

VU Research Portal

Human Rights and the Critiques of the Public-Private Distinction

Amaya Castro, J.M.

2010

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Amaya Castro, J. M. (2010). *Human Rights and the Critiques of the Public-Private Distinction*.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Mensenrechten en de Kritieken van het Publiek/Privaat Onderscheid

Samenvatting

In dit proefschrift analyseer ik de kritieken van het onderscheid tussen publiek en privaat zoals ze zijn geformuleerd in een aantal intellectuele tradities. Vervolgens onderzoek ik hoe deze kritieken inzichten bijdragen aan het denken over de rechten van de mens. In het eerste deel van dit proefschrift (hoofdstuk 2) geef ik een indruk van hoe de Liberale westerse filosofie in haar theorieën rondom de staat begint en/of eindigt met de observatie of conclusie dat de wereld in tweeën verdeeld is, enerzijds de soevereine heerser, of de staat, of de samenleving, m.a.w. de publieke sfeer, en anderzijds het individu, of het gezin, of de markt, m.a.w. de private sfeer. Het Liberale denken kent talloze variaties van dit onderscheid, en het kan met recht worden gezien als divers en moeilijk te vangen onder één noemer. Desalniettemin, na het bestuderen van een aantal belangrijke Liberale denkers (Hobbes, Rousseau, Locke, en Kant), en een aantal minder Liberale denkers (Bentham, Hegel en Habermas), suggereer ik dat het onderscheid tussen publiek en privaat een centrale protagonist is in al die theorieën, en dat het hierdoor niet onaannemelijk is om dat onderscheid te zien als fundamenteel voor het Liberale denken.

In het tweede deel van dit proefschrift ga ik in op een aantal expliciete kritieken die in de loop der tijd zijn gemaakt van het publiek/privaat onderscheid. Eén zeer vroege en invloedrijke kritiek was die van Karl Marx in zijn geschrift *On the Jewish Question* (1843) (ik behandel deze in mijn hoofdstuk 3). In dit geschrift maakt Marx een aantal cruciale observaties over het public/privaat onderscheid. Ten eerste maakt hij een inversie van het gebruikelijke Liberale idee, dat stelt dat het publiek/privaat onderscheid bescherming biedt tegen het ongebreidelde zelfzuchtige gedrag van mensen. Integendeel, stelt Marx, dit ongebreidelde gedrag wordt juist *gecreëerd* door het onderscheid. Samenhangend hiermee is de tweede belangrijke observatie, namelijk dat het onderscheid niet functioneert in de empirische werkelijkheid, maar in het *bewustzijn* van mensen. Met andere woorden, het onderscheid bestaat niet echt: het zit in ons hoofd.

Vervolgens kijk ik in hoofdstuk 4 naar een invloedrijke beweging dat ongeveer een eeuw geleden opkwam in de Verenigde Staten, namelijk de *Legal Realists* (LR). LR juristen noemden zichzelf zo omdat zij ageerden tegen wat zij zagen als een excessief formalisme dat dominant was in die tijd, zowel onder rechters als onder de academische juristen die zich bezig hielden met onderzoek en onderwijs. Het recht, poneerden ze, opereert in de werkelijkheid, en niet in een abstract heelal van logisch af te leiden juridische beginselen. Als zodanig is het belangrijk om te zien hoe juridische concepten opereren in de werkelijkheid. In de werkelijkheid die veel LR juristen meemaakten zagen ze hoe (conservatieve) rechters heel selectief formalistisch waren als het ging om het schrappen van (progressieve) wetgeving. Een bekend voorbeeld hiervan is hoe een wet werd geschrapt die een maximum werkuren invoerde met het argument dat het indruiste tegen de vrijheid van particulieren om met elkaar een contractuele relatie aan te gaan. Rechters vonden dit een onacceptabele inmenging van de staat (publiek) in de vrijheid van particulieren om te bepalen hoe ze met elkaar relaties wilden aangaan (privaat). LR juristen en academici maakten kleine metten met dit soort logica. Wat er gebeurt, stelden ze, is dat het onderscheid tussen vrijheid en inmenging door de rechters wordt gebruikt om een ongelijke machtsverhouding tussen particulieren in stand te

houden. Het onderscheid tussen dwang en vrijheid is niet wat het lijkt. Niet iedereen heeft namelijk dezelfde vrijheid, en deze werkelijkheid wordt niet alleen genegeerd door de rechters, maar in stand gehouden en misschien zelfs verergerd. Op soortgelijke wijze begonnen LR juristen aan een gedetailleerde kritiek van een aantal juridische doctrines. Zo vonden ze soortgelijke tegenstrijdigheden in het eigendomsrecht, in het overeenkomstenrecht, en in het algemene *laissez faire* economische beleid dat in die tijd erg in de mode was. Hoewel de LR juristen geen filosofische kritiek produceerden op het publiek/privaat onderscheid in het algemeen, en zich met een veelheid andere onderwerpen bezig hielden, waren ze heel belangrijk in het illustreren dat het publiek/privaat onderscheid niet alleen een filosofisch iets is maar ook op kleine schaal opereert, in de juridische details van doctrines die allerlei aspecten van het sociale leven bepalen.

