley, *Ancient slavery and modern ideology*, 1980, p.98/99.

⁴ In: *Problemen der sozialistischen Leitungstätigkeit*, 1968. Zie ook par.2 van het ZGB van de DDR: "Es (=das Zivilrecht) ist darauf gerichtet, die Übereinstimmung der individuellen und kollektiven Interessen mit den gesellschaftlichen Erfordernissen zu sichern".

⁵ Lothar Schulz, *Russische Rechtsgeschichte* [...], 1951, p.273.

RAISON D'ÉTAT VERSUS DROIT (INDIVIDUEL)

redeneren, dan wel juist te mitigeren, n.l.:

- a. Particulier belang en algemeen belang vallen uiteindelijk samen omdat het individuele belang wordt gereduceerd tot een in het algemeen belang te vervullen plicht, hetgeen tot een absolutistische staatsopvatting pleegt te leiden waarbij de vrijheid van het individu wordt opgeofferd aan het veronderstelde staatsbelang. Dat belang wordt geconstrueerd als de eenheid van overheid en volk, waardoor slechts een vijand van het volk naar waarborgen tegen de overheid kan verlangen.⁶
- b. Een essentiële taak van de staat is de particuliere belangen te beschermen tegen misbruik onder voorwendsel van een beroep op het algemeen belang. Met een beroep op het algemeen belang kan men niet de onrechtmatigheid van overheidsoptreden, als daarvan sprake is, rechtvaardigen.⁷ Openbaar nut is nu eenmaal altijd een voorwendsel geweest voor rechtsverkrachting.⁸

Het beroep op een beweerdelijk staatsbelang gaat meestal samen met een beroep op de ruime discretionaire bevoegdheid die de Staat zich toegekend wenst te zien om dat staatsbelang te kunnen dienen. Daarmee gaat veelal gepaard verwerping van machtscheiding (b.v. in de Sovjet-Russische Constitutie van 1918).

Verdragen als het EVRM zijn van de bovengenoemde tweede opvatting (b.) de resultante. Zij richten zich tegen het georganiseerd staatsgeweld dat vóór recht zou gaan⁹; tegen een overheid die vergeten is dat zij niet voor zich maar voor de burgers bestaat. Dit type verdragen blijkt juist door zijn vaagheid van formulering van bepaalde artikelen ook voor “beschaafde” naties in zijn interpretatie, die aan de nationale staten is ontnomen,¹⁰ verrassingen te kunnen inhouden.¹¹

Wat de ruime discretionaire bevoegdheid van de staat betreft, pleegt men uit het oog te verliezen, dat bij onderwerpen als het asielrecht en b.v. het recht op diplomatieke protectie van landgenoten die in den vreemde in de problemen zijn gekomen, niet slechts de positie van de overheid in het geding is, maar dat het ook, zelfs primair, om mensenrechten gaat. Bij schending van mensenrechten is de bevoegdheid van de staat om zich te beroepen op

⁶ C.H.F. Polak, *Praeadvies* in: Handelingen der Nederlandse Juristenvereniging, 1953, I, 1, p.195/196.

⁷ Voorste stroom-arrest, HR 19 december 1952, NJ 1953, 642.

⁸ Alessandro Manzoni, *Del sistema che fonda la morale sull'utilità*, Bijlage bij Hfst. III van *Osservazioni sulla morale cattolica*, in: *Opere*, ed. Lesca, p.221. Charles de Saint-Évremond (1615-1703) constateerde al in zijn *Maximes*: “La raison d'État est une raison mystérieuse inventée pour autoriser ce qui se fait sans raison”.

⁹ *Ius est in armis, opprimit leges timor*: Seneca, *Hercules furens*, 253.

¹⁰ Dat is althans de heersende opvatting. Contra: de VVD-fractie n.a.v. de brief van de staatssecretaris van 22 juni 2007 (IIe Kamer, 2006/7, 29344/30800VI nr.64) welke fractie de regering vraagt te overwegen om de uitspraak van het EHRM in de zaak Salah Sheekh/Nederland naast zich neer te leggen.

¹¹ Zo bleek in de casus Paula Marckx/België dat het EHRM er niet voor terugschrok om de lacune in de Belgische wetgeving inzake familierechtelijke betrekkingen tussen een ongehuwde moeder (of vader) en haar (of zijn) kind, aan te vullen. Dat was voor velen in België en grote schok.

KOOIKER

de Raison d'état en discretionaire bevoegdheid, beperkt of behoort die althans beperkt te zijn.¹²

Al omstreeks 1990 was dat echter in Nederland geen populaire gedachte meer. In zijn rede ter opening van het academisch jaar op 3 september 1990 achtte Lubbers de verhouding tussen de drie staatsmachten “verflodderd”. Men is teveel bezorgd, aldus Lubbers, over de bescherming van de burger tegen de overheid blijkens het uitgebreid toetsen van wet- en regelgeving aan mensenrechtenverdragen. Tegelijkertijd stelde Lubbers, is er sprake is van erosie van het besef dat men zich aan de wet moet houden, er daarbij dus aan voorbij gaand, dat de vrijheid van handelen van de overheid, het Freies Ermessen, door de wet, waaronder grondrechten, genormeerd dient te zijn.

Het beroep op beleidsvrijheid neemt in het bestuursrecht, waarop de asielprocedure is gebaseerd, de vorm aan van marginale toetsing van de overheidsbeslissing, en is technisch-juridisch gesproken, een beroep op een beperkingsgrond t.a.v. de mogelijkheid van volle toetsing. Voor zo'n beperking moeten, als uitzondering, zeer dringende redenen aanwezig zijn, zeker als het gaat om mensenrechten. Bij mensenrechten komen dergelijke beperkingen eigenlijk niet te pas.

De rechtstheoretische achtergrond bij dit soort situaties is in feite weer het aloude probleem van de verhouding tussen de ruime discretionaire bevoegdheid die de overheid zegt nodig te hebben, de Raison d'état enerzijds, en het droit (individueel) anderzijds. Men komt dan, naar de geschiedenis leert, al snel op gevaarlijk terrein.