Een belangrijke ontwikkeling kwam twee generaties later, eind jaren zeventig en begin jaren tachtig van de 20ste eeuw, wederom in de Verenigde Staten. Een groep jonge academische juristen die zich erg aangesproken voelden door de Legal Realists, en die tegelijkertijd veel inzichten uit de continentale filosofie importeerden in het bestuderen van het recht, begon zich te ontplooien. Deze groep noemde zich de *Critical Legal Studies* (CLS) beweging en het bereikte een hoogtepunt in het midden van de jaren tachtig. In die periode werd een heel breed scala van kritische analyses gemaakt die zich richten op de interacties tussen het recht en de politiek, en het recht en ideologie. In nagenoeg alle rechtsgebieden hebben CLS juristen zich beziggehouden, en het publiek/privaat onderscheid werd daarbij een vaak geziene gast. Eén belangrijke innovatie was het feit dat CLS zich niet richtten op 'het publieke' of op 'het private', maar op het *onderscheid* tussen publiek en privaat. Dit kan een kleinigheid lijken maar is in feite een belangrijke epistemologische verschuiving, weg van ontologische benaderingen die gangbaar zijn, en in de richting van structuralistisch en differentie denken. Als zodanig wordt een nieuw heuristisch instrument naar voren gebracht.

In mijn hoofdstuk 5 kijk ik uitgebreid naar de details van de CLS kritieken van het publiek/privaat onderscheid. Deze vonden plaats op een aantal terreinen: geschiedenis van het staats- en bestuursrecht, het vennootschapsrecht, het arbeidsrecht, en het familierecht; al moet hierbij worden vermeld dat deze manier van categoriseren niet goed aansluit op zowel de Amerikaanse academische cultuur als op die van de CLS academici. Uit die analyses heb ik een aantal overeenkomstige karakteristieken gedestilleerd en uiteengezet. Ten eerste kan je bij CLS kritieken zien dat er een nadruk wordt gelegd op de onbepaalbaarheid (*indeterminacy*) van het recht. Heel veel rechtsgebieden en specifieke doctrines hebben hun belangrijke publiek/privaatachtige distincties. Of het nou gaat over overheid - burger, of over subjectief - objectief, of over het verschil tussen een publiekrechtelijke of een privaatrechtelijke rechtspersoon, elke doctrine heeft veel van dit soort essentiële dichotomieën. CLS kritieken benadrukken hoe er geen intrinsieke beperkingen zijn aan wat de verschillende elementen van een dichotomie kunnen betekenen. Het enige wat duidelijk is, is dat ze elkaars tegengestelde zijn. Het enige wat vast staat over wat 'publiek' betekent is dat het niet 'privaat' is, en *vice versa*. Deze logische willekeur kwam erg naar voren in de CLS kritieken.

Maar, het was niet alleen willekeur en onbepaalbaarheid. CLS kritieken benadrukten het feit dat de betekenis van publiek/privaat dichotomieën altijd ingebed lag in concrete historische omstandigheden. Aldus, weliswaar kan in het algemeen 'publiek' zowel 'van iedereen' (en dus toegankelijk) betekenen, als 'van de staat' (en dus ontoegankelijk), als een groot aantal variaties en tussenvormen. Echter, in hele concrete historische situaties en contexten is niet elke betekenis mogelijk. Met andere woorden, de bepaalbaarheid van de betekenis van juridische categorieën is altijd in context. Als vanuit een historisch

perspectief naar specifieke doctrines wordt gekeken dan kan gezien worden hoe het publiek/privaat onderscheid voortdurend van betekenis verschuift.

Ten derde benadrukken CLS kritieken de ideologische functie van het publiek/privaat onderscheid. Het voorbeeld dat ik heb gegeven in de context van de LR is ook hier van toepassing. De rechterlijke beslissing om een wet te schrappen die limieten oplegt aan het aantal uren dat gewerkt kan worden wordt onderbouwd met een beroep op het onderscheid tussen publiek en privaat, en dit gebeurt alsof dat een voldoende onderbouwing is die gebaseerd is op logische deductie. Gezien de intrinsieke onbepaalbaarheid van het onderscheid is de pretentie van deductie echter onbetrouwbaar. Wat CLS kritieken benadrukken zijn de manieren waarop een ideologisch perspectief wordt verborgen of stilgehouden en waarop de rechterlijke beslissing zichzelf presenteert als neutraal en niet-politiek. Progressieve (of conservatieve) politieke krachten kunnen op deze manier gerationaliseerd en gelegitimeerd worden. '*Vanzelfsprekend* heeft de staat niets te zoeken in de arbeidsovereenkomsten tussen particulieren. *Immers*, die zijn van private aard.' CLS kritieken proberen in specifieke juridische doctrines die vanzelfsprekendheid te ontmaskeren als een dekmantel voor een politieke of ideologische agenda.

Tot slot is het belangrijk om te beseffen dat CLS kritieken voor een groot deel zijn gebaseerd op het structuralistische gedachtegoed, een intellectuele stroming die voortkomt uit de linguïstische theorieën van Ferdinand de Saussure en de antropologie van Claude Lévi-Strauss, beiden erg invloedrijk in de tweede helft van de twintigste eeuw, maar betrekkelijk onbekend in het juridisch denken, ondanks het feit dat dit zich veel met taal bezighoudt. Uit dit gedachtegoed volgt dat hele complexe doctrines, zoals bijvoorbeeld betreffende de rechtspersoonlijkheid van vennootschappen, of die van een gemeente, of die van de vakbonden, of die van het gezin, terug zijn te voeren, of te *reduceren* tot terugkerende relaties tussen binaire opposities, zoals bijvoorbeeld publiek/privaat. Een ander inzicht die hieruit volgt is dat deze opposities niet alleen functioneren op het macro niveau, zoals bijvoorbeeld tussen staat en samenleving, of tussen recht en politiek, of tussen man en vrouw, maar ook op het meest elementaire micro niveau, als je kijkt naar concrete doctrines, zoals bijvoorbeeld het verschil tussen subjectief (enkel door het individu *in casu* te bepalen) en objectief (door ieder 'redelijk' persoon te bepalen) in een specifieke vraag die betrekking heeft op instemming in een contractrechtelijke context. Met andere woorden, het onderscheid tussen publiek en privaat keert voortdurend terug, hoezeer je ook inzoemt op een concreet juridisch leerstuk of op een concrete zaak.

Hoofdstuk 6 kijkt naar een aantal internationale juristen die voortkomen uit dezelfde traditie. David Kennedy en Martti Koskenniemi hebben op verschillende manieren een soortgelijke benadering genomen van het internationaal recht. Een fundamenteel inzicht dat hier naar voren komt is dat het internationaal recht, zoals dat over het algemeen wordt beschreven, perfect past in het Liberale plaatje dat, zoals beschreven, draait rond het onderscheid tussen privaat (soevereine staten) en publiek (internationale rechtsorde). Door in te gaan op hele specifieke internationaal juridische discussies toont m.n. Koskenniemi aan hoe de formele rigueur van het recht niet in de weg staat aan uitkomsten die uiteindelijk onbepaald zijn. Door zich te richten op internationaal juridische argumentatiemogelijkheden kan Koskenniemi illustreren hoe de publiek/privaat dimensie ervan opereert als een grammatica, namelijk met strikte regels die geen beperkingen opleggen aan wat er gezegd kan worden. De kritieken van deze internationaal juristen passen in dezelfde traditie als CLS, en illustreren hoe belangrijk de Liberale publiek/privaat onderscheiden zijn voor het internationaal juridisch discours.

In hoofdstuk 7 ga ik een beetje terug in de tijd en in op een kritiek die contemporain is aan die van CLS, namelijk de feministische kritiek op het publiek/privaat onderscheid. Feministische juristen hebben namelijk de meest omvangrijke en uitgebreide kritieken van het publiek/privaat onderscheid geproduceerd. In veel opzichten kan gezegd worden dat de feministische kritieken een onderdeel vormen van de CLS kritieken, en dit kan wordt bevestigd door het feit dat ze lang hebben samengewerkt. Echter, in tegenstelling tot CLS, dat min of meer van de kaart is verdwenen, heeft feministische rechtstheorie een indrukwekkende groei meegemaakt. Dit is met name gebeurd in de Anglo-saksische wereld, maar ook elders zijn er sterke en groeiende tradities van feministische juridische academici. Voornamelijk in de jaren tachtig en negentig was de kritiek van het publiek/privaat onderscheid hier een centraal onderdeel van, en niet alleen in de rechtsgeleerdheid, maar in een breed scala van de sociale en geesteswetenschappen. Zo is er een uitgebreide politiek filosofische kritiek dat zich richtte op het Liberalisme, de Verlichting, en het Modernisme. Hierin werd echter duidelijk dat de feministische kritieken zeer divers zijn en in feite een heel breed spectrum van verschillende perspectieven bieden. Allereerst delen de meeste feministische kritieken de observatie dat het publiek/privaat onderscheid een van de centrale manieren is geweest waarop vrouwenonderdrukking door de eeuwen heen is gelegitimeerd. Immers, "het enige recht dat vrouwen hebben is het aanrecht." Vrouwen horen thuis, in de privé sfeer. Hun arbeid is thuis en niet van economische waarde, anders dan de arbeid van mannen. Mannen maken gebruik van de rede en kunnen objectief zijn. Vrouwen daarentegen zijn emotioneel en dus altijd subjectief. Mannen begrijpen het belang van het theoretisch en abstract denken (en kunnen dus naar de universiteit). Vrouwen die zijn daar niet goed voor, maar wel voor het roddelen over anderen. Et cetera. Een tabel kan de vele correlaties tussen man/vrouw, publiek/privaat, en andere dichotomieën toelichten, zoals ze door feministische kritieken zijn gesignaleerd.