Bij Cicero heet het al: *Salus publica suprema lex*.¹³ Thomas van Aquino verdedigde dat *bonum commune est melius quam bonum unius*.¹⁴ Duidelijker nog Robespierre bij de discussie over het al

¹² Zie b.v. reeds De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, 1957, p.275, en later John R. Dugard, *First report on diplomatic protection*, 7 maart 2000 (opgesteld t.b.v. de Intern. Law Comm. van de VN, VN-document A/CN. 4/506), nr.76, p.28/29, en het (1^e) *Rapport van de Algemene Rekenkamer over het gedetineerdenbeleid buitenland van B.Z.*, 2000, p.9/10.

Door Braconnier, de annotator bij Conseil d'État 29 september 1995 (Greenpeace France/Frankrijk, Rec. Dalloz/Sirey, 1996, p.205) is in het kader van de Franse discussie over het begrip 'Acte de gouvernement' verdedigd dat zodra er individuele (mensen)rechten in het geding zijn, altijd juridische (volle) toetsing noodzakelijk is.

¹³ *De legibus*, 3.8. Overigens moet van Cicero ook gezegd worden dat hij het gevaar van de Staatsraison nadrukkelijk heeft onderkend. Als voorbeeld noemt hij het uitsluiten van vreemdelingen in het vermeende belang van de staat, hetgeen volgens hem strijdig is met de eisen van de humaniteit. De invloed daarvan dient zo groot te zijn dat deze de pure staatsbelangen dient te overschaduwen: “Sed utilitas speciei in re publica saepissime peccatur...; usu vero urbis prohibere peregrinos sane inhumanum est...Tanta vis est honesti, ut speciem utilitatis obscuret” (De officiis, III,XI, 46/47).

¹⁴ *Summa theologica*, II,II,qu.47 (ed. Cornelius Ernst, 2006, vol.30, 1a2ae.113,9,2, p.192: *bonum universi est majus quam bonum particulare unius hominis*); *Summa contra gentiles*,

RAISON D'ÉTAT VERSUS DROIT (INDIVIDUEL)

dan niet overgaan tot de executie van Lodewijk XVI: “Vous n’avez point une sentence à rendre pour ou contre un homme, mais une mesure de salut public à prendre, un acte de providence nationale à exercer”.¹⁵

Zo’n opvatting, waarbij de ander eerder als object dan als subject wordt gezien,¹⁶ kan uitlopen op: “Gemeinnutz geht vor Eigennutz”¹⁷ of zelfs: “Du bist nichts, dein Volk ist alles”. Men kan ook nog wijzen op ontwikkelingen en teksten in het Duitsland van vóór en tijdens de tweede wereldoorlog:

De invloed van Hegel die het individu ten achter stelde bij het staatsbelang is te bespeuren bij Julius Binder in een tekst uit 1934¹⁸ waarin hij het individuele denken als een “böses Erbe aus der Aufklärungszeit” kenmerkt. Hedemann wees in 1933 op het gevaar van “Die Flucht in die Generalklauseln”¹⁹ hetgeen hem later niet verhinderde een actief aandeel te leveren in het ontwerpen van een privaatrechtelijke codificatie die de bestaande codificatie, het BGB, moest vervangen,²⁰ welk ontwerp wemelde van de Generalklauseln die een nazificatie van het privaatrecht mogelijk maakten. Frank betoogde in 1934²¹ dat in Duitsland het recht slechts een middel kan zijn ten

III,44,5; De Regno, 1,3; X. 1.5.3: Speciali utilitati communem et minori maiorum praeferenda est; Necessitas publica maior est quam privata; Privata debent cedere publicis. Zo ook b.v. Azo, *Brocardica*, Rubr. 69, fol.151: Utilitas communis privatae praeponenda est. Zie reeds C. 12,62(63),3: Utilitas publica praeferenda est privatorum contractibus. Vgl. Th Eschmann in *Mediaeval Studies*, 6 (1944), p.62 e.v.

¹⁵ Discours à la Convention sur le jugement de Louis XVI, op 3 december 1792. Nicolaas Matsier, *het achtenveertigste uur*, p.168, laat de IND ambtenaar zeggen: “Ik heb hier niet over een mens te beslissen, maar over een dossier”. Dat is geïnstitutionaliseerd in de procedure: de beslisambtenaar heeft de verzoeker nooit gezien laat staan gesproken (maar *Hominum causa omne ius constitutum est*: D. 1,5,2).

Paul Scholten, *Gedachten over macht en recht*, in: *Verzamelde geschriften*, 1949, I, p.212, verwijst in dit verband naar Rousseau, *Du Contrat social*, II,V: “Or, le Citoyen n’est plus juge du péril auquel la loi veut qu’il s’expose; et quand le Prince lui a dit: ‘Il est expédient à l’État que tu meures’, il doit mourir”.

¹⁶ Giorgio del Vecchio, *Justice, An Historical and Philosophical Essay*, 1956, Hfst. VII (het idee van Alteritas)

¹⁷ NSDAP-Partijprogramma van 24 februari 1920, Pkt.24 (zie Jesserun d’Oliveira in *Pro Memorie* [...], 2005, Afl.1, p.140) en in navolging daarvan het Leidend beginsel voor het programma van 20 punten van Mussert, later ook opgenomen in “Volk en Vaderland” van 7 januari 1933: “Voor het zedelijk en lichamelijk welzijn van een volk is noodig een krachtig Staatsbestuur, zelfrespect van de natie, tucht, orde, solidariteit van alle bevolkingsklassen en het voorgaan van het algemeen (nationaal) belang boven het groepsbelang en van het groepsbelang boven het persoonlijk belang”. Zie reeds Dionysius Gothofredus, *Randglosse Utilitas* op Glosse Et ex mare op D. 1,8,5: Utilitas publica privatae praeferri debet. Zie t.a.v. deze dominantie van het gemeenschapsbelang in de z.g. autoritaire of totalitaire richting in het strafrecht W.C. van Binsbergen, *Poenaal Panorama*, 1986, p.146/147.

¹⁸ Bemerkungen zum Methodenstreit in der Privatrechtswissenschaft, in: Hans Hattenhauer/Arno Buschmann, *Textbuch zur Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 1967, p.305.

¹⁹ Hattenhauer/Buschmann o.c., p.310-312.