Publiek	Privaat
Man/Mannelijk	Vrouw/Vrouwelijk
Actief	Passief
Rationeel	Irrationeel/emotioneel
Politiek	Familie
Wereldlijk	Huiselijk
Werk	Zorg

Een belangrijke observatie is dat dit niet zo maar een tweedeling betreft, maar een waarin de ene zijde geprivilegieerd wordt boven de andere zijde. De manier waarop dit functioneerde tijdens de Liberale hoogtijdagen kon evengoed zijn beschreven door CLS theoretici: Het onderscheid tussen welke variant van het publiek/privaat onderscheid dan ook is arbitrair, maar de correlatie met het man/vrouw onderscheid is niet toevallig. Een historische analyse laat zien hoe deze correlaties iedere keer weer, en ondanks veranderingen, ten nadele van vrouwen uitwerkte. De ideologie waar de feministische kritieken zich op richten is het patriarchale systeem.

Maar, hier houdt de feministische eensgezindheid min of meer op. Heel plastisch en generaliserend zijn er drie hoofdstromingen aan te duiden. Liberale feministen zien in

het Liberalisme de mogelijkheid voor de emancipatie van vrouwen. Het feit dat het Liberalisme een instrument van het patriarchaat is geweest wordt hier gezien als een historisch ongeluk dat verholpen is doordat vrouwen de logica van het Liberalisme hebben weten te gebruiken. Radicale feministen daarentegen zien het Liberalisme als uiteindelijk ondergeschikt aan het patriarchale systeem, en de onderdrukking van vrouwen als iets dat niet zomaar met gelijkheidsbeginselen valt weg te werken. Immers, wat gelijkheid is en hoe het invulling wordt gegeven wordt uiteindelijk bepaald door het patriarchaat. Radicale feministen delen met Marx het inzicht dat dit soort systemen opereren in het bewustzijn, en dat vrouwen op die manier 'meewerken' aan hun eigen onderdrukking. Een recente discussie in Nederland moge tot voorbeeld dienen: als verklaring voor het feit dat het Liberale Nederland internationaal achterloopt in sommige emancipatie-indicatoren, zoals dat van het aantal vrouwen op hoge posities, wordt aangedragen dat Nederlandse vrouwen 'nu eenmaal' minder ambitieus zijn. Vanuit een radicaal feministisch perspectief is zulk een naturaliseren van een verschil (met concrete consequenties op het gebied van inkomen e.d.) het succesvolle werk van het patriarchaat. Tot slot is er het perspectief van de zgn. culturele feministen. Voor deze groep zijn er wel degelijk inherente en intrinsieke verschillen tussen mannen en vrouwen, alleen is de Liberaal-patriarchale correlatie met het publiek/privaat onderscheid geen noodzakelijkheid maar in feite een slecht idee. Zij zien heil in het inverteren van veel van deze relaties. Aldus moeten meer 'vrouwelijke' eigenschappen (het vermogen om te luisteren, de zorg voor zwakkeren, etc.) worden ingevoerd in de publieke sfeer (de politiek, het zakenleven, etc.). Alle drie de perspectieven worden soms door elkaar heen gebruikt, en het is dus redelijk kunstmatig om ze zo te onderscheiden van elkaar. Echter, de bedoeling hier is om aan te geven hoe complex de feministische kritieken zijn als het op het publiek/privaat onderscheid aankomt.

Feministische juristen hebben deze inzichten toegepast op een breed scala juridische doctrines, zowel in het privaat- en familierecht, als in het strafrecht en het publiekrecht. In het bijzonder hebben ze veel kritiek geleverd op de manier waarop de rechten van de mens ongevoelig zijn geweest en gebleven voor situaties waarin vrouwen benadeeld waren. Zeker niet de enige, maar in elk geval het meest beruchte voorbeeld hiervan betreft geweld in het gezin. Hierin zijn vrouwen verreweg het ergst benadeeld. Desalniettemin kon het uitgebreide scala van mensenrechten, en van andere rechtsgebieden, niet worden toegepast omdat het botste op het publiek/privaat onderscheid. Immers, de staat mag zich niet bemoeien met wat in de privésfeer plaatsvindt, en als het gezin niet meer onder privé valt, wat dan nog wel? Dit argument werd door feministische juristen en activisten aangevallen, met de kritieken van het publiek/privaat onderscheid in de voorhoede. Het heeft echter lange tijd veel weerstand gekregen, met name door juristen die vonden dat het publiek/privaat onderscheid intact moest blijven omdat anders het hek van de dam zou zijn. Op andere terreinen hebben feministische juristen en activisten echter het publiek/privaat onderscheid geïnstrumentaliseerd. Een voorbeeld hiervan is geweest de strijd voor het recht op abortus. Hier is het belangrijkste argument lange tijd geweest dat het ging om een beslissing die door de vrouwen zelf genomen diende te worden. Met andere woorden: het was hun privé-zaak, en de staat mocht zich er niet alleen niet mee bemoeien; nee, de staat moest die ruimte zelfs garanderen.

Doordat veel van de feministische kritieken van het publiek/privaat onderscheid te maken hadden met hele concrete feministische strijdpunten, bieden ze een goed voorbeeld van de interactie tussen theoretische kritiek en concrete activistische toepassing. In het laatste gedeelte van hoofdstuk 7 ga ik op deze interactie in, door een aantal feministische debatten te bestuderen. Wat in deze analyse naar voren komt is dat er een schijnbaar intrinsieke spanning is tussen kritiek en toepassing. Enerzijds leggen

de kritieken bloot hoe intrinsiek willekeurig het onderscheid tussen publiek en privaat is. Deze willekeur zorgt ervoor dat ideologische voorkeuren verborgen blijven, dat het 'normaal' en 'logisch' lijkt als het gelijkheidsbeginsel vrouwen over het hoofd ziet. Anderzijds vereist participatie in het Liberale politieke discours dat deze willekeur wordt ontkend. Voor sommigen is dit niet erg, of is het onvermijdelijk, of het is de moeite waard, de enige manier om het Liberalisme van zijn patriarchale vooringenomenheid af te helpen. Voor anderen is dit op z'n minst problematisch, omdat het te veel vertrouwen in het publiek/privaat onderscheid impliceert, terwijl de kritieken dit vertrouwen juist ondermijnen. Net als in veel andere debatten is er ook in deze geen simpel antwoord. Het is echter een goed terrein om de dynamiek van het publiek/privaat onderscheid te bezien in het licht van een bewustzijn dat door de kritieken is ingegeven.

In het derde deel van het proefschrift probeer ik uit de inzichten van de publiek/privaat kritieken te putten om een hopelijk verse blik te kunnen werpen op de rechten van de mens. Dit doe ik op verschillende niveaus. In hoofdstuk 8 richt ik mij op de rechten van de mens in het algemeen, in theoretische en in rechtssociologische zin. In hoofdstuk 9 doe ik een stap richting de juridisch-technische of doctrinaire richting, door naar twee juridische mensenrechtendoctrines te kijken, die van de horizontale werking van mensenrechten en die van de zgn. *margin of appreciation* die staten hebben in de context van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). In hoofdstuk 10 duik ik in de meest concrete manifestatie van het juridisch discours, namelijk in een achttal uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).

Hoofdstuk 8 stelt allereerst hoe de rechten van de mens, zeker op de manier dat ze positief recht zijn geworden, min of meer hetzelfde betekenen als het publiek/privaat onderscheid. Hetzelfde kan gezegd worden over het internationaal recht, in de zin dat deze over het algemeen gezien wordt middel van de *domestic analogy*; door de bril van het nationale recht. Met andere woorden, het onderscheid tussen publiek en privaat wordt op het internationaal recht geprojecteerd. Vervolgens stel ik dat de meest voorkomende manier om over de rechten van de mens te praten is om ze in niet-historische zin te bezien. Dit gebeurt op twee manieren. Of ze hebben altijd bestaan, of ze zijn volledig nieuw. Dit contrasteer ik met voorbeelden van kritische rechtshistorici van de rechten van de mens, en van het publiek/privaat onderscheid. Deze vertellen veel complexere verhalen, over de rechten van de mens als een heel historisch specifieke manier om over macht en soevereiniteit te praten. Deze geschiedenis is doorweekt met een complexe geschiedenis van het onderscheid tussen publiek en privaat zelf. Om een voorbeeld te noemen, daar waar het individu als vanzelfsprekend 'private' actor wordt gezien (in het recht, in de politieke filosofie), benadrukken critici dat het individu een relatief recente protagonist in de geschiedenis van juridische en politieke ideeën. In dit, helaas ongebruikelijk historisch perspectief, krijgt het publiek/privaat onderscheid een ander gezicht. Vervolgens probeer ik het publiek/privaat onderscheid, zoals het opereert als ruggengraat van de mensenrechten, te zien in zijn institutionele context. Deze context geef ik de ietwat ongelukkige naam: *the legal-institutional decision making complex* (LIDM-complex), in een poging te verwijzen naar het complex van juridische en politieke instituties die met elkaar verwezen zijn, en waarin zowel de advocatuur als de academische juristerij als beroepsgroepen een centrale maar niet exclusieve rol spelen. Binnen dit complex opereren meerdere routes waarbinnen beslissingen worden genomen in concrete geschillen, en waarmee grotere politieke kwesties worden beslecht. Veel van de geschillen en kwesties die hier aan de orde komen betreffen het publiek/privaat onderscheid. In deze is het centrale punt, dat zich vertaalt naar een centrale politieke of juridische vraag, namelijk *waar ligt de precieze grens tussen publiek en privaat?* Deze vraag kan op honderden verschillende manieren worden gesteld. Als het