²⁰ Punt 19 van het NSDAP-programma : Ersatz für das der materialistischen Weltordnung dienende römische Recht durch ein deutsches Gemeinrecht.

²¹ Hans Frank, *Nationalsozialismus im Recht*. Zie Hattenhauer/Buschmann o.c., p.316.

KOOIKER

behoefte van de “rassisch-völkischen Gemeinschaft”. Het individu kan slechts “gewertet” worden vanuit het gezichtspunt van zijn waarde voor de “völkische Gemeinschaft”.

In het ontwerp-Volksgesetzbuch van 1942²² zijn dergelijke gedachten uitgewerkt in bepalingen als : “Oberstes Gesetz ist das Wohl des deutschen Volkes”; “ Erste Pflicht jedes Volksgenossen ist, seine Kräfte für die Volksgemeinschaft voll einzusetzen”, en : “Das Wohl der Gemeinschaft ist dem eigenen Nutzen voranzustellen”.

Waar de uitgangspunten van b.v. een Bodin: ‘Quod principi placuit leges habet vigorem’, en ‘Princeps legibus solutus est’, op zijn uitgelopen in het Duitsland vanaf de 30er jaren van de twintigste eeuw, is pregnant beschreven door Van Caenegem.²³

Na de oorlog komt men in de wetgeving van de DDR een benadering tegen die beangstigend veel lijkt op de nadruk die in het nationaal-socialisme lag op het belang van de staat waaraan de belangen van het individu ondergeschikt zijn.²⁴

In de navolgende paragraaf zal aan de keerzijde, het denken over het recht van het individu en de inperking van de absolute staat van de staatsmacht, aandacht besteed worden.

3 *Droit*

In de 16 eeuw breekt de absolutistische opvatting van het staatsgezag definitief door, maar tevens komt daarop al een reactie. Hoewel die reactie ook weer tot bestrijding aanleiding gaf²⁵ was het onvermijdelijk dat de discussie weer oplaaide over de vraag of dit absolute staatsgezag toch ook niet, behalve in een (niet afdwingbaar) Natuurrecht, zijn grenzen moest vinden in het positieve recht (zie b.v. de reactie op het absolutisme bij Jurieu²⁶). De soevereiniteit zoals door Bodin verdedigd, kwam er immers op neer dat de *wil* van de soeverein voldoende is om *recht* te maken hetgeen een vrijbrief vormt voor willekeur. Dat “even angelical beings, and glorified souls are subject to a law”²⁷ werd algemeen aanvaard, maar hoe men die onderwerping aan de wet moest construeren en legitimeren bleef een discussiepunt.

Bleef, want Seneca²⁸ verbaasde zich er al over dat moord door een particulier veroordeeld

²² Grundregeln. Hattenhauer/Buschmann o.c., p.320.321.

²³ R.C. van Caenegem, *Geschiedkundige inleiding tot het recht*. Deel II: Publiekrecht, 1994, p.224 e.v.

²⁴ Zie J.H.A. Lokin/W.J.Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, 3^e dr., 2000, p.265/266.

²⁵ Bij ons door b.v. Huber als aanhanger van de absolutistische theorie: T.J. Veen, *Recht en nut* [...], 1976, p.108.

²⁶ P. Jurieu, *Les soupirs de la France esclavée, qui aspire après la liberté*, 1689. Een heftig protest tegen het absolutisme van Lodewijk XIV, en een pleidooi voor de rechten van het volk. Eerder had zich al verzet tegen de absolute monarchie Turguet de Mayerne, *La Monarchie Aristodémocratique*, 1611, hetgeen hem in de Bastille deed belanden.

²⁷ Nathanael Culverwel, *Elegant and Learned Discourse of the Light of Nature*, 1652, ed. Robert A. Greene en Hugh MacCallum, 1971, p.39.

²⁸ *Ad Lucilium Epistulae morales*, 95; 29-31. De echo daarvan vindt men bij De Groot, *De iure Belli ac Pacis*, II, 4,5:2, en Pascal *Pensées*, Art. XXIV nr.III: “Pourquoi me tuez-vous? Eh

RAISON D'ÉTAT VERSUS DROIT (INDIVIDUEL)

wordt, maar niet als het gaat om moord op grote schaal door de staat bij het overwinnen van volkeren.

Op incidenteel niveau treft men ook in de middeleeuwen al het besef aan dat bij de bepaling van wat de Raison d'état verlangt, ook een juridische toets moet worden aangelegd, t.a.v. het belang van de enkeling, maar ook toen al gaf, ondanks alle theoretische beschouwingen over b.v. de *aequitas canonica*, die Raison meestal de doorslag.²⁹

Natuurlijk zijn er altijd, door de eeuwen heen, verlichte geesten geweest die voor de handhaving van ethische principes bereid waren een offer te brengen, of die opkwamen voor zwakken en onderdrukten. Voorbeelden daarvan zijn de Romeinse juristen Cocceius Nerva, die volgens Tacitus³⁰ in 33 na Chr. zelfmoord gepleegd heeft uit protest tegen de wantoestanden in de staat ten tijde van keizer Tiberius, Domitius Ulpianus, die het slachtoffer werd van zijn hoge staatsopvatting³¹, en Aemilius Papinianus, volgens velen de grootste, en in ieder geval de scherpzinnigste Romeinse jurist, die ook meer dan andere juristen ethische overwegingen in zijn beschouwingen betrok, en die in 212 na Chr. werd geëxecuteerd op last van keizer Caracalla omdat hij weigerde de moord van Caracalla op diens broer en mederegent Geta voor de Senaat te rechtvaardigen.³² Zijn dood gaf de eeuwen door aanleiding tot een ware heldenverering.³³ Een later voorbeeld, uit het midden van de 16^e eeuw, is de dominicaan Bartolomé de Las Casas (1474-1566)³⁴, die streefde naar een verbod op slavernij en zich keerde tegen het toen gebruikelijk afslachten of mishandelen van ongelovigen in de Spaanse koloniale gebieden. Opvallend is dat deze voorvechter van wat later mensenrechten werd genoemd, zijn argumenten een legale grondslag trachtte te geven door ze te ontleen aan het Canonieke recht. Romeins recht, Natuurrecht en Canoniek recht waren in zijn tijd rechtsbronnen die elkaar wederzijds beïnvloedden en versterkten, voor een belangrijk deel samenvielen en het materiaal verschaften om willekeur van de staatsmacht tegen te gaan..

quoi! Ne demeurez-vous pas de l'autre côté de l'eau? Mon ami, si vous demeuriez de ce côté, je serois un assassin, cela seroit injuste de vous tuer de la sorte; mais puisque vous demeurez de l'autre côté, je suis un brave, et cela est juste".

Rechtsfilosofen noemen dat het probleem van botsing van waarden.

²⁹ Zie b.v. Michelle Bubenicek, *Bon droit et raison d'État. Réflexions entre le pouvoir royal et la justice du Parlement dans le dernier tiers du XIV^e siècle*, in: *Cahiers de recherches médiévales*, no.7 (2000), en W. Prevenier in *De Nederlanden in de late middeleeuwen*, red. D.E.H de Boer/ J.W. Marsilje, 1987, p.416.

³⁰ *Annales*, 6,26.

³¹ W.J. Zwalve, *Keizers, soldaten en juristen* [...], 1998, p.83 e.v.

³² Cassius Dio, 77, 4, 1-2; *Historia Augusta* 13,8,5,6.

³³ Andreas Gryphius, *Grossmüttiger Rechts-Gelehrter, Oder Sterbender Ämilius Papinianus*, 1659; de twee oraties van Voorda uit 1770 en 1795: zie Van de Vrugt in *Zestig juristen, Bijdragen tot een beeld van de geschiedenis der Nederlandse Rechtswetenschap*, red. T.J. Veen en P.C. Kop, 1987, p.174.

³⁴ *Brevissima relación de la destrucción de las Indias*, 1552.

4 *Natuurrecht versus cultuurrelativisme*

Wat vroeger Natuurrecht werd genoemd treft men thans in belangrijke mate aan in de vorm van de internationale mensenrechten.

De cruciale vraag die in de discussie over die rechten steeds weer opdoemt, is, of bij (veronderstelde) strijd tussen het staatsbelang en het individuele belang met name als bij het individuele belang deze rechten in het geding zijn, aan het beginsel van respectering ervan een hoger, zwaarder gewicht moet worden toegekend dan aan respectering van het staatsbelang omdat het bij mensenrechten gaat om een “standard that is to be observed not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality”.³⁵

Een probleem dat dan opdoemt is, dat er een verschil in perceptie te constateren valt tussen de ‘westerse’ opvatting en de visie die men elders in de wereld veelal aantreft.³⁶ Het universele karakter dat de westerse landen claimen voor hun opvatting van mensenrechten is voor die niet-westerse landen moeilijk te begrijpen. Die landen gaan eerder uit van collectieve verbanden waaraan het individu ondergeschikt is, evenals in de middeleeuwen. Die andere, niet-westerse culturen worden gekenmerkt door eerbied voor gezag en hiërarchie, afkeer van inspraak en zeker van tegenspraak, en van openbare discussie en bemoeienis van buiten met wat men ziet als interne kwesties. Als ze individuele rechten al in de wetgeving en met name in de Grondwet opnemen, is het vaak alleen voor de Bühne. Dit probleem wordt versterkt omdat de tegenstanders van westerse waarden kunnen wijzen op het bestaan van de filosofie van het cultuurrelativisme. In die filosofie, die meer, en belangrijke, aanhangers kent dan men zou denken, zijn westerse waarden geen teken van een superieure cultuur: alle culturen zijn gelijkwaardig. Dat kan uitlopen op een ethisch relativisme dat leert dat de uiteenlopende opvattingen uiteindelijk gelijkwaardig zijn.³⁷ Culturen waar ongelijkheid en onvrijheid als moreel juist worden gezien hebben dan eenzelfde recht van spreken als de westerse cultuur. De waarden van onze cultuur hebben dan geen universele gelding en zijn slechts tijd- en plaatsgebonden uitingen van die cultuur.

Dit cultuurrelativisme is echter onderhevig aan de kritiek dat veel culturen b.v. de waarde van tolerantie niet kennen. Bij botsing van verschillende culturen zijn er geen oplossingen voor het probleem hoe men moet omgaan met b.v. minderheden die een ongelijke positie

³⁵ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1978, p.22.

³⁶ John Rawls, *The Law of Peoples*, 1993, uitgebreide versie 1999.

³⁷ Maris in C.W. Maris/F.C.L.M. Jacobs (red.), *Recht, Orde en Vrijheid*. Een historische inleiding in de rechtsfilosofie, 2^e dr., 1997, p.288. Vgl. Oswald Spengler, *Der Untergang des Abendlandes* [...], 1923, I, p.437: “Es gibt so viel Moralen, als es Kulturen gibt, nicht mehr und nicht weniger...Es gibt keine allgemein menschliche Moral”. Theo J. van der Wal laat in zijn novelle *De Haat* (1945, p.57) een van de gevangenen zeggen: “Kan men eigenlijk wel zeggen wat moraal is? Hoe veranderen niet de ethische principes. Wat ons onzedelijk voorkomt, was het vroeger niet. En wat wij geoorloofd vinden, kreeg eeuwen geleden strenge correctie”.

RAISON D'ÉTAT VERSUS DROIT (INDIVIDUEL)

van man en vrouw voorstaan, of die niet willen weten van vrijheid van meningsuiting, gelijkheid, democratie, rechtsstaat en mensenrechten, en die b.v. eerwraak geboden achten. De tegenwerping dat zulks niet zo erg is zolang de leden van de samenleving de waarden die onvrijheid en ongelijkheid impliceren maar zelf onderschrijven gaat voorbij aan het feit dat consensus over zo'n intolerante doctrine vaak door indoctrinatie is ontstaan en dus een onderdrukkende consensus is.³⁸ De consequentie van het cultuurrelativisme is dat het b.v. niet mogelijk is tegen genitale verminking van vrouwen of tegen slavernij te zijn.³⁹

Een volgende vraag is of binnen het systeem van westerse waarden al die waarden, tot uitdrukking komend in mensenrechten naar westers model, geacht kunnen worden aanspraak te maken op gelijke eerbiediging en bovendien universeel van karakter zijn.