de mensenrechten betreft gaat het meestal expliciet om de vraag of de staat i.c. niet op de juiste manier met het publiek/privaat onderscheid is omgegaan. Echter, ondanks de manier waarop de vraag zich laat formuleren, namelijk “waar ligt de lijn?”, is er, in het licht van de problematische intrinsiekheid en de onbepaalbaarheid van het publiek/privaat onderscheid, geen definitief antwoord op te geven, enkel een antwoord die institutioneel definitief is. En zelfs in dat geval betekent het laatste woord van de hoogste rechter niet het einde van het juridische debat of van de politieke strijd. Aldus, daar waar de rechten van de mens een lijn lijken te trekken tussen het publieke en het private, blijft deze lijn in feite altijd ter discussie staan. Hieraan gerelateerd is de relatie tussen de rechten van de mens en de heersende ideologie. Ideologie is een complex begrip dat misschien het beste kan worden begrepen als de manier waarop onbewust aangehangen vanzelfsprekendheden bepalen hoe we betekenis geven aan situaties en begrippen. Een makkelijk voorbeeld hiervan is hoe het in de hoogtijdagen van de Verlichting in de 18^{de} en 19^{de} eeuw, het nooit nodig was om aan te geven dat met ‘persoon’ werd verwezen naar blanke mannen met eigendom. Het verband tussen ideologie en de rechten van de mens is een variant van het verband tussen ideologie en het onderscheid tussen publiek en privaat. Wat in hoofdstuk 8 benadrukt wordt is hoe ideologie opereert door het werk van het LIDM-complex te presenteren als niet ideologisch, of niet politiek. In plaats daarvan wordt er veelal van uitgegaan dat politiek iets anders is dan wat er gebeurt bij de implementatie van de rechten van de mens. Vanuit het perspectief van de publiek/privaat kritieken kan worden gewezen op de paradox dat de rechten van de mens niet alleen beschermen tegen macht, maar ook in feite het instrument zijn van de macht. Niet alleen legitimeren ze de emancipatie van achtergestelde groepen; ze legitimeren ook de achterstelling van bepaalde groepen.

Hoofdstuk 9 zoemt in op twee juridisch doctrinaire terreinen op het gebied van de mensenrechten. Ten eerste wordt gekeken naar een discussie die in de jaren tachtig is opgekomen en die nog niet helemaal is uitgewoed. Deze betreft de vraag in hoeverre mensenrechten werken tussen burgers onderling, of zoals het in technische termen heet, in hoeverre hebben mensenrechten ‘horizontaal effect’? Deze vraag is gerelateerd aan het publiek/privaat onderscheid. Immers, mensenrechten worden traditioneel geacht om niet tussen private partijen te opereren, niet horizontaal dus, maar verticaal, tussen een private partij en een publieke partij, namelijk de staat. Om deze reden was er veel weerstand toen er telkens vaker in ‘horizontale’ situaties een beroep werd gedaan op de mensenrechten, en ook toen sommige rechters dit ook gingen toelaten. Voor sommigen was het einde hiermee zoek. Zelfs Amnesty International deed jaren over de vraag of niet-statelijke actoren ook de mensenrechten konden schenden. Onder juristen (academici en praktijk) is de discussie hier en daar nog gaande. In de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft dit echter minder voeten in de aarde gehad. Daar is stevig vastgehouden aan de verticale aard van het EVRM, en heeft men alleen gekeken naar de aansprakelijkheid van de staat. In situaties waar de staat niet bij betrokken was werd echter de rechtsvraag aangepast: had de staat moeten ingrijpen in deze situatie tussen burgers, of technisch gezegd: was er een positieve verplichting om de ene burger te beschermen tegen de andere? Op deze manier heeft het EHRM tientallen zaken die horizontaal leken te zijn verticaal afgehandeld. Deze ontwikkeling is illustratief van een tendens onder juridische academici om bepaalde categorieën (zoals verticaal en horizontaal) te letterlijk te nemen, of als te empirisch bestaand te beschouwen. Vanuit het perspectief van de kritieken van het publiek/privaat onderscheid bezien is deze hele discussie niet echt vruchtbaar of nodig. Vanuit dit perspectief staat immers de *flexibiliteit* van het publiek/privaat onderscheid voorop, niet diens determinerend vermogen.