Ik zou geneigd zijn te verdedigen dat binnen het geheel van mensenrechten er toch een aantal rechten te onderscheiden zijn die niets specifiek 'westers' hebben maar wel degelijk aanspraak kunnen maken op universaliteit.⁴⁰ Dat is dus weer het opvatten van de oude gedachte van het bestaan van een Natuurrecht dat voortvloeit uit de menselijke rede en boven alle verschillen in opvattingen, en ook geloofsverschillen, staat. Het gaat om regels die voor ieder mens, uitgerust met een fundamenteel inzicht in goed en kwaad, zoals Epictetus al heeft verdedigd, in iedere situatie, zowel in het verleden als thans, gerespecteerd zouden dienen te worden. Erkenning van met name de menselijke waardigheid als begin van alle recht, en de menselijke vrijheid zou als een mondiaal geldende, basale, ethische grondnorm moeten gelden waaraan geen concessies gedaan kunnen worden, ook geen schijnconcessies in een juridisch kleed verhuld,⁴¹ en waarvan derhalve niet slechts gezegd kan worden dat ze geografisch universeel dienen te zijn, maar ook universeel in de tijd.

Die gedachte leidt tot de erkenning van het bestaan van een soort hiërarchie van beginselen: mensenrechten staan bovenaan en daarbinnen⁴² staan b.v. fair trial-beginselen als het Habeas corpus-beginsel weer hoger dan b.v. het bevorderen van sommige andere elementen die het karakter van een rechtsstaat bepalen als de eis dat de drie staatsmachten toezicht op elkaar moeten kunnen houden, o.m. implicerende toetsing van de

³⁸ Maris in Maris/Jacobs o.c., p.338-340.

³⁹ Ibidem, p.372.

⁴⁰ Contra: Maris en Jacobs, o.c., p.377 die menen dat er geen dwingende argumenten tegen de juistheid van het cultuurrelativisme zijn aan te voeren.

⁴¹ Giorgio Del Vecchio, *Justice. An Historical and Philosophical Essay*, 1952, p.118.

⁴² Zie over de vraag of er zoiets bestaat als een hiërarchie van rechten binnen het geheel van mensenrechten de opstellen in de bundel *Essential human rights* in *The Annals of the American Academy of political and social science*, januari 1946, V. Cathrein, *Recht, Naturrecht und positives Recht*, 2^e dr., 1909, p.279, G.E. Langemeijer, *De bruikbaarheid van de term 'Natuurrecht'*, Mededelingen KNAW, afd. letterkunde, Nieuwe reeks, deel 28 no.9, 1965, p.16/17, G.J.H. van Hoof, Anarchie en hiërarchie in het internationale recht inzake de rechten van de mens, in: *Rechtsuitgang [...]*, 1992, p.216 e.v., en S. Toulmin, *Return to reason*, 2001, p.192 (die het bestaan van basale rechten die als urgent en superieur zijn te beschouwen, ontkent).

constitutionaliteit van de wetgeving (op dit punt is in de ogen van b.v. Van Caenegem⁴³ Nederland een onvoltooide rechtsstaat), vrije verkiezingen, het recht tot vereniging en vergadering en daarvan afgeleid het recht tot groepsvorming die niet is onderworpen aan het centrale gezag.

5 *Het absolute karakter van het verbod op schending van basale mensenrechten*

Als het gaat om schending van mensenrechten die in de hiërarchie bovenaan staan en behoren tot de basale kern van die rechten, dus op rechten die omschreven zijn in b.v. art. 3 EVRM⁴⁴, horen er derhalve geen concessies gedaan te worden aan de westerse opvattingen inzake de bepalende elementen om van een rechtsstaat te kunnen spreken. Dit komt tot uitdrukking in het z.g. absolute karakter van deze basale mensenrechten, en, althans in abstracto, vindt men dat absolute karakter terug in de interpretatie van b.v. art. 3 EVRM, een artikel dat rechtshistorisch een nazaat is van de gedachte van het Natuurrecht. Dat absolute karakter houdt in, dat geen concessies mogen worden gedaan bij de bescherming van dit type mensenrechten die terug te voeren zijn op de Raison d'état, en werd tot voor kort keer op keer benadrukt door het EHRM.⁴⁵

Één van de consequenties van dit absolute karakter is dat het onderzoek naar de vraag of in een concreet geval bescherming tegen aantasting van een mensenrecht geboden is, een grondig en serieus karakter moet hebben. Daar mankeert het in de Nederlandse situatie nog al eens aan. Eén van de mogelijkheden om het primaat van de Raison d'état in stand te houden is zijn toevlucht te nemen tot formalismen die doorgaans in het nadeel van het individu uitwerken. Zo dient de asieladvocaat in hoger beroep voor de ABRvS de sacrosancte formule te hanteren dat hij als “bepaaldelijk gevolmachtigde” optreedt.⁴⁶ Als hij de formule hanteert als ‘gemachtigde’ op te treden fungeert de ABRvS niet als dienaar des rechts (Advocatorum error litigantibus non nocet: C. 2,9,3), maar als onheilsstichter en is het einde verhaal. Nalatigheid van de gemachtigde wordt ook in zo'n geval aan de verzoeker toegerekend.⁴⁷

Toen ik kennis nam van deze uitspraak heb ik maar eens geprobeerd om er achter te komen wat het commentaar er op zou zijn van Gaius. Een voor de hand liggende keuze. De grote Gaius-kenner Manthe had ons immers voorgehouden: “Der Gaius hat immer recht. Wir wissen nur noch nicht

⁴³ Réflexions historiques sur l'Etat de droit, in: *La sistematica giuridica* [...], 1991, p.241.

⁴⁴ Niemand mag worden onderworpen aan foltering en noch aan onmenselijke of vernederende behandelingen of straffen.

⁴⁵ O.a. 15 november 1996, NJ 1997/301; 17 december 1996, RV 1996,21 m.nt. Vermeulen; 19 februari 1998, JV 1998, 45 (de casus Bahaddar); 11 januari 2007 nr. 1948/04, NAV 2007/1, p.46 e.v. m.nt. Reneman, JV 2007/30 m.nt. Vermeulen (de casus Salah Sheekh/Nederland); 28 februari 2008 nr.37201/06 NAV 2008-2 nr.7, p.96 m.nt. RB, JV 2008/131 m.nt. Wouters (de casus Saadi); 30 juni 2008 nr.22978/05, NJ 2009,20 m.nt. Buruma.