In de tweede helft van hoofdstuk 9 richt ik mijn aandacht op een tweede doctrine van het EHRM, die van de zgn. *margin of appreciation*. Deze 'marge doctrine' houdt het volgende in: In sommige gevallen waarin mensenrechten worden ingeperkt kan dit gerechtvaardigd worden op een aantal gronden, zolang de inperking maar 'noodzakelijk is in een democratische samenleving'. Of dit zo is wordt in eerste instantie bepaald door de staat zelf. Echter, de staat heeft geen ongebreidelde vrijheid hierin, maar een beperkte ruimte, of marge, waarin er discretie is. Zodra de staat die marge overschrijdt is het EVRM geschonden. Of de staat die marge is overschreden wordt door het EHRM bepaald. Hier hebben we het in feite over een publiek/privaat doctrine. Staten hebben een bepaalde vrijheid (privaat), maar moeten rekening houden met een Europese (publiek) grens aan die vrijheid. Waar de marge is en waar die ophoudt is een vraag naar het publiek/privaat onderscheid. Nu wordt echter door de meeste juristen dit onderscheid redelijk serieus genomen, en worden er ook relatief weinig moeilijke vragen gesteld over de ruimtelijke metafoor (marge) en of dit wel een bruikbaar juridisch instrument is. Vanuit het perspectief van de critieken van het publiek/privaat onderscheid bezien zijn de pogingen om de marge doctrine te beheersen, of als een doctrine te begrijpen, te veel geleid door een vertrouwen in de stabiliteit van een scheidingslijn. In dit hoofdstuk probeer ik hiervan af te wijken door te stellen dat er helemaal geen marge is, maar een marge retoriek, en dat wat er werkelijk gebeurt is dat daar waar het EHRM vindt dat de staat binnen de marge is gebleven dit is omdat het EHRM het eens is met de inperking zelf. En in de zaken waar het EHRM oordeelt dat de marge is overschreden is het in feite van mening dat de inperking zelf te ver ging. Dus, in plaats van een discretionaire toetsing, die door de marge retoriek de gepaste lijkt te zijn, is er een volledige toetsing. Tot slot betoog ik dat in beide gevallen, dus zowel waar het gaat om horizontaal effect als waar het de marge doctrine betreft, is er sprake van te veel terughoudendheid, onder de academische juristen, in het ondervragen van de retoriek en de metaforen die door het EHRM worden gebruikt, waardoor er wordt bijgedragen aan het idee dat rechters (in het algemeen) dit soort beslissingen nemen zonder dat politiek of ideologie er toe doen.

In hoofdstuk 10 neem ik een verdere stap in de richting van concreetheid, door mijn aandacht te richten op de publiek/privaat dynamiek in een beperkt aantal uitspraken van het EHRM. Hiervoor heb ik een achttal arresten gekozen die min of meer het volledige Straatsburgse *corpus* vormen op het gebied van homosexualiteit en mensenrechten. Allereerst echter benadruk ik dat een groter begrip van de publiek/privaat dynamiek kan worden bereikt door deze teksten met een mate van zelfbewustzijn over de manier van lezen te benaderen, en door dit bewustzijn te gebruiken om ze op een andere manier te lezen. Immers, juridische teksten moeten op hele specifieke manieren worden gelezen. De 'leespraktijken' die juridische teksten vereisen zijn een onderdeel van het LIDM-Complex, of een onderdeel van de juridische *habitus*. Juridische uitspraken zijn belangrijk voor een klein aantal passages binnen zo'n tekst, en de gemiddelde jurist weet die snel te vinden. Echter, er gebeurt veel meer binnen deze teksten en ze kunnen op verschillende manieren benaderd worden. In dit hoofdstuk probeer ik dit op allerlei wijze te doen, maar met een voortdurende aandacht voor het publiek/privaat onderscheid. Hierbij heb ik niet alleen gekeken naar het publiek/privaat onderscheid zoals dit zich op oppervlakkige wijze uit (staat vs. individu), maar naar de vele varianten ervan die je de publiek/privaat onderscheiden kunt noemen: openbaar vs. besloten, algemeen vs. bijzonder, zichtbaar vs. verborgen, uiterlijk vs. innerlijk, verenigd vs. verdeeld, et cetera.

Hetgeen in hoofdstuk 10 volgt laat zich niet op eenvoudige wijze samenvatten. Immers, het gaat om een zeer nauwkeurige en op de details gerichte lezing die poogt een indruk te geven van een dynamiek die uitermate complex is. Als zodanig is deze anders dan de

eerdere hoofdstukken niet zo zeer van analytische aard. Een aantal algemene dingen kunnen echter aan de hand ervan worden gezegd. Ten eerste illustreert dit hoofdstuk het structurele karakter van het publiek/privaat onderscheid. Het onderscheid, in de vele varianten, komt voortdurend voor, niet alleen in hoe het de algemene rechtsvraag structureert, namelijk 'heeft de staat het publiek/privaat onderscheid overschreden?', maar in iedere subvraag, in iedere beschrijving van de feiten, in ieder argument dat voor het Hof wordt gemaakt. Het lijkt alsof het moeilijk is om over zeer veel onderwerpen te praten zonder het onderscheid tussen publiek en privaat op de een of andere manier te gebruiken. Ten tweede wordt geïllustreerd hoe de verschillende manieren waarop het publiek/privaat onderscheid wordt gebruikt instrumenteel zijn voor de wijze waarop het algemeen verhaal zich ontwikkelt. Deze instrumentaliteit van het publiek/privaat onderscheid is gerelateerd aan het derde aspect dat in dit hoofdstuk naar voren komt, namelijk dat het illustreert hoe onbepaald de betekenis van het onderscheid is. Hoofdstuk 10 geeft vele voorbeelden van hoe het publiek/privaat onderscheid op zeer veel verschillende manieren kan worden gelezen. Echter, het geeft ook een indruk van hoe de verschillende publiek/privaat keuzes verbonden zijn met de vele publiek/privaat juridische argumenten die worden gemaakt, en hoe die allemaal leiden tot de uiteindelijke uitspraak. Te midden van de vele schakels en schijnbaar arbitraire keuzes komt een beeld naar voren van ideologisch geleide juridische uitspraken. Desalniettemin, het gaat niet zo zeer om het ideologisch aspect ervan, maar om het feit dat deze dimensie verhuuld blijft in de tekst en in het juridische proces.

Hoofdstuk 11 concludeert, maar gaat ook in op een aantal reacties die dit soort analyses oproept. Ten eerste is er de reactie die stelt dat het allemaal onzin is, dat het publiek/privaat onderscheid gewoon 'bestaat', dat deze bovendien essentieel is in de bescherming tegen totalitarisme, en dat de kritieken leiden tot nihilisme. Om met de laatste te beginnen, geen van de kritieken claimen nihilistisch te zijn. In tegendeel, ze vormen vaak de voorhoede van progressief activisme. En niemand die voorstelt om het publiek/privaat af te schaffen. Wat er wel wordt beweerd is dat het publiek/privaat onderscheid niet is wat het lijkt, zelfs als het gewoon 'bestaat'. Ten tweede is er de reactie die stelt dat de kritieken onvoldoende worden onderbouwd of te radicaal zijn. Helaas wordt deze reactie zelden gevolgd door een bedachtzame onderbouwing van waar precies de kritieken over de schreef gaat; de meeste kritieken zijn namelijk zeer genuanceerd. Bovendien lijken ze een beetje op een afdoener. Immers, er zijn goede redenen om structuralisme, onbepaalbaarheid, ideologie, etc. serieus te nemen als manieren om over het recht na te denken. De derde reactie is de meest gehoorde: de kritieken zijn *alleen maar* waar, of correct. In deze zienswijze is kritiek leveren 'te makkelijk' en hebben de kritieken de plicht om met alternatieven te komen. Mijn gedachte hierover is dat als de kritiek hout snijdt iedereen evenveel verantwoordelijkheid heeft om er iets aan te doen. Bovendien lijkt dit een manier om een kritiek af te doen zonder te hoeven betogen wat er mis aan is. Immers, de kritiek is blijkbaar correct. Deze reactie komt vaak in de vorm van de zin: "maar dit weten we toch al?" Volgens deze reactie weet iedereen al dat recht en politiek hetzelfde zijn, dat publiek/privaat een problematisch onderscheid is, dat taal onbepaalbaar is, dat ideologie een rol speelt, etc. De kritieken voegen dan weinig toe. Deze reactie is veelzeggend en kan gezien worden als een manifestatie van de ideologische dimensie van het publiek/privaat onderscheid. Immers, hoe correct het ook is dat 'iedereen het al weet', het is ook waar dat dit weten op voortdurende wijze en op velerlei manieren wordt onderdrukt, genegeerd, doodgezwegen. En dit brengt me tot een vierde mogelijke reactie, namelijk: de kritieken zijn *te waar*. Het publiek/privaat onderscheid, samen met de andere dichotomieën die een belangrijke rol spelen in het Liberalisme, zijn te diep ingebed in het LIDM-Complex, en als zodanig een onderdeel van de professionele en

sociale identiteit van degenen die erin werken, te veel een onderdeel van het juridische *habitus*, en als zodanig is het veel te veel gevraagd om al dat opzij te schuiven.

Tot slot beargumenteer ik echter dat het publiek/privaat onderscheid, en de mensenrechten, en de rechtstaat etc., voorlopig niet weg te denken is en dat het waarschijnlijk nog lang zal bestaan. Echter, het publiek/privaat onderscheid is altijd in ontwikkeling, en het is niet ondenkbaar dat het op den duur, en onder druk van velerlei wereldlijke ontwikkelingen, opzij geschoven wordt, en vervangen door andere vormen van denken. Wellicht zijn de kritieken niet zozeer de oorzaak van veranderingen in het denken, maar symptomen. In dit opzicht opper ik dat de kritieken wellicht niet het protagonisme verdienen die ze in dit proefschrift hebben gehad.