⁴⁶ Vluchtelingenwet 2000, art. 70-1.

⁴⁷ ABRvS. 17 augustus 2001, JV 2001/263, 16 oktober 2001, JV 2002/524, 2 november 2001, ABRvS 20014992/1, 8 januari 2002, JV 2002/47 en 9 juli 2008, ABRvS 200801299/1, NAV 2008-5 nr.37 m.nt. MR.

RAISON D'ÉTAT VERSUS DROIT (INDIVIDUEL)

immer warum”. Ik paste de beproefde methode van Ihering⁴⁸ toe, door mijn sigaar op te steken en flinke rookwolken te blazen. Spoedig verscheen Gaius in die wolken: “U hebt mij geroepen? Waarmee kan ik U van dienst zijn?”

Nu wist ik dat, hoewel over Gaius eigenlijk niets bekend is, er toch tal van theorieën over hem ontwikkeld zijn: Gaius was een Christen, een Griek, een Jood, etc., waaronder de theorie dat Gaius nooit bestaan heeft, en de nog opvallender theorie dat het om een vrouw zou gaan.⁴⁹ Ook kende ik natuurlijk de recente theorie van Pugsley (bestreden door Stanojevic) dat Gaius de jurist Pomponius geweest kan zijn.

Ik was dan ook verrast toen Gaius toch een vrouw bleek te zijn, en wel, naar uit het gesprek dat zich ontwikkelde (zij sprak een elegant doch vrij eenvoudig Latijn dat goed te volgen was) duidelijk werd, de dochter van Pomponius.

Ik nam de gelegenheid te baat haar te vragen wat zij van de genoemde uitspraak van de ABRvS vond. Zij ontstak onmiddellijk in enthousiasme: “Dat zoiets bij U ook bestaan heeft; een priesterlijk college dat nog niet los is gekomen van de religieuze voorfase van het recht, waarin men nog beheerst werd door de magisch-animistische gedachte dat een voortdurende strijd geleverd moet worden om de Demonen in vrede te houden; een vrede die slechts te bereiken is door het gebruik van sacrosancte formuleringen, waarbij de geringste afwijking van de formule fataal is. Ik heb mij over die oude toestanden in mijn Commentarii vrolijk gemaakt: wie over omgehakte wijnstokken procedeerde, en in zijn actio het woord “wijnstokken” gebruikte, in plaats van “bomen”, kreeg te horen dat hij zijn zaak verloren had, omdat de Lex XII Tabularum nu eenmaal over bomen en niet over wijnstokken sprak. Aan die primitieve onzin heeft de Lex Aebutia in het begin van de tweede eeuw voor het jaar 0 van Uw jaartelling al een definitief einde gemaakt”.

Een gevoel van plaatsvervangende schaamte vervulde mij. Hoe moest ik haar uitleggen dat er een misverstand was ontstaan; dat waarover wij spraken zich recentelijk in onze voor haar zo verre streken (unde sunt beluae) had voorgedaan? Maar er viel niet aan te ontkomen en ik ontvouwde haar in grote trekken het beleid van onze ABRvS op het punt van het formeel omgaan met wettelijke voorschriften, mij haastend er aan toe te voegen dat een senator, een zekere Nicolaus Frisius, ook moeite had gehad met de besproken beslissing, zeggende: “Je leven zal er maar van afhangen”.

“Wat was het resultaat van die interventus van deze senator?” wilde ze weten.

Terwijl ik sprak versomberden zich haar trekken. Haar fysionomie werd al vager, en voordat ik haar om commentaar kon vragen, was ze verdwenen en mijn sigaar uit.

Zo'n strenge uitleg van regels komt ook bij materiële regels voor: het getuige zijn geweest van traumatiserende gebeurtenissen is in het asielrecht een beschermingsgrond. Een Angolese jongen die verstopt achter het kippenhok op 5 meter afstand van de plek waar familieleden mishandeld, gemarteld en afgemaakt waren, is geen (oog)getuige geweest omdat hij zich niet bevond in de woning en dus de schoten wel gehoord had maar niet lijfelijk aanwezig zoals de Vreemdelingencirculaire 2000⁵⁰ wordt geïnterpreteerd.⁵¹ Dat die uitspraak in de literatuur als

⁴⁸ *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 13^e dr., 1924, p.139.

⁴⁹ R. Samter, *Deutsche Juristenzeitung*, 1908 nr.24, p.1386/1387.

⁵⁰ C1/4.4.2.3.

KOOIKER

schandelijk is gekwalificeerd, hielp niet. De ABRvS is doorgeslagen met dit type uitspraken. Uiteindelijk heeft dat er zelfs toe geleid dat onlangs de vreemdelingenrechtshouders hun gebruikelijke groepsloyaliteit hebben afgelegd en hun afkeer van de uitspraken van de ABRvS niet meer voor zich hebben willen houden.⁵²

De kern van het probleem is, dat het asielrecht, om de mogelijkheden voor de overheid om de Raison d'état zo goed mogelijk te kunnen dienen, is geconstrueerd niet als een onderdeel van mensenrechten, maar als een bijzondere vorm van het bestuursrecht. Alsof het bij de beslissing al dan niet bescherming te bieden om een dakkapel gaat. Het asielrecht wordt dan ook gekenmerkt door typisch bestuursrechtelijke constructies als marginale toetsing, de z.g. ongedocumenteerdenregeling, en de z.g. fuikenjurisprudentie.

De ongedocumenteerdenregeling impliceert o.m. dat van het vluchtverhaal niet de vereiste positieve overtuigingskracht uitgaat als de verzoeker geen identiteitspapieren bij zich heeft (dat levert met name in het vluchtland grote risico's op), en voorzover hij wel papieren heeft, slechts over kopieën beschikt⁵³ of over niet in het Nederlands vertaalde documenten,⁵⁴ tenzij er in zijn vluchtverhaal geen inconsistenties of hiaten voorkomen. Dergelijke onvolkomenheden zijn in vluchtverhalen echter eer regel dan uitzondering, ook als ze waar zijn. Overtuigingskracht wegens afwezigheid van dergelijke onvolkomenheden heeft niet veel met geloofwaardigheid te maken. Eerder lijkt die overtuigingskracht bij gebreke van inconsistenties en hiaten een indicator te vormen voor onechtheid of onwaarheid.⁵⁵

De beslissing van de overheid ten aanzien van de geloofwaardigheid kan vervolgens door de rechter slechts marginaal getoetst worden. Het initiatief-wetsontwerp van D'66 dat daaraan een einde wil maken, is met reserves ontvangen door de regeringsfracties, de VVD en de PVV.

De fuikenjurisprudentie houdt b.v. in dat een vrouw die bij het begin van de procedure nog niet in staat is geweest melding te maken van haar verkrachting, daar in een later stadium niet meer op kan terugkomen.

Het EHRM tracht wel dergelijke ontwikkelingen corrigeren. Maar ook dat Hof weet soms niet aan overwegingen ontleend aan de Raison d'état te ontkomen:

In alle scherpte zijn de consequenties van het genoemde uitgangspunt dat bescherming tegen aantasting van basale mensenrechten een absoluut karakter dient te hebben aan de orde geweest in de casus EHRM 27 mei 2008.⁵⁶ Verzoekster, afkomstig uit Uganda, voerde aan dat zij lijdt aan twee

⁵¹ ABRvS. 24 maart 2004, ABRvS 200308913/1, JV 2004/205, NAV 2004-6 nr.166, p.375 m.nt. MH.

⁵² Zie de afscheidsrede van Groenendijk, gehouden op 25 april 2008, *Een venijnig proces*.

⁵³ De eis: geen kopieën, is in strijd met de wet: T.P. Spijkerboer/B.P. Vermeulen, *Vluchtelingenrecht*, 2005, p.270.

⁵⁴ Stukken in b.v. het Engels accepteren de IND en de rechter niet. Zo'n niet vertaald document is voor de overheid Grieks en Graeca non leguntur.

⁵⁵ Rassin, Fouten verzekerd: Hoe wij omgaan met "de waarheid" in asielprocedures, *JV* 2006-6, p.415-421.

⁵⁶ Nr. 26565/05 (Grote Kamer), NAV 2008-4 nr.28, p.267 m.nt. RB.

RAISON D'ÉTAT VERSUS DROIT (INDIVIDUEL)

aids-gerelateerde ziektes zodat uitzetting in strijd is met de artt. 3 en 8 EVRM, nu zij in Uganda geen toegang heeft tot medische behandeling. Het Hof oordeelde dat een belangrijke mate van beperking van de levensverwachting onvoldoende is om van een schending van art. 3 EVRM te kunnen spreken. De situatie, aldus het Hof, is nog niet zo ernstig als in de St.Kitts-zaak⁵⁷ waar de verzoeker zeer ernstig en terminaal ziek was (AIDS), geen medische zorg voor zijn ziekte zou krijgen in het land van herkomst en geen familie had waarop hij terug kon vallen en dus in eenzaamheid langzaam en pijnlijk zou sterven (een cynische tegenwerping zou kunnen zijn dat als je toch dood gaat er minder reden tot bescherming is dan in het geval er althans nog sprake is van enige levensverwachting).

Tot zover gaat het technisch-juridisch gezien nog niet echt fout, al zal niet iedereen de harde benadering van het Hof ethisch aanvaardbaar achten. Maar dan komt het:

Ter rechtvaardiging van zijn opvatting grijpt de meerderheid van de raadsheren van het Hof ook terug op de stelling dat inherent is aan het EVRM “a search for a fair balance between the demands of general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights”. Men kan geen te grote last op de lidstaten leggen.⁵⁸ Bovendien, aldus nog steeds deze meerderheid, is het EVRM

“ essentially directed at het protection of civil and political rights”, en niet op sociale/economische grondrechten.

Drie raadsheren spraken een joint dissenting opinion uit. Zij betwistten de stelling van de meerderheid van hun collega’s dat inherent aan het EVRM zou zijn het vinden van een balans tussen algemene en individuele rechten, daarbij wijzend op het absolute karakter van art. 3 EVRM. Als er een “real risk of ill-treatment” bestaat is derogatie van die absolute norm niet mogelijk.⁵⁹ Beperking van de bescherming van art.3 EVRM op grond van te vrezen ill-treatment tot behandelingen die te maken hebben met burger- en politieke rechten, dus met uitsluiting van sociale/economische factoren, kent dat art. 3 ook niet, aldus deze minderheid.⁶⁰ Ook dat vloeit voort, zou ik geneigd zijn te zeggen, uit het absolute karakter van dat artikel.

Vóór het standpunt van de drie dissenting judges pleit, dat men niet tegelijkertijd de mogelijkheid van het zoeken van een balans tussen algemeen en individueel belang kan accepteren en tevens kan trachten het absolute, geen derogatie toelatende, absolute karakter van art. 3 EVRM overeind te houden. Als uit het onderzoek in het kader van de beschermingsaanvraag van een verzoeker blijkt dat een risico als omschreven in dat artikel te vrezen valt, vloeit uit het absolute karakter voort dat er uiteindelijk helemaal niets meer valt af te wegen tussen algemeen en individueel belang. Zo handelt het Hof ook in andere gevallen⁶¹ waarin het vasthoudt aan dat absolute karakter en b.v. van

⁵⁷ EHRM 2 mei 1997 nr.146/1996/767/974, RV 1997/70 m.nt. ABT. Eenzelfde uitspraak in de zaak Bensaid, 6 februari 2001 nr.44599/98, JV 2001/103.

⁵⁸ In noot 56 genoemde uitspraak, par. 44 i.f.: “ A finding to the contrary would place too great a burden on the Contracting States”.

⁵⁹ Dissenting opinion in de genoemde uitspraak, par. 138.

⁶⁰ Dissenting opinion, par. 52.

⁶¹ Met name Saadi/Italië (28 februari 2008 nr.37201/06, NAV 2008/7 m.nt. Bruin) en Ramzy/Nederland (27 mei 2008 nr.25424/05).

KOOIKER

een balans tussen nationale veiligheidsoverwegingen en individuele bescherming niets wil weten.

De enige begaanbare weg is m.i., gelet op dit absolute karakter, een interpretatie die de absoluteheid van de norm eerbiedigt. Men had zich in casu b.v. desnoods kunnen beperken tot de vaststelling dat die norm dient in te houden dat slechts als er sprake is van een terminale, in het vluchtland niet behandelbare ziekte, en afwezigheid van sociale ondersteuning, strijd met art. 3 EVRM kan bestaan, gelet op de eis dat voor de toepassing van dat artikel er sprake moet zijn van een minimum “level of severity”.⁶² Die kille interpretatie heeft het Hof in de beschreven casuspositie toch blijkbaar niet zonder nadere, ondersteunende, overwegingen aangedurfd, is naar verdere onderbouwing gaan zoeken, en is toen de verkeerde weg ingeslagen. Immers, nu blijkt opeens het absolute karakter van art. 3 EVRM minder absoluut te zijn dan wij altijd dachten. Moeten we nu soms een splitsing aanbrengen tussen folteren enerzijds (absolute werking) en onmenselijke of vernederende behandeling anderzijds (minder absolute werking)? Of vertoont de absolute art. 3 EVRM-norm over de hele linie uiteindelijk toch relatieve trekken? Beide opties zijn onaanvaardbaar. Het introduceren van een mitigering van die absoluteheid in het kader van een afwegingsproces van het belang van de staat tegen dat van het individu komt wel eens voor b.v. bij detentie van vluchtelingen, maar het belang van de staat is dan dat voorkomen moet worden dat vluchtelingen voor wie een schending van art. 3 EVRM niet te vrezen valt, zich aan uitzetting onttrekken. Maar als b.v. de detentieomstandigheden zo slecht zijn dat er sprake is van een vernederende behandeling, komt art. 3 EVRM al weer in beeld. Zodra de mogelijkheid van een schending van dat artikel zich voordoet, is het staatsbelang niet meer relevant. Bij zieke verzoekers gaat het dus alleen om de vraag of terugsturen naar het vluchtland gelet op de omstandigheden aldaar in strijd kan zijn met elementaire humanitaire beginselen. Het belang van de staat om terug te sturen is dan geen relevante, zelfstandige, afwegingsgrond die zou inhouden dat de staat er belang bij heeft niet iedereen die ernstig ziek is te moeten gedogen.⁶³ Het gaat dan nog slechts om een eventuele legitimatie voor de staat om niet in alle gevallen van strijd met art. 3 EVRM te hoeven spreken. De afweging heeft in dit type gevallen dus betrekking op de ernst, de zwaarte, van de te vrezen schending van de in art. 3 EVRM vervatte norm, dus op de interpretatie van dat artikel. En in dit opzicht wijkt die afweging niet af van de afweging in andere gevallen.

In de strijd tussen Raison d'état en droit individueel blijken de veronderstelde algemene

⁶² Spijkerboer/Vermeulen o.c., p.73.

⁶³ Anders O.L.H.W.I. Korte in *JV* 2008-5 nr.113, p.497: uit de macht van het getal vloeit voort, aldus Korte, dat de Nederlandse samenleving onmogelijk al deze mensen (= zij die zich in een medische noodsituatie bevinden) de nodige zorg kan verlenen. Voorzover dat waar is (tot het onmogelijke is niemand gehouden, althans als we als fact of life accepteren de huidige relaties tussen rijke en arme landen) heeft dat m.i. niet te maken met de afweging tussen algemeen belang en het zedelijk bewustzijn anderzijds (zie daarover Meijers, *De Algemene Begrippen*, p.1 e.v.) en ook niet met de afweging waarvan hier volgens Korte sprake zou zijn, n.l. voortvloeiend uit de spanning tussen de beslissing *die het recht voorschrijft* (cursivering van mij), het recht in abstracto, dat bij hem ook in de besproken casuspositie blijkbaar mede overwegingen van staatsbelang omvat, en de ‘Individualgerechtigheid’, de uitkomst in het concrete geval die als onrechtvaardig wordt aangevoeld.

RAISON D'ÉTAT VERSUS DROIT (INDIVIDUEL)

belangen meestal de doorslag te geven. Bij het asielbeleid gaat het dan b.v. om overwegingen van algemeen belang die inhouden dat er geen te grote druk op een samenleving mag ontstaan; de maatschappelijke structuren, zo heet het dan, moeten houdbaar en duurzaam blijven en met name de sociaal-economische structuur mag niet te zeer ondermijnd worden; de rechtsorde moet in stand blijven en het afbreken van de “draagzuilen der maatschappelijke orde”⁶⁴ dient voorkomen te worden. Bij de afweging tussen het algemeen belang dat geacht wordt gediend te zijn met een restrictief toelatingsbeleid, en het individuele belang vormt de belangrijkste afwegingsfactor de ratio van zo'n restrictief beleid en wel met name economische motieven, aldus in alle openheid de Vreemdelingencirculaire 2000 ⁶⁵, en bij dergelijke overwegingen worden morele aspecten weggedrongen door wat Habermas ⁶⁶ noemt functionalistische rationaliteit: de overheid werkt slechts met criteria als evenwicht, stabiliteit en zelfhandhaving.⁶⁷ Dan zijn we niet ver meer verwijderd van de definitie van primitive law door Roscoe Pound ⁶⁸: het doel van het recht is “to keep the peace at all events and at any price”.

H. Kooiker

Groningen

⁶⁴ Een beeldspraak ontleent aan de 19e eeuwse critici van Van Hamel als kopman van de Nieuwe richting in het Nederlandse strafrecht: zie Fijnaut in *Zestig juristen* (zie hiervoor, nt. 33), p.339.

⁶⁵ B.v. ad B2/13.2.4.

⁶⁶ *Theorie des kommunikativen Handels*, 1981.

⁶⁷ Vgl. S.W. Couwenberg, *Gezag en vrijheid. Inleiding in de constitutionele rechts- en ontwikkelingstheorie*, 1991, p.165-167: Mensenrechten worden afgewogen tegen doelen als staatsveiligheid, openbare orde, preventie van misdaden, etc.

⁶⁸ *An Introduction to the Philosophy of Law*, 2e dr., 1954, p.33.